Les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit

Anne Simon, Elsa Supiot, Margo Bernelin, Laurence Brunet, Laurie Friant, Caroline Lantero, Julie Léonhard, Anne Ponseille, Diane Roman, Marie Romero

▶ **To cite this version:**

Anne Simon, Elsa Supiot, Margo Bernelin, Laurence Brunet, Laurie Friant, et al.. Les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit. 19.18, IERDJ - Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice. 2023, 270 p. ⟨hal-05156929⟩

HAL Id: hal-05156929

https://hal.science/hal-05156929v1

Submitted on 10 Jul 2025

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.

Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

Novembre 2023
RAPPORT N°19.18

Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice

Les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit

Sous la direction de

Anne SIMON et Elsa SUPIOT

cnrs
UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON SORBONNE
INSTITUT DES SCIENCES JURIDIQUE & PHILOSOPHIQUE DE LA SORBONNE - UMR 8103

RAPPORT DE RECHERCHE

Sous la direction de

Anne SIMON
Professeure de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Artois

Elsa SUPIOT
Professeure de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Angers

Membres de l'équipe

Margo BERNELIN,
Chargée de recherche au CNRS, Université de Nantes, Laboratoire Droit et changement social. Elle est spécialiste du droit de la santé, ses travaux portent essentiellement sur la protection des données en matière de santé, le traitement algorithmique et la protection des droits individuels en ce domaine.

Laurence BRUNET,
Juriste de droit privé, elle a aussi été chargée de mission au Centre d'éthique clinique du Groupe Hospitalier Cochin-Saint Vincent de Paul. Elle s'intéresse particulièrement aux enjeux éthiques des évolutions normatives. Elle travaille notamment sur les pratiques médicales et/ou techniques nécessitant l'utilisation d'éléments du corps humain, voire du corps en son entier, et qui ne sont possibles qu'à certaines conditions fixées par la loi (don de gamètes et d'ovocytes, ou gestion pour autrui notamment).

Laurie FRIANT,
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Poitiers, post-doctorante sur le projet. Ses travaux de recherche et d'enseignement portent sur les produits défectueux, la responsabilité médicale et les mécanismes indemnitaires.

Caroline LANTERO,
Maître de conférences en droit public à l'Université Clermont Auvergne et avocate. Ses travaux de recherche portent sur le droit des patients, la déontologie médicale, la responsabilité des établissements de santé mais également le droit du dommage corporel. Elle est responsable d'un DU Droit de la responsabilité médicale à l'Université Clermont Auvergne.

Julie LEONHARD,
Maître de conférences et spécialiste de droit pénal au sein de la Faculté de pharmacie de l'Université de Lorraine. Elle est actuellement responsable de formations en droit médical et en droit de la santé. L'approche croisée entre droit pénal et droit de la santé lui permet de décliner ses travaux entre les questions de qualifications des infractions sexuelles dans un contexte médical et les enjeux de responsabilité pénale des médecins.

Anne PONSEILLE,
Maître de conférences en droit pénal à l'Université de Montpellier, elle est aussi habilitée à diriger des recherches. Spécialiste de nombreuses questions de droit pénal de la santé, elle s'intéresse également à la prise en compte de l'état de santé des auteurs d'infractions dans le cadre de la procédure pénale. Elle est notamment l'auteur d'un ouvrage intitulé Professions, professionnels et établissements de santé face au droit pénal.

Diane ROMAN,
Professeure de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ses domaines de recherche et d'enseignement portent sur les droits fondamentaux, le droit sanitaire et social et l'égalité femme-homme. Au sein du département de droit public, elle dirige le M1 Droit public général. Au sein de l'ISJPS (UMR 8103), elle codirige l'axe Genre & Normativités. Son article consacré aux violences obstétricales est l'un des premiers articles en droit posant la question de la qualification juridique du phénomène[1].

Marie ROMERO,
Chercheuse d'appoint de l'équipe. Docteure en sociologie et chercheure correspondante au Centre Norbert Elias de Marseille. Ses domaines de recherche portent en particulier sur les qualifications pénales et l'application du droit à des cas concrets (enjeux de qualification, conflits de qualification) ainsi que sur l'étude des normes juridiques et sociales relatives aux violences sexuelles.

1 D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », *RDSS*, mai 2017, pp. 867 s.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du Groupement d'Intérêt Public Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (Convention N°19.18). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de l'IERDJ.

Membres de l'équipe

Bernelin Margo, Chargée de recherche au CNRS, Université de Nantes, Laboratoire Droit et changement social. Elle est spécialiste du droit de la santé, ses travaux portent essentiellement sur la protection des données en matière de santé, le traitement algorithmique et la protection des droits individuels en ce domaine.

Brunet Laurence, est juriste de droit privé, elle a aussi été chargée de mission au Centre d'éthique clinique du Groupe Hospitalier Cochin-Saint Vincent de Paul. Elle s'intéresse particulièrement aux enjeux éthiques des évolutions normatives. Elle travaille notamment sur les pratiques médicales et/ou techniques nécessitant l'utilisation d'éléments du corps humain, voire du corps en son entier, et qui ne sont possibles qu'à certaines conditions fixées par la loi (don de gamètes et d'ovocytes, ou gestion pour autrui notamment).

Friant Laurie, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Poitiers, post-doctorante sur le projet. Ses travaux de recherche et d'enseignement portent sur les produits défectueux, la responsabilité médicale et les mécanismes indemnitaires.

Lantero Caroline, Maître de conférences en droit public à l'Université Clermont Auvergne et avocate. Ses travaux de recherche portent sur le droit des patients, la déontologie médicale, la responsabilité des établissements de santé mais également le droit du dommage corporel. Elle est responsable d'un DU Droit de la responsabilité médicale à l'Université Clermont Auvergne.

Leonhard Julie est maître de conférences et spécialiste de droit pénal au sein de la Faculté de pharmacie de l'Université de Lorraine. Elle est actuellement responsable de formations en droit médical et en droit de la santé. L'approche croisée entre droit pénal et droit de la santé lui permet de décliner ses travaux entre les questions de qualifications des infractions sexuelles dans un contexte médical et les enjeux de responsabilité pénale des médecins.

Ponseille Anne est maître de conférences en droit pénal à l'Université de Montpellier, elle est aussi habilitée à diriger des recherches. Spécialiste de nombreuses questions de droit pénal de la santé, elle s'intéresse également à la prise en compte de l'état de santé des auteurs d'infractions dans le cadre de la procédure pénale. Elle est notamment l'auteur d'un ouvrage intitulé Professions, professionnels et établissements de santé face au droit pénal.

Roman Diane, Professeure de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ses domaines de recherche et d'enseignement portent sur les droits fondamentaux, le droit sanitaire et social et l'égalité femme-homme. Au sein du département de droit public, elle dirige le M1 Droit public général. Au sein de l'ISJPS (UMR 8103), elle codirige l'axe Genre & Normativités. Son article consacré aux violences obstétricales est l'un des premiers articles en droit posant la question de la qualification juridique du phénomène[1].

Romero Marie, était chercheuse d'appoint de l'équipe. Docteure en sociologie et chercheure correspondante au Centre Norbert Elias de Marseille. Ses domaines de recherche portent en particulier sur les qualifications pénales et l'application du droit à des cas concrets (enjeux de qualification, conflits de qualification) ainsi que sur l'étude des normes juridiques et sociales relatives aux violences sexuelles.

[1] D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », *RDSS*, mai 2017, pp. 867 s.

Sommaire

SOMMAIRE ..... **IV**

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1 - LE DROIT COMME OUTIL DE PRÉVENTION DES « VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES » **15**

CHAPITRE 1. VALORISER L'AUTONOMIE DE LA FEMME 16

Section 1. La médicalisation "ordinaire" du corps des femmes, frein au déploiement de leur autonomie *17*

Section 2. La promotion par la loi d'une relation médicale équilibrée *35*

Section 3. Des exceptions limitées au principe d'autonomie en matière de sexualité et de reproduction *58*

CHAPITRE 2. PERMETTRE LE CHOIX DU PRATICIEN 78

Section 1 – Le choix du praticien : principe et limites *79*

Section 2 – Les difficultés particulières en matière d'accouchement *86*

PARTIE 2 - LE DROIT COMME INSTRUMENT DE SANCTION DES VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES **110**

CHAPITRE 1 - ÉTABLIR L'ACTE À L'ORIGINE DES « VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES » 111

Section 1 : Qualifier juridiquement les « violences gynécologiques et obstétricales » *111*

Sous-section 1 : Qualifier le comportement de l'auteur *111*

§1. Les comportements qualifiés de fautes *112*

§2. Les comportements générateurs de responsabilité pénale *133*

Sous-section 2 : Qualifier les conséquences pour la victime *163*

§1. Identifier la ou les victimes *163*

§2. Répertorier les préjudices indemnisables *168*

§3. L'ITT en droit pénal *175*

Section 2 : Imputer la responsabilité *178*

Sous-section 1. Établir la causalité *178*

§1. Rappels généraux sur le lien de causalité *178*

§2. Difficultés particulières en gynécologie et en obstétrique *180*

Sous-section 2. Identifier le responsable *182*

§1. Le responsable personne physique *183*

§2. Le responsable personne morale *185*

Section 3 : Prouver les violences gynécologiques et obstétricales *193*

§1. La charge de la preuve *193*

§2. Les modes de preuve *195*

CHAPITRE 2 - CHOISIR LA PROCÉDURE : ADAPTATION ET INADAPTATIONS AUX BESOINS DES VICTIMES 212

Section 1 : Procédure juridictionnelle *213*

§ 1. Remarques générales relative à la procédure juridictionnelle *213*

§2. Les procédures répressives *215*

§3. Les procédures indemnitaires *225*

Section 2 : Procédure non juridictionnelle *231*

§ 1. Remarques générales relatives à la procédure non juridictionnelle *231*

§ 2. Précisions sur des dispositifs particuliers *234*

CONCLUSION GÉNÉRALE 238

PERSPECTIVES DE LA RECHERCHE 240

BIBLIOGRAPHIE 245

TABLE DES MATIÈRES **260**

Introduction

Le 12 janvier 2023 a été déposée une proposition de loi sénatoriale visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bientraitant. Elle peut être regardée comme l'une des dernières manifestations du mouvement de dénonciation des violences gynécologiques et obstétricales né en France au début de la décennie 2010 et dont la médiatisation s'est intensifiée à partir de 2015[2], au lendemain de l'affaire des touchers vaginaux imposés à des femmes endormies.

L'émergence de ce mouvement de dénonciation mérite d'être réinscrite dans une perspective du genre porteuse du postulat selon lequel « la gynécologie est politique ». En effet, l'affirmation historique de l'exercice de la gynécologie en tant que discipline médicale autonome ne peut être lue indépendamment des rapports de pouvoir inégalitaires qui ont distingué entre travail productif reconnu aux hommes dans l'espace public et travail reproductif assigné aux femmes dans l'espace privé. Comme le justifiait Rousseau : « il n'y a nulle parité entre les deux sexes quant à la conséquence du sexe. Le mâle n'est mâle qu'en certains instants, la femelle est femelle toute sa vie, ou du moins toute sa jeunesse ; tout la rappelle sans cesse à son sexe, et, pour en bien remplir les fonctions, il lui faut une constitution qui s'y rapporte. Il lui faut du ménagement durant sa grossesse ; il lui faut du repos dans ses couches ; il lui faut une vie molle et sédentaire pour allaiter ses enfants »[3]. En ce sens, l'élaboration d'un savoir scientifique et d'une pratique médicale centrée sur les organes génitaux des femmes a pu se construire autour d'une affirmation paradoxale : « Les femmes sont faites pour être mères, mais elles en sont incapables par elles-mêmes ».

« Les femmes sont faites pour être mères » : si la fonction sociale des femmes est historiquement conçue comme étant d'enfanter, l'histoire de la gynécologie est marquée par l'élaboration d'un discours « naturalisant » cette aptitude. Ainsi, le médecin français Pierre Roussel, dans son traité relatif au *Système physique et moral de la femme* (1775) souligne combien la femme est tout entière constituée par son système reproducteur. *Tota mulier in utero*, toute la femme se réduit à son utérus, selon un adage attribué à Hippocrate. Dans le savoir scientifique du XVIIIe siècle, cette « spécificité » est utilisée pour singulariser la femme au sein du genre humain : puisque les « humeurs » et la « nature » des femmes sont tout entières influencées par leur système reproductif, les femmes, contrairement aux hommes, ne sauraient être reconnues en tant qu'êtres raisonnables et autonomes. L'incapacité ainsi affirmée des femmes se décline alors dans de nombreuses sphères : l'espace public et la citoyenneté, dont les femmes sont exclues[4] ; la sphère familiale, où s'exerce l'autorité du père puis du mari ; la sphère médicale enfin. La fragilité et la vulnérabilité intrinsèques des femmes supposent

[2] V. par ex., E. Brouze, « "Il faut arrêter l'omerta" : "Paye ton gynéco" dénonce les violences obstétricales », *L'Obs*, 2 août 2017 ; D. Jeantet, « Derrière le « point du mari », le traumatisme de l'épisiotomie », *Le Monde*, 18 avr. 2014 ; C. Mallaval et A. Moran, « Contre les violences gynécologiques, la lutte prend corps », *Libération*, 16 août 2017 ; C. Piquet et C. Thibert, « Quand l'accouchement se vit dans la violence », *Le Figaro*, Grand angle, 18 avr. 2017 ; Ch. Bienaimé, *Accoucher dans la violence*, documentaire diffusé le 18 janv. 2017 par France Culture ; L. Meysenq, Césariennes à vif, épisiotomies imposées... Le grand tabou des violences durant l'accouchement, *France Info*, 25 oct. 2016.

[3] J.-J. Rousseau, *Emile ou de l'Education*, Tome 2, Livre V, éd. Du Peyrou et Moultou, p.203.

[4] V. sur ce point l'intervention de la professeure D. Roman, « Citoyenneté et droits reproductifs », Congrès Féminisme, Droit et citoyenneté, 11 juillet 2022, intervention disponible sur https://mediatheque.univ-paris1.fr/video/3273-diane-roman-congres-feminisme-droit-et-citoyennetefeminism-law-and-citizenship/

qu'elles s'en remettent à une autorité dotée du savoir scientifique et de la capacité rationnelle de prendre des décisions « dans leur propre intérêt » et dans celui de l'enfant à naître. Cette emprise d'un corps médical masculin sur la santé et le corps des femmes n'a pourtant pas existé de tout temps. Son affirmation s'est imposée progressivement, grâce en particulier au développement d'un savoir scientifique écrit. Supposant pour y avoir accès un niveau d'études généralement réservé aux hommes, ce savoir écrit va progressivement imposer l'autorité masculine en matière de gynécologie et d'obstétrique[5]. En pratique cependant, les femmes ont toujours continué à occuper une place sur le terrain médical, dans la sphère privée bien sûr, mais également en tant que femmes de praticiens et en tant que praticiennes de la médecine. L'historienne Monica Green cite ainsi Perretta Petone qui vécut au XVe siècle et étudie le traité de Trotula, réunion de plusieurs textes écrits au XIIe siècle par des femmes et qui restera pendant plusieurs siècles l'ouvrage de référence en gynécologie et en obstétrique[6]. On pense également aux ouvrages de la célèbre sage-femme Louise Bourgeois au XVIIe siècle. Monica Green montre néanmoins comment, malgré cette persistance de la pratique d'une médecine par les femmes pour les femmes, l'autorité et la légitimité de l'exercice de la gynécologie et de l'obstétrique seront établies au profit des seuls hommes médecins à l'aube de la « gynécologie moderne ».

En matière d'obstétrique, cette autorité du médecin s'avère double, à la fois physique et symbolique. Physiquement, la naissance se transforme : elle cesse d'être une « affaire de femmes » et quitte la chambre familiale pour devenir un enjeu médical, pratiquée en établissement de soins, dans une salle de travail où la position gynécologique (femme allongée sur une table, pieds dans les étriers) est privilégiée encore aujourd'hui car elle facilite le travail des professionnels de santé, chirurgiens-accoucheurs assistés de sages-femmes, alors même que cette position ne favorise pas l'accouchement physiologique[7]. Symboliquement, l'accouchement s'inscrit pleinement dans le processus d'une bio-médicalisation des corps, largement gouvernée par la notion de « risque obstétrical »[8]. L'observance souvent docile des décisions et recommandations médicales par la femme enceinte est obtenue par un discours anxiogène et responsabilisateur, axé sur les risques pour sa santé et, surtout, pour celle de son enfant à naître. La peur du risque consécutif à la grossesse et à l'accouchement est ainsi utilisée pour justifier une véritable soumission « librement consentie » à une forte médicalisation du suivi de la grossesse et de l'accouchement, soumission équivalant *de facto* à une dépossession. Dans cette configuration, la femme passive s'en remet aux mains d'un médecin dont le langage commun affirme, de façon révélatrice, qu'il « met au monde » et « accouche » l'enfant. Car si les femmes sont faites pour être mères, « *elles en sont incapables par elles-mêmes* ». Ces prémisses historiques permettent de comprendre la constitution d'une relation gynécologique marquée non seulement par la traditionnelle autorité du corps médical sur un patient

[5] M. H. Green, *Making Women's Medicine Masculine: The Rise of Male Authority in Pre-Moderne Gynaecology*, Oxford University Press, 2008, 409 p. ; B. Ehrenreich et D. English, *Sorcières, sages-femmes et infirmières. Une histoire des femmes soignantes*, ed. Cambourakis pour la traduction française, 2014, 121 p. ; S. Federici, *Caliban et la Sorcière. Femmes, corps et accumulation primitive*, Senonevero et Entremonde pour la traduction française, 2014 : P. Cesbron et Y. Knibielher*, La Naissance en Occident*, Paris, Albin Michel, 2004, 363 p.

[6] M. H. Green*, op. cit.*

[7] V. par ex., H. Robert, *L'évolution des positions d'accouchement en France et dans nos cultures occidentales*, Gynécologie et obstétrique, 2014, mémoire de fin d'études de sage-femme, dumas-01076699, p. 2190 et s.

[8] V. not. A. Clarke et al., « Technosciences et nouvelle biomédicalisation : racines occidentales, rhizomes mondiaux », Sciences Sociales et Santé, 2000, 18-2, pp.11-42 ; S. Topçu, « Obstétrique, (non)violence et féminisme. Un regard sociohistorique », *Cahiers du Genre*, vol. 71, no. 2, 2021, pp. 81-106.

incapable, mais encore exacerbée par l'incompétence socialement affirmée des femmes sur les questions médicales, y compris relativement à leur propre corps.

Cette configuration de la relation médicale a été ébranlée dans la seconde moitié du XXe siècle par deux mouvements distincts et non concurrents : la critique féministe mais aussi la contestation de la domination du médecin sachant. La remise en cause de l'emprise médicale sur le corps des femmes a été le fruit, d'une part, d'une critique féministe dénonçant une culture médicale au service du patriarcat et promouvant au contraire « une prise de pouvoir de leur corps par les femmes, qui passe par la remise en cause du pouvoir médical et de ses protocoles, par l'investigation pratique, la collecte et l'élaboration collectives de savoirs et de savoir-faire (…), par la lutte contre l'ignorance des femmes de tout ce qui concerne leur propre corps et contre les inégalités d'accès à la santé »[9]. Cette critique apparaît dans le cadre du *Women's Health Movement* qui a émergé aux Etats-Unis dans les années 1970. Il sera à l'origine des mouvements de *self-help* féministes qui se diffuseront progressivement à travers les Amériques, puis Outre-Atlantique. Pour autant, ce n'est pas aux Etats-Unis, mais en Amérique latine que la thématique des violences obstétricales a pris corps, fruit de la rencontre entre des mouvements féministes indigènes et des travaux scientifiques conduits par des sociologues. Une des premières étapes dans l'identification et la désignation de ces violences fut la publication, en 2002, par la revue médicale *Lancet* d'un important article écrit par des auteurs brésiliens et effectuant une revue de littérature sur les pratiques obstétricales caractéristiques de violences dans différents pays. Les qualifiant de « problème émergent », l'étude décrivait quatre types de violences : négligences, violences verbales, violences physiques et violences sexuelles. L'importance de la thématique des violences obstétricales a conduit à lui donner une traduction juridique dans plusieurs pays d'Amérique latine. La première loi sur le sujet a été adoptée au Venezuela en 2007[10]. Il s'agit de la loi sur le droit des femmes à une vie sans violence, qui déclare que « l'appropriation du corps et des processus reproductifs des femmes par le personnel de santé, qui se manifeste par : un traitement déshumanisant, un abus de médicalisation et une pathologisation de processus naturels, entraînant une perte d'autonomie et de capacité de décision libre sur son corps et sa sexualité, affectent négativement la qualité de vie des femmes »[11]. L'exemple du Venezuela sera suivi par plusieurs autres pays d'Amérique latine dont l'Argentine en 2009 qui retient une définition relativement proche des violences obstétricales : « la violence obstétricale est celle exercée par le personnel de santé sur le corps et les processus reproductifs des femmes, exprimée par un traitement déshumanisant, un abus de médicalisation et une pathologisation des processus naturels »[12]. La notion de violences obstétricales s'étend ensuite en Amérique du Nord, mais il faudra une décennie pour qu'elle traverse l'Atlantique et arrive en France. Ce décalage s'explique par certaines particularités de la situation française.

La dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales » y apparait en effet comme le fruit de la rencontre des luttes féministes et des revendications en faveur d'un meilleur respect des droits

[9] L. Ruault, « La circulation transnationale du self-help féministe : acte 2 des luttes pour l'avortement libre ? », *Critique internationale*, 2016/1, n°70, pp.37-54, p.38.
[10] Pour une analyse critique de la mise en application de cette loi, v., https://www.refworld.org/docid/50728ea22.html
[11] L. Favre, « Les législations sud-américaines contre les violences obstétricales : résultat d'une mobilisation précoce », 22 juillet 2020, disponible sur https://igg-geo.org/?p=1568#f+1568+3+2.
[12] L. Favre, *op. cit.* L'efficacité de cette loi semble là encore toute relative si l'on croit la condamnation de l'Argentine par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme du 16 novembre 2022 (v. communiqué de presse du 18 janvier 2023).

des patients[13]. Le *Women's health movement* et la promotion du *self-help* féministe[14] ont, en France, été réceptionnés et portés par le Mouvement pour la liberté de l'avortement et de la contraception (MLAC). Ce mouvement, né en 1973, rassemble des réseaux féministes, des syndicats et des groupes politiques d'extrêmes gauche, mais aussi des médecins[15]. Ainsi, dans le courant des années 1970, les médecins gynécologues, profession au demeurant largement féminisée en France contrairement à ce qui pouvait s'observer outre-Atlantique, se sont mobilisés, au moins pour une partie d'entre eux, au soutien des femmes dans leurs demandes en matière de contraception et de recours à l'IVG[16]. Dès lors, « contrairement aux féministes américaines qui ont dû produire une contre-expertise face au savoir médical, les féministes françaises ont eu les experts pour allié·e·s. La question de l'accès à l'information et, plus largement, celle du droit à une prise de décision autonome au sein de la consultation médicale ne se sont donc pas posées de la même manière en France et aux Etats-Unis »[17].

Il a ainsi fallu l'adjonction d'un autre mouvement militant pour qu'émerge en France la question des « violences gynécologiques et obstétricales » : la dénonciation du paternalisme médical et la revendication de la reconnaissance des droits des patients. Cette remise en cause plus générale de la relation médecin-patient occupe encore aujourd'hui une place importante dans le discours militant contre les « violences gynécologiques et obstétricales » et touche à un enjeu plus global de partage du pouvoir entre patients et professionnels de santé. Ce sera précisément l'un des enjeux de la loi Kouchner du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé que de tenter un rééquilibrage de ce partage du pouvoir entre professionnels de santé et usagers du système de santé. Au cœur de ce rééquilibrage se trouvent l'affirmation par la loi de l'obligation faite au médecin de recueillir et de respecter le consentement de la personne ainsi que le droit corrélatif de la personne à une information loyale.

S'agissant de la gynécologique, la sociologue Lucile Quéré constate que « c'est *a posteriori*, après l'introduction de la notion de consentement dans la loi sur les droits des patient·e·s, que les féministes françaises se saisissent du consentement, pour développer une lecture politique de la santé des femmes et déconstruire le discours médical sur la sexualité adressé aux femmes. L'émergence d'une telle lecture se fait alors en dehors des mouvements organisés, et se caractérise par l'indécision entre une critique féministe de la gynécologie et une analyse plus générale de

[13] L. Quéré, « Luttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles questions féministes* 2016/1 vol. 35, p. 38 ; M. Azcué et L. Tain, « L'émergence du concept de "violence obstétricale" : l'impact du mouvement féministe », *Santé Publique*, 2021/5 vol.33, pp.635-643 ; S. Topçu, « Obstétrique, (non)violence et féminisme. Un regard sociohistorique », *Cahiers du Genre*, vol. 71, no. 2, 2021, pp. 81-106 ; M. Dupuis, « Violences de genre et de soins : l'exigence d'une éthique nouvelle à construire », Périnatalité, 2020/4, vol.12, pp.165-171.

[14] Pour une analyse sociologique de ces mouvements v. A. Koechlin, « L'auto-gynécologie : écoféminisme et intersectionnalité », *Travail, genre et sociétés*, 2019/2, n° 42, pp. 109-126 ; L. Quéré, « Repousser les frontières des normes corporelles et sexuelles. Effets de l'engagement dans le self-help féministe sur la sphère intime », *Sociétés contemporaines* 2022/2 n° 126, pp. 93-119 ; L. Ruault, « La circulation transnationale du self-help féministe : acte II des luttes pour l'avortement libre », *Critique internationale* 2016/1 n° 70, pp. 37-54.

[15] L. Ruault, « La circulation transnationale du self-help féministe : acte II des luttes pour l'avortement libre », *Critique internationale* 2016/1 n° 70, pp. 37-54. Voir aussi le film *Annie Colère* de B. Lenoir, sorti en 2022, dont L. Ruault a été la conseillère historique.

[16] Voir le témoignage de I. Jouannet, *Mes années MLAC*, Editions du Croquant, 2020, 96 p.

[17] L. Quéré, « Luttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles questions féministes* 2016/1 vol. 35, pp. 32-47, p. 38.

l'asymétrie de pouvoir dans la relation médicale. Les femmes qui portent cette lecture remettent en cause à la fois les pratiques médicales, à partir de la notion de consentement, longuement pensée par les théoriciennes et les militantes féministes autour de la définition de la sexualité – et notamment autour du viol –, et les discours médicaux sur la sexualité des femmes, et ce en mettant au centre de leur analyse l'expérience vécue des femmes »[18]. Ainsi, tout comme, dans les années 1970, le voile de la vie conjugale avait été levé pour mettre au jour le caractère systémique des violences conjugales, les années 2000 ont constitué un tournant dans la dénonciation des violences obstétricales. Il est à noter que ces critiques et les revendications d'autonomie formulées par les femmes ont pu être soutenues par des professionnels de santé, notamment par des spécialistes de la gynécologie et de l'obstétrique, au même titre que les revendications liées à la contraception l'avaient été. Ainsi du docteur Winckler, médecin généraliste particulièrement connus sur ces questions et auteur de nombreux ouvrages, pour partie d'information à destination des femmes[19], pour partie de dénonciation des pratiques médicales dans le cadre d'ouvrages ou de fictions[20]. D'autres médecins avaient, dès les années 1970 critiqué l'idée dominante selon laquelle c'était l'accouchement, en tant que tel, qui était un événement traumatique et violent sur lequel il fallait agir. Ces médecins faisaient valoir au contraire que l'interventionnisme médical pouvait également parfois être source de violences. En atteste la publication en 1974 du livre *Naissance sans violence* écrit par l'obstétricien Frédéric Leboyer et qui est présentée comme un tournant. On peut également noter l'attention portée à certaines maternités dites « non violentes » comme celle de Pithiviers dirigée par le docteur Michel Odent ou celle des Bluets. Mais, à l'époque, cette remise en cause des pratiques médicales traditionnelles suscite une vive hostilité institutionnelle de la part de nombreux chefs de maternité et des sociétés savantes. Par ailleurs, la revendication d'un accouchement non médicalisé divise le mouvement féministe[21], alors même que les débuts de la péridurale laissent espérer aux femmes la perspective d'un accouchement sans douleur, fut-ce au prix de son hyper-médicalisation. Pourtant la critique n'a pas cessé de la part des médecins, loin s'en faut, et on retrouve à la fin des années 1990 de vives attaques formulées par des professionnels à l'encontre de la surmédicalisation et de l'infantilisation des femmes dans le cadre de leur accouchement à l'instar, par exemple, du docteur Patrick Bensoussan[22]. Enfin, il est important de rappeler que de grandes affaires médiatiques ayant attiré l'attention sur la problématique des « violences gynécologiques et obstétricales » ont trouvé leur origine dans la prise de parole de professionnels de santé ou d'étudiants en médecine[23].

---

[18] L. Quéré, « Luttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles questions féministes* 2016/1 vol. 35, pp. 32-47, p. 39.

[19] V. par exemple M. Winckler, *C'est mon corps. Toutes les questions que se posent les femmes sur leur santé. Un guide utile et sans tabou*, Editions de l'Iconoclaste, 2020, 504 p.

[20] V. par exemple, M. Winckler, *Les brutes en blanc*, 2017, Editeur Points, 384 ; *Le chœur des femmes*, P.O.L, 2009, 602 p.

[21] V. sur ce point M. Azcué et L. Tain, « L'émergence du concept de "violence obstétricale": l'impact du mouvement féministe », *Santé Publique*, 2021/5 vol.33, pp. 635-643.

[22] *La grossesse n'est pas une maladie*, Editions Cyros, Paris 2000 et « Des lieux de naissance si peu hospitaliers… », *Spirales*, 2010/2 n° 54, pp. 159-168.

[23] Concernant l'affaire des touchers vaginaux sur des patientes endormies, l'affaire a été révélée le 2 février 2015 par un tweet d'un pharmacien. https://www.20minutes.fr/lyon/1532263-20150203-etudiants-medecine-pratiquent-touchers-vaginaux-patientes-endormies. V. aussi la tribune publiée à la suite de l'affaire Daraï par des étudiants en médecine, https://www.francetvinfo.fr/sante/soigner/tribune-contre-les-violences-medicales-on-ne-nous-apprend-pas-a-demander-le-consentement-des-patients-regrette-une-etudiante-en-medecine_4884645.html.

Il n'en demeure pas moins qu'il aura fallu attendre les années 2010 pour que la question des « violences gynécologiques et obstétricales » se pose clairement dans le débat public français. Les réseaux sociaux ont joué un rôle particulièrement important dans cette cristallisation. En septembre 2013, le blog « Marie accouche là » est publié par une juriste, Marie-Hélène Lahaye. Documenté et régulièrement actualisé, il a permis de donner une visibilité médiatique et une formulation juridique au concept, nouveau pour la France, de « violences obstétricales ». Parallèlement, les réseaux sociaux engrangent à une vitesse remarquable d'innombrables témoignages autour de ce que l'on peut désormais qualifier de « #MeToo » obstétrical : en 2014, une sage-femme dénonce sur son blog le « point du mari », ce point de suture supplémentaire effectué après une épisiotomie afin de resserrer le vagin dans le but (théorique) de renforcer le plaisir du partenaire lors de la pénétration. Le scandale provoqué par ce témoignage et le démenti apporté par le président du Syndicat national des gynécologues obstétriciens de France (Syngof) entraînent alors de vifs débats, sur Internet comme dans la presse grand public[24]. La même année est lancé sur Twitter le hashtag « PayeTonUtérus » qui rassemble 7000 témoignages en moins de 24h, soulignant la fréquence et la banalité de propos condescendants, paternalistes, voire discriminatoires, adressés à des patientes lors de consultations gynécologiques ou obstétricales. L'année suivante voit le lancement à succès du Tumblr « Je n'ai pas consenti », dénonçant des pratiques médicales imposées aux patientes sans information préalable ni recueil du consentement. 2015 est aussi marquée par le scandale provoqué par la révélation de touchers vaginaux effectués de façon routinière, dans un but de formation des étudiants en médecine, alors que les patientes sont sous anesthésie générale. Un rapport, réalisé à la demande de la ministre de la Santé, révèle l'ampleur du phénomène : dans 20 à 33% des cas, ces examens seraient effectués sans consentement préalable des patientes. Dans un communiqué de presse, la ministre de la Santé de l'époque, Marisol Touraine, réagit vivement en affirmant que « l'État sera d'une extrême fermeté face à ces pratiques inacceptables, qui portent atteinte à l'intégrité du corps humain et aux droits fondamentaux des patients » ; toutefois, aucune poursuite judiciaire n'a été intentée à ce jour. Parallèlement, la dénonciation des violences obstétricales est relayée par les médias généralistes, donnant ainsi une large visibilité à cet enjeu. Émissions de radio, bandes dessinées (comme celle du *Projet Crocodiles* ou *Le chœur des femmes* tirée du roman de M. Winckler), ouvrages (de celui de Martin Winckler, *Les brutes en blanc*, publié en 2016, à celui de la journaliste Mélanie Dechalotte, *Le livre noir de la gynécologie* publié en 2017) et documentaires (comme celui *Tu enfanteras dans la douleur*, réalisé par Ovidie et diffusé sur Arte en juillet 2019) se succèdent.

Prenant acte de ce que la question des violences obstétricales était devenue un enjeu politique, la nouvelle secrétaire d'État en charge de l'égalité entre les femmes et les hommes, Marlène Schiappa, demande, en 2017, au Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes de rédiger un rapport sur le sujet. Remis le 29 juin 2018[25], ce rapport définit les violences gynécologiques et obstétricales comme les « actes sexistes les plus graves qui peuvent se produire dans le cadre du suivi gynécologique et obstétrical des femmes […] ». Pour la première fois dans un rapport public, les « violences gynécologiques et obstétricales » sont décrites comme étant au croisement des

[24] V. par exemple, Cl. Hache, « Le douloureux « point du mari » pour un « vagin de jeune fille » après l'accouchement », *L'express*, 26 mars 2014 ; D. Jeantet, « Derrière le "point du mari", le traumatisme de l'épisiotomie », *Le Monde*, 18 avril 2014 ; J. Zaparty, « Faut-il en découdre avec le « point du mari » ? », *Libération*, 6 mai 2014.

[25] HCEhf, « Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaitre, prévenir et condamner le sexisme », 29 juin 2018.

violences institutionnelles et des violences de genre. C'est également en ce sens qu'un rapport du Conseil de l'Europe souligne que « la parole des femmes n'est pas écoutée, elle est même considérée comme étant de moindre importance. Les femmes ne seraient plus pleinement actrices de leur accouchement mais guidées par leurs émotions, fragiles et incapables de prendre des décisions raisonnables. Ces violences nous démontrent que les stéréotypes de genre ont des conséquences non seulement sur la place des femmes dans la société mais aussi dans l'accès aux soins et aux traitements »[26]. Ce faisant, d'objet de dénonciation militante, les « violences obstétricales et gynécologiques » sont devenues « une affaire d'État » et un domaine d'études en sciences sociales.

Ces lectures politiques du phénomène de dénonciation des violences gynécologiques et obstétricales ne seront cependant pas au cœur de nos réflexions, qui entendent apporter un éclairage juridique d'ensemble sur les faits et les situations dénoncées, bien moins étudié jusqu'ici. Si des institutions reconnues compétentes en la matière ont proposé plusieurs formes d'appréhension de ces violences en se proposant de les définir, ces définitions ne semblent pas toujours coïncider avec les qualifications juridiques qui pourraient théoriquement s'en saisir. En effet, en réponse à la mobilisation de la presse et des associations dans le courant de l'année 2017[27], nous avons évoqué le rapport sur les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétricale rendu par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes et la définition qu'il propose de ces actes : « des gestes, propos, pratiques et comportements exercés ou omis par un·e ou plusieurs membres du personnel soignant sur une patiente au cours du suivi gynécologique et obstétrical et qui s'inscrivent dans l'histoire de la médecine gynécologique et obstétricale, traversée par la volonté de contrôler le corps des femmes (sexualité et capacité à enfanter). Ils sont le fait de soignant·e·s — de toutes spécialités — femmes et hommes, qui n'ont pas forcément l'intention d'être maltraitant·e·s ». Réagissant au travail du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, l'Académie de médecine a adopté le 18 septembre 2018 un rapport intitulé « De la bientraitance en obstétrique – la réalité du fonctionnement des maternités »[28]. Selon ce rapport, les violences obstétricales doivent être comprises comme « tout acte médical, posture, intervention, non appropriée ou non consenti. Il recouvre donc non seulement des actes non conformes aux recommandations pour la pratique clinique (RPC) mais aussi des actes médicalement justifiés réalisés sans information préalable et/ou sans le consentement de la patiente ou avec une apparente brutalité. Enfin, les attitudes, comportements, commentaires ne respectant pas la dignité, la pudeur et l'intimité des femmes sont également cités sous ce terme et rapprochés de la non prise en compte de la douleur pendant et après l'accouchement »[29].

---

[26] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Rapport Violences obstétricales et gynécologiques*, 16 septembre 2019, doc. n° 14965.

[27] V. par ex., E. Brouze, « "Il faut arrêter l'omerta" : "Paye ton gynéco" dénonce les violences obstétricales », *L'Obs*, 2 août 2017 ; D. Jeantet, « Derrière le "point du mari", le traumatisme de l'épisiotomie », *Le Monde*, 18 avr. 2014 ; C. Mallaval et A. Moran, « Contre les violences gynécologiques, la lutte prend corps », *Libération*, 16 août 2017 ; C. Piquet et C. Thibert, « Quand l'accouchement se vit dans la violence », *Le Figaro*, Grand angle, 18 avr. 2017 ; Ch. Bienaimé, *Accoucher dans la violence*, documentaire diffusé le 18 janv. 2017 par France Culture ; L. Meysenq, *Césariennes à vif, épisiotomies imposées... Le grand tabou des violences durant l'accouchement*, France Info, 25 oct. 2016.

[28] Académie de médecine, *Communiqué de presse : De la bientraitance en obstétrique ; la réalité du fonctionnement des maternités*, séance du 19 septembre 2018.

[29] Académie de médecine, rapport 18/09 *De la bientraitance en obstétrique ; la réalité du fonctionnement des maternités*, bull. acad. Natle Med. 2018, 202, n°7 pp1323-1340, p. 1324.

Les « violences gynécologiques et obstétricales » telles qu'elles sont ainsi définies renvoient donc à un ensemble très hétérogène de pratiques et de situations. Elles ont en commun d'être les objets de plaintes de patientes qui relatent des expériences négatives vécues dans le cadre de leur suivi gynécologique et/ou obstétrical. Ainsi, des paroles déplacées, l'absence de dialogue, un défaut de prise en compte de la douleur, un acte inutile et désagréable ou encore un vécu traumatique d'accouchement, qu'il soit médicalisé ou non, des séquelles graves – physiques ou psychiques –, faisant suite à une intervention médicale, sont autant d'hypothèses susceptibles d'être dénoncées au titre des « violences gynécologiques et obstétricales ». L'une des définitions de notre objet de recherche est donc large, plurielle et correspond à la dénonciation sociale de certains "vécus violents" dans les parcours de soin gynécologique ou obstétrical. Cette définition extensive est essentiellement fondée sur le vécu de violence des patientes (et parfois des patients) dont la parole mérite d'être entendue afin qu'elles soient aidées et accompagnées. Ce prisme du ressenti des victimes est celui porté par les associations qui les représentent et, plus généralement, par les associations de patients dont l'objet est de recueillir les témoignages et d'accompagner les personnes ayant vécu ces violences, entendues au sens large. Néanmoins, le choix terminologique de « violences gynécologiques et obstétricales » a suscité un vif émoi au sein de la communauté médicale. En effet, nombreux sont les professionnels ayant entendu le terme de violence comme impliquant de leur part la volonté de blesser ou plus généralement de nuire à leurs patientes et se sont par conséquent inscrits en faux par rapport à une telle accusation. Des crispations ont ainsi pu naître de la confrontation brutale de la volonté constante d'apporter les meilleurs soins, attachée au serment d'Hippocrate et portée par la grande majorité des soignants, et des vécus négatifs de patientes, des vécus de violences[30]. En dépit de ces tensions, force est de constater que les récits de femmes ont permis une prise de conscience collective ouvrant la voie à une évolution des pratiques déjà perceptible sur le terrain[31]. Dans le cadre de cette étude, les discussions et débats suscités par l'expression « violences gynécologiques et obstétricales » ne donneront pas lieu à des analyses ultérieures, le rapport reprenant l'expression en ce qu'elle a été vectrice de l'émergence d'un phénomène de société dont l'analyse juridique est l'unique objet de cette étude. L'expression sera cependant conservée entre guillemets pour marquer la distance de la recherche à l'égard de son objet.

En effet, il n'existe pas une qualification juridique susceptible de saisir dans leur globalité les « violences gynécologiques et obstétricales ». Deux juristes ont certes proposé des définitions de ces violences, mais essentiellement pour inviter à entamer une réflexion juridique sur le sujet. Ainsi, Marie-Hélène Lahaye qualifie de violence obstétricale « tout comportement, acte, omission ou abstention commis par le personnel de santé, qui n'est pas justifié médicalement et/ou qui est effectué sans le consentement libre et éclairé de la femme enceinte ou de la parturiente »[32]. Diane Roman précise quant à elle cette définition en indiquant que « constitue une violence obstétricale tout acte, positif ou négatif, commis par le personnel de santé à l'encontre d'une femme enceinte ou d'une parturiente, portant atteinte à son intégrité physique ou psychologique et soit qui n'est pas justifié médicalement, compte tenu des informations disponibles à la date de l'acte, soit qui est

[30] C. Michel et C. Squires, « Entre vécu de l'accouchement et réalité médicale : les violences obstétricales », *Le carnet PSY* 2018/8 n° 220, pp. 22-33, p. 26.
[31] V. notamment CNGOF, Charte de la consultation en gynécologie ou en obstétrique ; v. également les recherches en sociologie qui témoignent de ces évolutions sur le terrain dès 2018 (entretien sociologue).
[32] www.marieaccouchela.blog.lemonde.fr, « qu'est-ce que la violence obstétricale », post du 9 mars 2016

réalisé sans son consentement libre et éclairé »[33]. Ces définitions, qui insistent sur les enjeux de consentement et d'atteinte à l'intégrité des personnes, pourraient s'appliquer également aux violences gynécologiques. Ces propositions de définitions ne sont cependant assorties d'aucune proposition de régime juridique et pour cause, leurs auteurs n'avaient pas, en les énonçant, la prétention de les présenter comme une possible qualification juridique, c'est-à-dire une nouvelle catégorie ou un nouveau concept juridique. Ces définitions rendent compte en réalité de la complexité du phénomène pour le juriste, complexité qui l'oblige à s'interroger sur les qualifications précises qui pourraient être envisagées face à la diversité des « violences gynécologiques et obstétricales » et, corrélativement, sur les régimes juridiques précis susceptibles de saisir de telles situations. Ainsi, un acte médical réalisé sans le consentement de la patiente sera éventuellement susceptible d'engager la responsabilité pénale du professionnel de santé, mais également ses responsabilités civile et professionnelle, l'établissement au sein duquel il exerce pouvant également, le cas échéant, voir sa responsabilité engagée. La possibilité de mobiliser ces différentes responsabilités dépend de la qualification juridique applicable aux situations dénoncées.

En outre, tous les actes englobés sous l'expression de « violences gynécologiques et obstétricales » ne seront pas nécessairement passibles de sanctions juridiques et ce, alors même que le droit connait la qualification de violence mais il en retient des définitions plus restrictives. La violence se retrouve ainsi en particulier en droit pénal où elle correspond essentiellement aux actes d'atteinte intentionnelle à l'intégrité des personnes et s'avère donc impropre à saisir des actes qui pourraient résulter de simples imprudences. Mais cette qualification de violence n'épuise pas les outils du droit pénal susceptibles d'appréhender les actes dénoncés et qui méritent donc d'être envisagés. Ainsi, par exemple, Bruno Py considère que les touchers vaginaux effectués sur des patientes endormies sous anesthésie générale pourraient relever de la qualification de viol[34]. Sur les terrains du droit civil et du droit administratif, la violence renvoie à un vice du consentement et a donc une portée relativement restreinte. Pour autant ces deux branches du droit peuvent saisir de nombreuses situations dénoncées comme « violences gynécologiques et obstétricales » à travers la notion très générale de faute. Cette qualification de faute est également sous-jacente à celle de manquement aux obligations déontologiques qui permet aux ordres professionnels de prononcer des sanctions à l'encontre des praticiens.

La présente recherche entend ainsi examiner en détail les différents actes actuellement englobés dans l'expression « violences gynécologiques et obstétricales » afin de restituer à chacun sa ou ses exactes qualifications juridiques et étudier les régimes de responsabilité y afférant. La recherche est donc globale, couvrant tant le droit pénal que les droits civil, administratif et disciplinaire. Cette recherche se veut une première étude juridique approfondie de ces violences. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure les actes dénoncés au titre des « violences gynécologiques et obstétricales » sont

[33] D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », *RDSS*, mai 2017, pp. 867 s. La réception juridique des « violences gynécologiques et obstétricales » est en effet très variable à travers le monde, certains pays les ignorant complètement, d'autres ayant déjà adopté des dispositions spécifiques. Ainsi, en 2009, l'Argentine a également légiféré en définissant la violence obstétricale comme « celle qu'exerce le personnel de santé sur le corps et les processus de reproduction des femmes, un traitement déshumanisé, l'abus de la médicalisation et la pathologisation des processus naturels ». B. Py, « Le médecin, la brute et le truand », *Mélanges Seuvic*, PUN, 2018, pp. 475-507, *Le sexe et le droit*, PUF, 1999, p. 60.

[34] B. Py, « Le médecin, la brute et le truand », *Mélanges Seuvic*, PUN, 2018, pp. 475-507, *Le sexe et le droit*, PUF, 1999, p. 60.

saisis ou peuvent être saisis par le droit, sous quelles qualifications (la violence obstétricale n'est pas nécessairement une violence aux sens juridiques du terme), quelles responsabilités peuvent y être attachées (pénales, civiles, disciplinaires, administratives) et comment ces sanctions s'articulent entre elles, le cas échéant. Il s'agit également d'explorer les « angles-morts » du corpus normatif en vigueur pour mieux comprendre les obstacles juridiques éventuels à une meilleure prévention et à une sanction efficace de ces violences. La recherche s'appuie sur l'importante littérature déjà disponible qui permet un état des lieux des pratiques[35]. L'analyse porte non seulement sur l'interprétation des dispositions juridiques susceptibles de saisir les actes dénoncés, mais également sur les qualifications juridiques qui ont pu effectivement être retenues ou écartées par des juridictions. Cette démarche ne s'attache donc pas à examiner ou discuter les discours souvent militants et/ou passionnés sur ces problématiques, qui ont pu cependant nourrir la réflexion quant au besoin d'identifier un cadre juridique clair. Elle permet aussi d'intégrer à la réflexion les contraintes extérieures (budgétaires et structurelles notamment) auxquelles sont soumis les praticiens.

Aspects méthodologiques de la recherche

L'état de l'art. Afin d'élaborer l'état de l'art en matière de « violences gynécologiques et obstétricales », un panorama des recherches universitaires, des études et des rapports, toutes disciplines confondues, a été réalisé. Outre les recherches en sociologie qui aident à comprendre l'émergence de ce phénomène, de nombreux travaux réalisés par des médecins[36] et des sages-femmes[37] y sont également consacrés. Si les « violences gynécologiques et obstétricales » recensées dans ces travaux sont un reflet médié des pratiques, la diversité des auteurs, aux intérêts parfois contradictoires, permet toutefois de considérer que, pris dans leur globalité, ces études fournissent un outil satisfaisant de travail pour une première analyse juridique systématique des « violences gynécologiques et obstétricales ». Ces éléments scientifiques ont offert à l'équipe de recherche une base de réflexion à partir de laquelle engager l'étude du droit. Il s'agissait dès lors d'identifier les mécanismes juridiques susceptibles d'appréhender théoriquement le phénomène, mais aussi de recenser les applications jurisprudentielles qui ont pu en être faites. Sur les textes applicables, le caractère très hétérogène des actes dénoncés a justifié la mobilisation d'une grande diversité de textes : recommandations de la Haute autorité de santé, Code de la santé publique (qui comprend en son sein les codes de déontologie), Code civil, Code pénal…Un état des lieux de la jurisprudence déployée dans ce champ a également été dressé à partir des bases de données *Légifrance* pour la

[35] Notons à cet égard que la lettre de saisine du HCEfh lui donne expressément pour mission « la réalisation d'un état des lieux permettant de mesurer et objectiver le phénomène en identifiant précisément la nature des problématiques soulevées ». Lettre de saisine du 28 juillet 2017.

[36] V. par exemple, A. Marcilly et M. Mauri, *Maltraitance médicale dans la pratique gynécologique et obstétricale ambulatoire et conséquences pour le suivi : point de vue des patientes*, thèse en vue de l'obtention du diplôme d'état de docteur en médecine, Université Grenoble Alpes, 21 septembre 2018, 64 p. ; M. Jourdan, *Vécu de la maternité et du post-partum chez des femmes déclarant avoir subi des violences obstétricales, une recherche qualitative exploratoire*, thèse en vue de l'obtention du diplôme d'état de docteur en médecine, Université Paris 13, 21 septembre 2021, 114 p.

[37] V. par exemple, A. Macias, *Perception du débat sur les violences obstétricales par les professionnels, sages femmes et gynécologues-obstétriciens*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'état de sage-femme, Université Descartes, 20 juin 2019, 107 p. ; Y. Louati, *Violences gynécologiques et obstétricales : le vécu des professionnels concernés*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'état de sage-femme, Université de Rouen, 2020, 104 p. ; B. Lipani, *Représentations des violences obstétricales par les étudiants en santé, internes de gynécologie-obstétrique et étudiants sages-femmes*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'état de sage-femme, Université de Grenoble Alpes, 14 juin 2021, 109 p.

jurisprudence judiciaire et *Ariane* pour la jurisprudence administrative, grâce à une convention passée avec le Conseil d'État. La jurisprudence des ordres professionnels des médecins et des sages-femmes a également fait l'objet d'un examen exhaustif grâce aux bases de données publiques disponibles sur leurs sites respectifs. La volonté initiale d'une recherche de jurisprudence au sein des juridictions judiciaires ne s'est finalement pas concrétisée pour diverses raisons. La première était d'ordre conjoncturel : notre recherche a débuté fin 2019 et l'accès aux juridictions s'est donc rapidement avéré impossible en raison de la situation sanitaire liée à la Covid-19 et des mesures restrictives qui en sont résultées. Les recherches jurisprudentielles ont donc commencé dans les bases de données qui étaient à notre disposition et qui ont révélé que le contentieux en la matière était très limité. Ce constat a été conforté par les retours d'expérience des associations de patientes et de patients qui nous ont indiqué que, dans leur expérience, l'écrasante majorité des affaires se résolvait par la voie non contentieuse de la médiation. La seconde difficulté était d'ordre pratique : il ne semblait pas possible aux greffiers et aux magistrats des différentes chambres et juridictions contactées d'identifier spécifiquement les décisions rendues et susceptibles d'intéresser notre champ de recherche. Il n'existe pas de compétence juridictionnelle particulière ou de spécialité permettant de faire une recherche ciblée. En outre, l'absence de numérisation systématique des décisions faisait obstacle à une recherche par mot-clé. La recherche manuelle exhaustive au sein des juridictions aurait donc demandé de nombreuses heures de travail pour aboutir à des décisions peu nombreuses. Cette situation nous a conduit à explorer d'autres pistes et notamment celle de la consultation des courriers de réclamation adressés aux professionnels de santé ou aux établissements dans lesquels ils exercent[38]. Le cadre théorique de la recherche est donc posé par l'étude des textes et les applications jurisprudentielles, juridictionnelles et ordinales, qui en ont été faites dans le champ des « violences gynécologiques et obstétricales », la réflexion étant en outre alimentée par les courriers de réclamation obtenus auprès de plusieurs hôpitaux français dans le cadre de conventions de partenariat, ainsi que des courriers reçus par des associations représentant les patients.

Cette analyse de cas concrets a permis de compléter utilement la jurisprudence. En effet, les situations ayant fait l'objet d'une procédure contentieuse, qu'elle soit ordinale, judiciaire ou administrative sont, dans leur très grande majorité, les situations les plus graves et ces affaires ne disent que peu de choses des sujets les plus courants de plaintes de la part des patientes. Aussi, l'accès aux courriers de réclamations adressés à plusieurs maternités françaises et auxquels nous avons eu accès dans une forme anonymisée, nous ont donné à voir une plus grande diversité de cas concrets ayant conduit les femmes à entreprendre des démarches pour faire reconnaître le caractère anormal de la situation qu'elles ont vécue. Grâce à ce matériau nous avons pu préciser, affiner notre réflexion sur le cadre juridique applicable. Nous avons ainsi eu accès à une centaine de courriers de réclamation auprès des services de maternité pour la période allant de 2017 à 2022. Dans le cadre de nos réunions de travail, les associations représentant les intérêts des patients, qui participaient au projet, nous ont également présenté de nombreuses situations concrètes auxquelles elles avaient été confrontées et nous ont par la suite transmis certains courriers correspondant à ces situations, toujours après anonymisation. Si les comportements et les situations dénoncés dans ces courriers ne seront généralement pas portés au contentieux, ils nous permettent d'envisager les qualifications juridiques qui pourraient théoriquement les appréhender, de prendre conscience du temps parfois

[38] V. infra, l'examen des cas concrets.

long dont ont besoin les femmes pour être en capacité d'envisager un recours, ou même simplement une démarche, et des difficultés d'accès à l'univers juridique susceptible de se saisir de leur situation. Ce regard porté sur des cas concrets de réclamation dans le champ des « violences gynécologiques et obstétricales » permet la confrontation du regard des patients à celui des praticiens impliqués dans le projet, par le biais d'entretiens et de la participation à des réunions de travail.

Implication des professionnels concernés. Outre l'analyse classique du droit positif, il nous a semblé particulièrement important d'impliquer activement les professionnels concernés par le projet. Tout d'abord, les professionnels de santé, gynécologues et sages-femmes ont été associés à notre recherche dès sa conception. L'enjeu de leur participation était double. Il s'agissait pour nous de mieux connaitre et comprendre les pratiques dans le domaine objet de la recherche, d'une part ; nous étions aussi intéressées par la perception que ces professionnels ont du droit, notamment quant aux risques médico-légaux et à l'incidence de cette perception sur leur pratique, d'autre part. Cette implication a été faite de deux manières. Les réunions de travail qui ont jalonné le projet ont toujours associé des gynécologues et des sages-femmes, outre des chercheurs d'autres disciplines et les représentants d'associations de patientes et de patients victimes. Ces réunions de travail en petit comité nous ont permis un dialogue très riche entre la pratique et les enjeux professionnels concrets d'un côté, les principes et exigences juridiques de l'autre, ainsi que la rencontre plus ou moins réussie entre les deux. La première réunion était consacrée à l'identification des actes susceptibles d'être qualifiés de « violences gynécologiques et obstétricales » : « quels actes ? » (17 janvier 2020). Partant du rapport du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes et de l'état des lieux qu'il dresse, cette journée avait pour objet de discuter de son contenu avec les professionnels de la santé, du droit et les associations de patients pour tenter une première clarification des catégories juridiques mobilisables et de leur adaptation aux besoins et aux attentes des patientes. La deuxième journée de travail portait sur « les bonnes pratiques en matière gynécologique et obstétricale : construction et incidences » (2 décembre 2020). Cette réunion de travail a porté sur les pratiques professionnelles qui résultent tant d'habitudes, de protocoles plus ou moins formalisés, de recommandations élaborées par des organisations professionnelles, nationales ou internationales. L'enjeu essentiel était de s'interroger sur l'émergence de ces pratiques, leur construction, leur appropriation par les praticiens, les conditions de leur pérennité mais aussi leurs incidences normatives. Sur ce dernier aspect, nous avons abordé la confrontation de ces pratiques médicales au droit par les instances disciplinaires des ordres professionnels, par les services juridiques de ces institutions, et par les juridictions. Ces deux premières journées de travail ont fait émerger une thématique fondamentale à laquelle nous avons consacré une troisième réunion : celle des contraintes structurelles auxquelles sont soumis les professionnels de santé et leurs patients. Cette journée de travail a été l'occasion d'explorer la dimension systémique des défaillances susceptibles d'être observées dans le cadre du suivi gynécologique et obstétrical. Existe-t-il une forme de violence qui serait liée aux contraintes structurelles des institutions dans lesquelles la prise en charge gynécologique et obstétricale des femmes est assurée ? Déficits en ressources humaines, limites des infrastructures et des moyens financiers, contraintes légales d'organisation des services, tous ces éléments méritaient d'être abordés sous l'angle de leur rôle, déterminant ou non, dans certaines des situations dénoncées. Ces éléments ont pu utilement être confrontés à d'autres modes de prise en charge (maisons de naissance, accouchement à domicile (AAD)). Cette troisième journée, dont le thème était donc les « contraintes structurelles :

spécificité(s) des services de gynécologie et d'obstétrique ? » a eu lieu le 6 décembre 2021. Enfin, en juin 2022, une dernière réunion était organisée pour discuter les premiers résultats de la recherche avec ces professionnels partenaires du projet et leur soumettre un premier plan de rédaction pour le rapport final.

Outre des journées de réunion, les professionnels de santé ont également été associés au projet par le biais d'entretiens individuels qui nous ont offert des discussions plus approfondies sur certains aspects des pratiques, mais également sur les trajectoires individuelles de ces professionnels et leurs réflexions personnelles sur la problématique que nous abordons dans le cadre du projet[39]. Gynécologues, sages-femmes, kinésithérapeutes et anesthésistes ont été associés au projet par le biais de ces entretiens. Nous avons travaillé avec des professionnels de structures privées comme publiques qui témoignent de pratiques variées. Une série d'entretiens étaient également prévue avec des professionnels du droit (magistrats du siège et du parquet, avocats) mais il est rapidement apparu que, s'agissant pour l'heure d'un contentieux embryonnaire, les professionnels du droit n'avaient que des avis réservés sur la question. En particulier sur les qualifications d'infractions sexuelles, tant les membres du ministère public que les juges d'instruction évoquent des incertitudes quant aux qualifications qui pourraient être retenues. Ils nous ont néanmoins témoigné leur vif intérêt quant aux résultats à venir de notre recherche.

La contribution au débat public. Outre ces différents aspects du travail de recherche qui ont permis la rédaction de ce rapport, le projet a permis de contribuer au débat d'intérêt général sur les « violences gynécologiques et obstétricales » en réunissant les témoignages en vidéo de personnes qui ont pris publiquement position. Ils sont les « grands témoins » de ce projet. L'objectif principal de ces enregistrements consiste à constituer des archives orales sur l'état des pratiques médicales et sur les enjeux juridiques qui leur sont attachés. Des professionnels de santé, des patients mais aussi des juristes, des auteurs, des journalistes, des militants, des sociologues ont été invités à y participer, permettant ainsi la constitution d'un caléidoscope des différentes visions de la problématique des « violences gynécologiques et obstétricales » à l'orée des années 2020. S'agissant de la structure des vidéos, elles sont d'une durée totale de trente minutes environ, scindée en trois temps de parole de dix minutes. Le déroulé est chronologique : le premier temps est consacré à l'origine de la problématique du point de vue du ou de la témoin, qu'il s'agisse d'une expérience personnelle ou de sa perception de l'émergence de la problématique dans la société ; le deuxième temps est centré sur le présent et à l'état des lieux que le ou la témoin constate ou peut proposer ; et le troisième temps consiste pour le ou la témoin à envisager des pistes d'évolutions perceptibles et/ou souhaitables en ce domaine et de son point de vue. En dehors de ces consignes très générales, le contenu des interventions était tout à fait libre comme en témoigne la grande richesse des témoignages réunis sur le site de la médiathèque de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne[40] et relayés sur celui de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne. Tous

[39] Outre les échanges informels à l'occasion des séminaires de travail et des vidéos grands témoins, 18 entretiens ont pu être réalisés avec des professionnels de santé. Obtenir l'accord des professionnels s'est avéré beaucoup plus délicat que prévu en raison de l'importance médiatique accordée à la dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales » et de la réserve consécutive des groupements professionnels et des praticiens. V. en annexe la grille d'entretien.

[40] https://mediatheque.univ-paris1.fr/isjps-institut-des-sciences-juridique-et-philosophique-de-la-sorbonne-umr-8103/les-violences-gynecologiques-et-obstetricales-saisies-par-le-droit/

témoignent du fait que ce moment auquel il leur a été demandé de prendre la parole est un « tournant » majeur pour un monde professionnel confronté à la dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales ». Tous témoignent encore de l'importance des enjeux juridiques dans ce débat et de la nécessité pour les professionnels de mieux connaître les règles de droit qui organisent leurs pratiques.

Car le droit se retrouve partout en creux dans la relation médicale dont il se saisit lorsqu'elle présente des situations de violence ; c'est d'ailleurs essentiellement sous son visage répressif le plus sévère, avec les poursuites pénales, que l'intervention du droit a été la plus médiatisée, conduisant parfois à oublier que les sanctions offertes par le droit sont en réalité bien plus variées et peuvent, sous certaines conditions, être cumulées. Mais le droit est présent bien en amont de ces situations de crise et de dysfonctionnement de la relation médicale. Le droit est présent en filigrane, tout au long du colloque singulier entre le professionnel de santé et la personne, dès lors qu'il prescrit qu'il soit respectueux de la personne, de son intimité et de son autonomie.

A l'issue de cette recherche consacrée aux « violences gynécologiques et obstétricales » saisies par le droit, celui-ci est ainsi manifestement apparu comme un outil de prévention (Partie 1) qui, malheureusement, est encore souvent trop mal connu ou mal compris. A ce droit outil de prévention vient correspondre, quasiment en miroir, le droit comme un instrument de sanction (Partie 2) dont la recherche a pu constater simultanément la pertinence et les limites.

Partie 1 - Le droit comme outil de prévention des « violences gynécologiques et obstétricales »

Fort heureusement, pour beaucoup de femmes, le suivi gynécologique et obstétrical sera bien vécu. La relation médicale peut alors paraître étrangère au champ du droit qui, pourtant, la guide, l'encadre et impose les grands principes visant à garantir notamment le respect de la personne et de son autonomie. En cela, le droit apparaît donc comme un outil de prévention des « violences gynécologiques et obstétricales ». Cette vigilance du droit n'est pas récente. Déjà en 1955, René Savatier relevait : « Je noterai seulement ici le siège des tendances à un malentendu entre médecins et juristes, que j'ai souvent et amicalement rencontré dans des congrès médicaux, au confluent de deux humanismes[41]. Le juriste sait bien que le médecin sera son maître le jour où lui-même s'étendra sur la table d'opération. Mais il est rebelle aux réflexes portant le médecin à considérer qu'en tant que maître, pour apprécier le bien de celui-ci, notamment pour lui dire ou non la vérité, pour le forcer à subir les soins que le médecin lui estime salutaires, et, du même coup, les risques dont le médecin estime n'avoir point à répondre, devant les juges, du moment qu'il les a crus médicalement justifiés. Car le professeur Portes, inspirateur du code médical français de déontologie, a vu médicalement, dans tout malade, un mineur, et, dans le médecin, son tuteur naturel et omnipotent. Ce complexe de supériorité, qu'heureusement beaucoup de médecins savent tempérer ou maîtriser, répugne à la jurisprudence française. Elle ne nie pas, sans doute, chez le médecin, et pour la protection du malade, une sorte de quasi-tutelle […]. Mais elle laisse, en principe, sur la tête du malade, la liberté de ne pas disposer de son corps au gré du médecin. Et elle n'admet pas celui-ci à lui cacher, sans engager sa responsabilité civile, ce qu'il se propose de faire de ce corps, en s'abstenant d'indiquer au patient les risques, même graves, de son initiative »[42]. L'actualité de ces paroles est frappante, le propos ayant peu ou prou sous-tendu toute l'évolution juridique en la matière jusqu'à nos jours.

Le Code de la santé publique pose ainsi aujourd'hui plusieurs principes généraux visant à faire de la personne non pas un simple patient dans la relation, mais bien un sujet, un acteur de la relation médicale. Deux principes sont à cet égard essentiels : le principe de co-décision[43] qui ménage une place prépondérante au respect de la volonté et, à travers elle, de l'autonomie de la personne, et le principe de libre choix du praticien qui doit permettre à chacun d'établir une relation de confiance avec son professionnel de santé[44]. Ces principes ont naturellement vocation à s'appliquer en matière de gynécologie et d'obstétrique. Or le mouvement de dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales », ou de *malpractices*, met en exergue la pénétration parfois encore

---

41 R. Savatier fait ici référence au chapitre VIII de son ouvrage, *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959, « Au confluent de deux humanismes ».

42 R. Savatier, « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 28, n° 3, juillet-septembre 1976, p. 493-510.

43 Article L.1111-4 alinéa 1er du CSP

44 Affirmé à l'article L.1110-8 du Code de la santé publique, ce principe de liberté est également inscrit à l'article 6 du code de déontologie médicale (article R.4127-6 du CSP) et repris aux articles L.162-2 et L.863-8 du Code de la sécurité sociale(https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/commentaires-code-deontologie.pdf). Sur l'importance de cette confiance dans le cadre de la relation médicale, v. CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avis n°136, 15 avril 2021, p.14 et s.

difficile du principe d'autonomie dans ces contextes médicaux (chapitre 1) tandis que les facteurs institutionnels favorisent encore la probabilité d'un vécu violent de la prise en charge par les femmes (chapitre 2).

Chapitre 1. Valoriser l'autonomie de la femme

« Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif. Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité ».

Ces dispositions de l'article L.1111-4 du Code de la santé publique datent de 2002 et posent ce qui a pu être décrit comme un principe de co-décision[45]. Elles contrastent avec l'article 30 du décret n°47-1169 du 27 juin 1947 portant Code de déontologie médicale et aux termes duquel « après avoir établi un diagnostic ferme comportant une décision sérieuse, surtout si la vie du malade est en danger, un médecin doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision. En cas de refus il peut cesser ses soins ». Si la volonté du malade n'en est évidemment pas totalement absente, le décret de 1947 montre bien l'image d'un malade-patient dont l'article L.1111-4 du Code de la santé publique s'éloigne radicalement en présentant au contraire un malade-acteur (devenu, au passage, usager du système de santé). Et c'était bien tout l'enjeu de la réforme de 2002 que de consacrer l'autonomie de la personne et, corrélativement, de rééquilibrer la relation médicale[46]. Les vingt ans de la loi Kouchner ont été l'occasion pour beaucoup de faire le point sur les évolutions de la pratique médicale suite à l'adoption de ce texte et d'en souligner une mise en œuvre encore perfectible[47]. La gynécologie et l'obstétrique n'échappent pas à ce constat général et sous-tendent au contraire une forte médicalisation "ordinaire"[48] du corps des femmes qui contribue à freiner une véritable intégration du respect de leur autonomie dans les pratiques des professionnels de santé (section 1). On constate alors l'importance pratique des principes juridiques visant à garantir le respect de l'autonomie de la personne dont la méconnaissance constitue un terreau de situations ou d'actes violents (Section 2).

[45] V. par ex. en ce sens, L. Cluzel-Métayer, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 (1) », *RDSS*2012.442

[46] V. par ex. A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.*2007.1151

[47] V. par exemple R. Cremer, « Vingt ans après la loi Kouchner, qu'est devenue la relation soignant-soigné ? », RGDM n°82, 2022, pp.57-63 ; P. Véron, « Esprit de la loi Kouchner, es-tu (encore)là ? », RGDM n°82, 2022, pp.147-160 ; A. Rissel, « Le consentement à l'acte médical en droit français, de l'affirmation dogmatique aux hésitations techniques », in A. Aouij Mrad, B. Feuillet-Liger et A. Rissel, Le consentement à l'acte médical : autonomie réelle ou fictive ? Panorama international, LEH Edition, 2022, pp.95-119.

[48] L'emploi du terme ordinaire ici vise à rendre compte d'un suivi très régulier, perçu ou institué comme obligatoire et réalisé en dehors de tout contexte pathologique.

Section 1. La médicalisation "ordinaire" du corps des femmes, frein au déploiement de leur autonomie

La relation médicale repose traditionnellement sur l'échange entre un profane souffrant d'une maladie ou d'un traumatisme (physique ou psychologique) et un professionnel dont les compétences sont susceptibles de lui permettre de soigner, voire de guérir, les maux dont se plaint le profane. A cet égard, la gynécologie et l'obstétrique présentent immédiatement une première particularité : contrairement à d'autres spécialités médicales, cette médecine de l'intime (qu'il s'agisse de la gynécologique ou de l'obstétrique) concerne exclusivement les femmes et ne repose pas en premier lieu sur une motivation thérapeutique. En effet, la grossesse n'est pas en soi un processus pathologique, même si elle peut le devenir, et la consultation de gynécologie médicale s'est largement structurée autour de la contraception. Il est donc possible de constater une médicalisation hors pathologie du corps des femmes : « des processus corporels ou psychiques sont pensés au prisme de discours médicaux, en termes de pathologies et de risques, et font l'objet d'interventions professionnelles dans des institutions dédiées »[49]. Cette médicalisation de la naissance, d'une part (§1) et du suivi gynécologique, d'autre part (§2) s'explique historiquement à la fois par des enjeux politiques autour de la reproduction et de la natalité et par des considérations de prévention. Cette dernière appelle la mise en place de consultations médicales indépendamment de l'existence d'une demande ou d'un besoin exprimé par la femme et est ainsi de nature à restreindre l'autonomie des patientes (quoi que dans le souci de promouvoir leur santé). A cet égard la consultation de gynécologie ou d'obstétrique présente une particularité qui doit être appréciée au regard du cadre habituel de la relation médicale : le colloque singulier (§3).

§1. La médicalisation de la naissance

Historiquement, la médicalisation de la naissance a d'abord été une médicalisation de l'accouchement. Cela a conduit à des réflexions quant à la prise en charge des naissances, lesquelles ont elles-mêmes abouti, au XIXe siècle, à la mise en place d'un suivi médical de la grossesse (A). Beaucoup plus récente, la médicalisation de la procréation a mis du temps à obtenir une reconnaissance et un soutien institutionnel mais connaît aujourd'hui une expansion remarquable (B).

A) La médicalisation de l'accouchement puis de la grossesse

« Accoucher aujourd'hui au sein de nos sociétés occidentales est le résultat d'une évolution culturelle progressive dont nous avons hérité, mais aussi un rite de passage amenant l'humain à tutoyer ses racines animales »[50]. Caractéristique de l'accouchement humain, la femme est, de tout temps, accompagnée, assistée. Cela peut s'expliquer par les difficultés particulières de l'accouchement dans l'espèce humaine résultant notamment de la bipédie. En effet, chez les

[49] E. Boulet, « « C'est pour le bébé ». Moralisation des femmes, individualisation de la responsabilité et disparités de classe dans le travail de soins pendant la grossesse », *Terrains/Théories*, 16/2022, p.1.
[50] Ch. Clesse et. al., « Histoire de l'accouchement en Occident: évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4 vol. 30, pp.399-417, p.399.

quadrupèdes, la sangle musculaire abdominale suffit à soutenir le poids de l'utérus gravide de sorte que le chemin à parcourir par le bébé pour s'extraire du ventre de sa mère peut être rectiligne et sans obstacle particulier. Au contraire, la bipédie nécessite la mise en place de mécanismes de soutien et de sécurisation de l'utérus gravide pour ne pas compromettre prématurément la grossesse. En particulier, l'inclinaison du bassin osseux chez la femme « place le plan d'engagement de la tête fœtale (« détroit supérieur ») à environ quelques quarante degrés par rapport à la verticale. Au lieu d'être rectiligne, le défilé pelvien affecte par ailleurs une courbure par laquelle ses axes d'entrée supérieure et de sortie périnéale ont adopté des directions tout à fait différentes. L'utérus humain est doté, d'autre part, d'un col qui, en dehors de la période de travail, reste étroitement fermé. Ce dispositif, complété par un solide plancher pelvien musculo-tendineux, contrebalance efficacement l'effet de la pesanteur en position debout. Cependant, ces modifications ont fatalement un prix qui est la diminution d'efficacité des forces musculaires utérines et abdominales qui ne peuvent plus œuvrer dans un axe unique orienté de façon idéale, au moment de la parturition »[51]. Ces difficultés physiologiques à accoucher auraient conduit les femmes en couches à rechercher assistance et soutien donnant à l'accouchement humain, acte biologique par essence, une dimension interpersonnelle et culturelle[52], ce dont atteste déjà l'art rupestre[53]. La nature de cette assistance a évolué au cours du temps, se professionnalisant et se médicalisant progressivement.

A l'origine, cette assistance était vraisemblablement assurée par des femmes de l'entourage dotées d'une certaine expérience et ayant développé un savoir rudimentaire autour de manœuvres d'extraction du bébé notamment. Ce savoir pratique développé par les femmes pour les femmes enceintes s'est ainsi vraisemblablement développé en marge des balbutiements de la médecine. L'essentiel de l'accompagnement des femmes en couches restera néanmoins pendant très longtemps d'ordre "magico-religieux"[54].

Le développement d'un savoir pratique a toutefois pu conduire à la spécialisation de certaines femmes. Ainsi, dans la civilisation hellénique, l'accompagnement de l'accouchement était assuré par des sages-femmes professionnelles ménopausées ayant l'obligation d'avoir connu l'expérience de la maternité et de l'accouchement. Il excluait, en principe, toute présence masculine[55]. C'est également à cette époque que l'accouchement intègre le champ médical. Le corpus hippocratique comprend en effet plusieurs ouvrages consacrés à la reproduction humaine et aux maladies des femmes. Ces ouvrages, rédigés *a priori* par des hommes, sont peu diserts sur les apports médicamenteux à l'accouchement, les techniques obstétricales ou les types de présentation, leurs auteurs n'ayant pas pu assister à des accouchements et manquant dès lors de connaissances concrètes. Il n'en demeure pas moins que, pour la civilisation hellénique, « l'accouchement est en partie devenu un phénomène clinique appréhendé comme une pathologie, ce qui nécessitait l'acquisition d'un savoir théorique et pratique placé sous le signe de l'érudition. Marquée par ce changement de statut, la transmission des connaissances réservées jusqu'alors de manière orale à

[51] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002, p.14-15

[52] K. Rosenberg et WR. Trevarthan, « Birth, obstetrics and human evolution », *BJOG*, 2002, 109(11), p.1199-1206

[53] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.401

[54] Le constat est également formulé pour la médecine en général, v. G Minois, op. cit., not. p. 217-219.

[55] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002, p.58 et s.

la sphère féminine s'est progressivement ouverte de manière écrite à la sphère masculine »[56]. Ce savoir théorique se retrouve à Rome. Ainsi, Soranos d'Ephèse, médecin gréco-romain, est connu pour son traité sur les maladies des femmes ou *Gynaecia*, qui constitue l'un des seuls traités de gynécologie de l'Antiquité classique à être parvenu à l'époque moderne, avec le corpus hippocratique et le traité de Métrodora. Cet ouvrage présente le déroulement de l'accouchement, décrivant avec précision aussi bien la chaise de parturition que certaines manœuvres obstétricales[57]. Il fait également état d'un certain nombre de produits utilisés comme de l'eau chaude, des huiles ou des produits odorifères en vue de favoriser l'accouchement, mais *a priori* sans visée analgésique. La douleur n'était sans doute pas la principale préoccupation, même si elle n'était pas purement et simplement ignorée. Ainsi, Pline l'Ancien, dans son *Historia Naturalis*, indiquait que, « pour alléger les souffrances de l'accouchement, il fallait administrer à la future mère un breuvage à base de lait de truie ou même de déjections de celle-ci ! »[58]. La césarienne n'est encore pratiquée que sur femme décédée, mais certains instruments font leur apparition comme le speculum.

Spéculum vaginal trivalve en bronze de l'époque romaine (Wellcome Collection, Londres).

Le Moyen-Âge est globalement marqué par un recul de l'art médical et, comme pour le reste de la médecine, les connaissances obstétricales acquises pendant l'Antiquité seront largement perdues. Au Moyen-Âge, l'accouchement a lieu à domicile avec des femmes de la famille, une ou plusieurs matrones et l'on faisait intervenir, en cas de complications sérieuses, un barbier[59]. La vie et l'accouchement sont largement dominés par la religion : la femme, qui a un risque élevé de mourir en couches, doit se confesser avant d'accoucher et il existe une seringue à baptême intra-utérin pour le fœtus qui présente un risque de mourir en cours d'accouchement. La matrone du village est désignée par le curé en accord avec la population et « vers la fin du Moyen-Âge, certains évêchés s'occuperont même de fournir un minimum d'instruction aux sages-femmes »[60]. En effet, au XIII^{e} siècle, les sages-femmes réapparaissent en ville sous le nom de « ventrières », mais n'ont généralement reçu qu'une formation rudimentaire et leurs compétences n'excèdent pas de

[56] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.403.

[57] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002, p.74 et s.; Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.404.

[58] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002, p.71 et s.; P. Gaillard-Seux, « Les liquides corporels comme remèdes : l'attitude de Pline l'Ancien et ses parallèles chez Galien », *Pallas*, 113 | 2020, 75-92, n°24, DOI: https://doi.org/10.4000/pallas.23669

[59] Il est utile de rappeler que les barbiers étaient les ancêtres des chirurgiens.

[60] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002, p.98 et s.; F. Douguet et A. Vilbrod, *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport de l'ONDPS, mai 2021, pp.222, p.44

beaucoup celles des matrones. « Le développement de cette profession s'est [ensuite] affirmé en Europe jusqu'au XV^e^ siècle où un déclin du rôle des sages-femmes auprès des accouchées est lié à l'émergence d'une rivalité professionnelle avec les médecins et les barbiers »[61]. A partir du XIII^e^ siècle apparaît ainsi une certaine institutionnalisation de la naissance à travers, d'une part, le contrôle des femmes en couches par les sages-femmes accréditées par l'Église[62], et d'autre part, la prise en charge financière de certaines matrones par des municipalités pour assister les parturientes. « Cette dynamique visant une supervision de l'accouchement par le pouvoir public est à l'origine des prémices de l'institutionnalisation de la naissance dont la première étape fut la création d'un office des accouchées au dernier étage de l'Hôtel Dieu au XIV^e^ siècle »[63].

Du côté des pratiques, outre les superstitions et les prières, l'accouchement au Moyen-Âge mobilise différentes techniques : des fumigations, bandages, onguents, massages ; des gestes techniques comme la version podalique et, lorsque le décès de la mère ou de l'enfant paraît inévitable, la césarienne et l'embryotomie. Aucun analgésique n'est envisagé puisque la douleur de l'enfantement n'est que souffrance rédemptrice du péché originel. En témoigne cette prière (d'inspiration janséniste) recommandée « pour la femme enceinte attendant son accouchement » à la fin du XVII^e^ siècle[64] :

> « En mon accouchement, fortifiez mon cœur pour supporter les douleurs qui l'accompagnent, et que je les accepte comme des effets de votre justice sur notre sexe, pour le péché de la première femme. Qu'en la vue de cette malédiction, et de mes propres offenses dans le mariage, je souffre avec joie les plus cruelles tranchées, et que je les joigne aux souffrances de votre fils sur la croix, au milieu desquelles Il m'a engendrée à la vie éternelle. Elles ne peuvent être si rudes que je ne les mérite, car, bien que la sainteté du mariage ait rendu ma conception légitime, je confesse que la concupiscence y a mêlé son venin et qu'elle m'a fait faire des fautes qui vous déplaisent. Que si votre volonté est que je meure en mon accouchement, je l'adore, je la bénis, je m'y conforme. »

La mortalité des femmes en couches reste en effet très élevée tout au long du Moyen-Âge et jusqu'au XIX^e^ siècle. « La mortalité des femmes en couches est certes élevée par rapport à nos standards contemporains, mais toutes bien sûr ne mouraient pas. Au XVIII^e^ siècle, cette mortalité touche entre 1 et 3 % des parturientes, soit, selon les normes statistiques contemporaines 1 000 à 3 000 pour 100 000 naissances ; comme ce risque se renouvelle à chaque naissance et que les femmes ont en moyenne cinq à dix grossesses, le taux de mortalité maternelle peut atteindre 5 à 10 % des femmes en âge d'enfanter. Dans un gros village d'un millier d'habitants, c'est une femme qui meurt en couches tous les ans. Dans les hôpitaux, où seules les femmes les plus pauvres viennent accoucher, la mortalité est bien plus élevée : à l'Hôtel-Dieu de Paris, selon le chirurgien

---

[61] Sur cette rivalité et ses incidences jusqu'à nos jours, v. F. Douguet et A. Vilbrod, *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport de l'ONDPS, mai 2021, pp.222, p.38 et s. ; Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.405.

[62] G Minois, Le prêtre et le médecin, p. 249-250.

[63] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.406.

[64] Citée par M.-F. Morel « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI^e^-XX^e^ siècle) », M.-F. Morel éd., *La naissance au risque de la mort. D'hier à aujourd'hui.* Érès, 2021, pp. 15-48.

Tenon, en dix ans, de 1776 à 1786, on observe 6,4 % de mortalité maternelle, mais sans doute plus en réalité, car certaines femmes meurent après leur sortie de l'hôpital »[65].

Au cours des XVI[e] et XVII[e] siècles, l'accouchement a été marqué par son institutionnalisation progressive, une relative médicalisation et l'implication des hommes. L'imprimerie permet la diffusion des connaissances théoriques dont l'accès suppose un niveau d'éducation généralement réservé aux hommes[66]. Ainsi, au XVII[e] siècle, les sage-femmes peuvent être formées à l'Hôtel-Dieu, par des médecins, et leur statut est assimilé à celui des chirurgiens lors du rattachement des sage-femmes à la confrérie de Saint-Côme en 1664, ce qui participe de leur professionnalisation. Mais la place occupée par les sage-femmes est rapidement contestée par les chirurgiens qui les taxent d'incompétence et font valoir leur supériorité via leur utilisation d'un outillage technique. Rueff invente la pince à vidange utérine au XVI[e] siècle et Chamberlan introduit les premiers forceps au XVII[e]. La première césarienne sur femme vivante est réalisée au XVI[e] siècle, quoi qu'aucune femme ne survivra à cette intervention avant le XIX[e][67].

Les XVIII[e] et XIX[e] siècles sont véritablement les siècles de la médicalisation et de l'institutionnalisation de l'accouchement. De nouveaux outils apparaissent avec notamment l'amélioration des forceps par Levret. La lithotomie devient la position d'accouchement habituelle car elle est réputée confortable pour les accoucheurs. Certaines opérations comme la césarienne, la section de la symphyse pubienne ou les épisiotomies sont devenues des pratiques chirurgicales reconnues[68]. La formation obligatoire des sage-femmes est entérinée et la célèbre Mme de Coudray organise un enseignement théorico-pratique itinérant afin d'améliorer les accouchements en zone rurale[69]. Elle constate que l'embryotomie y est encore couramment pratiquée par des matrones ou des chirurgiens mal formés ou peu expérimentés dans des conditions déplorables, ayant souvent recours à de simples instruments de cuisine[70]. En ville, l'accouchement se déroule principalement à domicile. Les hôpitaux font peur et seules les filles mères ou les démunies vont y accoucher. La mortalité en couches reste élevée, surtout dans les hôpitaux. En 1856, le taux de mortalité est de 5,9 % à la maternité et de 0,3 % en ville, soit près de vingt fois plus[71]. Mais, au cours du XIX[e] siècle, interviennent les premières évolutions significatives sur le terrain de l'asepsie, sous l'impulsion déterminante en France de Tarnier et les découvertes de Pasteur. Grâce aux mesures adoptées, les professionnels ne contaminent plus (ou moins) les femmes en couches et les décès, qui étaient essentiellement dus à des fièvres puerpérales, diminuent considérablement pour atteindre un taux de 0.13% après 1900[72]. Le XIX[e] siècle est également marqué par le souci de

---

[65] M.-F. Morel « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », M.-F. Morel éd., *La naissance au risque de la mort. D'hier à aujourd'hui.* Érès, 2021, pp. 15-48.

[66] F. Leroy, *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002 ; M. H. Green, *Making Women's Medicine Masculine: The Rise of Male Authority in Pre-Moderne Gynaecology*, Oxford University Press, 2008, 409 p.

[67] M.-F. Morel « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », *op. cit.*.

[68] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417.

[69] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.408-409.

[70] M.-F. Morel, « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », M.-F. Morel éd., *La naissance au risque de la mort. D'hier à aujourd'hui.* Érès, 2021, pp. 15-48.

[71] M.-F. Morel « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », *op. cit.*.

[72] M.-F. Morel « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », *op. cit.*.

développer des techniques analgésiques : utilisation d'éther, de bromure, de chloral ou de l'hypnose[73]. Ainsi, à la fin du XIX[e] siècle, l'hôpital n'est plus aussi redouté par les femmes, mais va, au contraire, être progressivement recherché en raison des services qu'il offre, sur le terrain analgésique notamment.
La bascule s'opère vers 1950 et s'est poursuivie jusqu'à ce que l'accouchement à domicile devienne rare. Elle est le résultat d'une politique étatique marquée suite à la première guerre mondiale. En effet, au début du XIX[e] siècle, les maternités restent des endroits peu accueillants avec une discipline militaire, des visites rares, voire interdites, et une atmosphère de douleurs et de cris. Afin de favoriser la natalité[74], il a été mis en place un encadrement médical plus souple visant à accompagner et contrôler l'expérience maternelle tant pendant l'accouchement que pendant la grossesse avec le développement de technique de surveillance (aujourd'hui cette surveillance comprend au moins 7 examens médicaux obligatoires) ou la possibilité de déclencher l'accouchement en cas de risques trop importants. Les avancées médicamenteuses sont également notables avec l'apparition des antibiotiques qui permettent de faire de nouveau chuter drastiquement la mortalité maternelle[75], et le développement de l'anesthésie. « Concomitante à la disparition de la douleur, la systématisation des interventions obstétricales (épisiotomies, césariennes…) s'est construite sur l'idéologie prophylactique concevant la naissance comme un événement pathologique jusqu'à preuve du contraire »[76].

Cette hyper-médicalisation et la systématisation des actes médicaux sur la femme enceinte ou la parturiente, sont sous-tendues par des arguments de prévention et de sécurité, pour la femme et aujourd'hui essentiellement pour l'enfant. En effet, une fois la sécurité des femmes grandement améliorée, c'est sur l'amélioration de la santé des fœtus que se sont concentrés les efforts. L'avènement des technologies biomédicales comme l'échographie ou le doppler ont grandement favorisé cette évolution, bien au-delà de la seule avancée technique qu'elles constituent. En effet, comme le souligne la sociologue Elsa Boulet, ces évolutions techniques ont contribué à faire du fœtus un sujet, un patient au cœur de la relation de soins : l'image du fœtus à l'échographie, le son reconstitué des battements de son cœur et la mise en scène de ces résultats techniques permettent au fœtus de devenir avant l'heure un enfant à part entière aux yeux des adultes. Cette évolution de la perception du fœtus a d'ailleurs eu des incidences en droit où le législateur est intervenu pour créer l'acte d'enfant sans vie permettant d'inscrire le fœtus mort avant terme ou à la naissance dans le livret de famille avec un prénom et un nom, sans toutefois lui reconnaître la personnalité juridique[77]. Corrélativement, l'avènement du fœtus comme patient à part entière, comme objet de

[73] Ch. Clesse et al. "Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges", *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.410.
[74] F. Cahen, « Le gouvernement des grossesses en France (1920-1970) », *Revue d'histoire de la protection sociale*, vol. 7, no. 1, 2014, pp. 34-57.
[75] "La France passe ainsi d'un taux de mortalité maternelle de 300 pour 100 000 naissances en 1925 à 81 pour 100 000 en 1951" ; M.-F. Morel, « Morts des mères, morts des nouveau-nés : histoire et représentations (XVI[e]-XX[e] siècle) », *op. cit.*.
[76] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417, p.412. V. également S. St.-Aman, *Déconstruire l'accouchement : Epistémologie de la naissance, entre expérience féminine, phénomène biologique, et praxis technomédicale*, Thèse de doctorat de sémiologie sous la direction de S. Harel, Université du Québec à Montréal, Montréal, 2013, p.52, disponible sur https://archipel.uqam.ca/6134/1/D2593.pdf
[77] Article 79-1 du Code civil

soins conduit à renvoyer la femme à un rôle de maternage, lequel suppose de sa part un dévouement et une disponibilité totale pour le bien-être du petit être en devenir. « La constitution du fœtus comme objet de soins et d'attention sert [ainsi] de support à la mise au travail sanitaire des patientes et au contrôle par les professionnel·les de la régularité et de la qualité de ce travail »[78]. Il est attendu de la femme enceinte qu'elle se comporte en bonne mère, non seulement de la part des professionnels de santé, mais également de la part de ses proches et de la société en général. Dans cette mise sous contrôle, il n'est le plus souvent pas ou peu tenu compte des réalités sociales auxquelles la femme peut être confrontée[79], encore moins de son libre arbitre face aux injonctions dont elle est l'objet. Son autonomie n'est pas au cœur des préoccupations et son expression peut s'en trouver altérée ou ne pas être entendue.

Interrogée dès les années 1970-1980 dans les pays anglo-saxons, l'hypermédicalisation de la grossesse et de l'accouchement n'a commencé à être discutée que plus récemment en Europe continentale[80], notamment en France où la tradition du paternalisme médical et l'argument sécuritaire sont encore très présents. Finalement c'est d'abord à travers la remise en cause de la fréquence et/ou de la pertinence de certains gestes courants, comme l'expression abdominale ou l'épisiotomie[81], que ces interrogations ont émergé, soulevant avec elles la question du choix offert ou non à la femme quant à son suivi obstétrical et aux conditions de son accouchement. Elles sont ainsi sous-jacentes aux débats relatifs aux violences gynécologiques et obstétricales. Ces remises en cause semblent moins marquées dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation où la dépendance au corps médical est plus forte.

B) La médicalisation de la procréation

La médicalisation de la procréation est un phénomène à l'évidence plus récent que celle de l'accouchement et de la grossesse. Pendant longtemps, la stérilité a été vécue comme une fatalité et la médicalisation de la procréation ne va se développer qu'à compter du XIX^{e} siècle. « Bien qu'il soit impossible de distinguer avec exactitude ceux qui subissent une infertilité involontaire et ceux qui choisissent de ne pas enfanter, les enquêtes menées dans divers pays européens entre la fin du XIX^{e} et la fin du XX^{e} siècle situent entre 5 et 15 % la part des ménages sujets à des difficultés à concevoir, les écarts tenant pour beaucoup à la variabilité des définitions et des méthodes d'estimation »[82]. L'historien Fabrice Cahen, spécialiste de la naissance, en a retracé les principaux jalons[83], que nous présenterons succinctement ici. L'émergence de la technique dans le domaine

[78] E. Boulet, *op. cit.*, p. 5
[79] E. Boulet, *op. cit.*
[80] Ch. Clesse et al. « Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4, Vol.30, pp.399-417 ; v. par ex. P. Ben Soussan, *La grossesse n'est pas une maladie*, Ed. Syros, Paris, 2000
[81] HAS, *Accouchement normal : accompagnement de la physiologie et interventions médicales*, recommandation de bonne pratique, décembre 2017 ; CNGOF, *Prévention et protection périnéale en obstétrique* (texte court), recommandations pour la pratique clinique, 2018
[82] F. Cahen, « Dépasser l'infertilité », *Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe* [en ligne], ISSN 2677-6588, mis en ligne le 22/06/20, consulté le 09/01/2023. Permalien : https://ehne.fr/fr/node/12254
[83] F. Cahen, « Éléments pour une histoire de la lutte contre la stérilité involontaire (France, 1920-1982) », *Annales de démographie historique*, vol. 126, no. 2, 2013, pp. 209-228 ; F. Cahen, « Dépasser l'infertilité », *Encyclopédie d'histoire*

de la procréation a en premier lieu concerné la reproduction animale avec le développement de l'insémination artificielle. Mise en place dans le courant du XVIII[e] siècle chez les animaux, l'insémination artificielle fera l'objet de premières expériences chez l'humain dans les années 1790-1800. Elle est pratiquée en toute discrétion et dans un cadre intraconjugal (il n'y a pas recours aux services d'un donneur de gamètes). En 1897, la pratique est condamnée par un *Non licere* de l'Église comme étant contre-nature en ce qu'elle suppose la masturbation, l'intervention d'un tiers au couple (le médecin) et l'immixtion de la main humaine dans un "mécanisme naturel régi par les lois divines". L'interdiction sera réitérée en 1929 et en 1930 sans conduire toutefois au bannissement total de la pratique. Bien au contraire, les techniques d'insémination artificielle sont de mieux en mieux maîtrisées et l'utilisation du sperme d'un donneur par certains médecins est établie à compter de 1920. La problématique de la dépopulation de la France à compter des années 1870 – qui sera renforcée par le bilan dramatique de la Première Guerre mondiale – met en lumière la question de la stérilité, dont l'impact est toutefois minimisé par l'Académie de médecine, les résultats d'une étude comparative montrant que la fécondité des Français n'est pas moindre que celle des pays voisins. Les efforts sont donc déployés pour lutter contre la stérilité volontaire et non pour venir en aide aux couples souffrant de stérilité d'origine pathologique. Il en résulte que le déploiement des consultations autour de la stérilité se fera en marge du système de santé, par quelques médecins isolés. Les pionniers de la médecine de la stérilité, tels que Jean Dalsace ou Louis Devraigne, « présentent certaines propriétés sociales communes : ils sont dans l'ensemble laïques, favorables à la rationalisation eugénique de la procréation, et, bien qu'opposés à l'avortement, hostiles aux mesures coercitives et/ou répressives d'accroissement de la natalité »[84]. En effet, la promotion de l'assistance médicale à la procréation s'inscrit dans un discours eugéniste très répandu dans l'entre-deux guerre et dont l'AMP restera porteuse jusque dans les années 1970[85]. Pour Dalsace et Devraigne, l'enjeu va être de convaincre les autorités administratives et le public que l'AMP, en répondant à l'aspiration des couples stériles à concevoir un enfant, participerait au repeuplement et au bien de la "race" française. En 1937, suite à la prise de position de l'Alliance nationale contre la dépopulation, le ministre de la Santé publique fait organiser par chaque préfet une consultation spécialisée au sein des hôpitaux de chaque chef-lieu et confie à l'Alliance la mise en place d'un centre de lutte contre la stérilité involontaire promouvant la recherche et l'enseignement. Le succès escompté n'est pas au rendez-vous, le nombre de consultations restant faible. Sous Vichy, c'est la Fondation Carrel, institut d'eugénique et relais du natalisme organisé, qui hérite du dossier. L'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la protection maternelle et infantile (PMI) et la loi du 4 décembre 1974 relative à la régulation des naissances font obligation à chaque centre de PMI de proposer une consultation sans frais contre la stérilité conjugale. Un remboursement partiel des frais exposés par les couples pour leur prise en charge au long cours est par ailleurs organisé par l'Assurance maladie. Les spécialistes trouvent ces efforts insuffisants et s'organisent entre eux. Leur activité va peu à peu croître et s'institutionnaliser. Dès 1978, la prise

numérique de l'Europe [en ligne], ISSN 2677-6588, mis en ligne le 22/06/20, consulté le 09/01/2023. Permalien : https://ehne.fr/fr/node/12254.

[84] F. Cahen, « Éléments pour une histoire de la lutte contre la stérilité involontaire (France, 1920-1982) », *Annales de démographie historique*, vol. 126, no. 2, 2013, pp. 209-228.

[85] En 1971, l'obstétricien Jacques Varangot, devant l'Académie de médecine, « met en regard deux objectifs politiques, la lutte contre la mortalité périnatale et la lutte contre la stérilité, et prend parti en faveur de la seconde, impliquant selon lui une moindre proportion de handicapés », F. Cahen, « Éléments pour une histoire de la lutte contre la stérilité involontaire (France, 1920-1982) », *Annales de démographie historique*, vol. 126, no. 2, 2013, pp. 209-228.

en charge intégrale des frais de l'AMP est assurée par la sécurité sociale et la problématique va désormais tourner autour de la pénurie des dons de gamètes et plus particulièrement des dons d'ovocytes[86].

Concernant les développements techniques, c'est d'abord sur son versant diagnostic que la médecine de la procréation se développe :

> « Deux procédés destinés au dépistage systématique des entraves mécaniques à la fécondation en sont illustratifs : l'insufflation tubaire (propulsion endo-utérine d'un gaz permettant l'auscultation au manomètre) et surtout l'hystérosalpingographie (observation de la perméabilité des trompes par radiographie, à l'aide d'un produit de contraste – le plus souvent une huile iodée opaque, le « lipiodol ») popularisée en France par le docteur Mocquot (hôpital Broca). Les analyses de laboratoire se portent également sur les sécrétions génitales, masculines comme féminines. Depuis la fin des années 1920 (en lien avec la circulation des travaux des docteurs Ogino et Knaus), la relation entre cycles ovariens et fécondabilité est mieux identifiée, tandis que le rôle des hormones devient un objet d'attention privilégié. L'examen biologique de la « glaire cervicale », du sperme (recueilli « soit par masturbation, soit par coït interrompu ») et de leur interaction mutuelle permet une évaluation plus rigoureuse de la part respective des dysfonctionnements masculins et féminins. À partir des années 1930, des tests post-coïtaux complètent la série d'analyses »[87].

Les investigations sont donc très intrusives pour le corps de la femme et ce alors même que sur le terrain thérapeutique les possibilités restent limitées : outre l'hystérosalpingographie et l'insufflation tubaire qui peuvent résoudre des stérilités liées à une obturation mécanique, l'insémination artificielle est techniquement possible, mais très dénigrée en France (opposition de l'Eglise et critiques tenant à l'impossibilité de connaître avec précision le moment du cycle menstruel), *a fortiori* lorsqu'elle fait intervenir un donneur. Elle reste donc largement réservée aux infertilités résultant de troubles de la pénétration ou d'hypotonie des spermatozoïdes. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, les principales avancées concernent les stérilités secondaires de la femme (suite à un avortement). Les médecins de la stérilité vont élaborer des soins post abortifs permettant de réduire et de soigner les lésions résultant de l'avortement. Ces soins reposent en particulier sur l'usage de la pénicilline et des sulfamides. Hormis cela, les progrès thérapeutiques restent limités dans les deux décennies d'après-guerre. Il est à noter toutefois qu'au cours des années 1950, l'insémination artificielle est revalorisée en France, y compris avec tiers donneurs (essentiellement des étudiants en médecine et contre rémunération). Elle est au demeurant favorisée par un nouveau procédé technique de conservation : la cryogénisation du sperme développée à compter des années 1940 aux Etats-Unis. Celle-ci va être à l'origine de l'institutionnalisation de l'insémination artificielle avec donneur (IAD). En effet, comme l'explique

[86] En effet, l'incidence du don n'est pas négligeable tant pour la santé que pour la vie sociale. La donneuse doit subir de nombreux examens médicaux, suivre un traitement hormonal contraignant et subir une intervention chirurgicale pénible.

[87] F. Cahen, « Éléments pour une histoire de la lutte contre la stérilité involontaire (France, 1920-1982) », *Annales de démographie historique*, vol. 126, no. 2, 2013, pp. 209-228.

Fabrice Cahen, la cryoconservation du sperme « ouvre la voie à l'autoconservation (marginale en France) et à l'IAD dans sa forme moderne. La genèse des « banques de sperme » en France (« première forme institutionnalisée de gestion d'une pratique de fécondation » selon Simone Bateman (Bateman-Novaes, 1994, 12)) reste elle aussi en partie à éclairer. Les enjeux mémoriels encore vivaces s'ajoutent à la fragilité de la documentation dans un domaine marqué par l'informel et l'infra-légal. Les quelques indications fournies par la littérature secondaire restent fragmentaires et appellent de nombreux enrichissements. Plusieurs « initiatives indépendantes » (Bateman-Novaes, 1994, 23) s'entrecroisent : fondation par Georges David, à l'hôpital du Kremlin-Bicêtre, en 1969, du premier laboratoire d'étude du sperme humain qui prendra le nom de CECOS (Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains) en 1973 ; création par Albert Netter et Michel Jondet de la « spermiothèque » de l'hôpital Necker en 1972, sur le modèle anglo-saxon de rémunération des donneurs (Clavert, 2011, 67) ; mise sur pied par Sacha Geller de la banque de sperme du Centre d'exploration fonctionnelle et de recherche en hormonologie (CEFER) de Marseille ». C'est le modèle des CECOS (don anonyme et gratuit) qui va s'imposer, notamment parce que leurs promoteurs (Georges David notamment) ont eu à cœur de voir légitimer et officialiser leur démarche, ce qui sera chose faite avec leur rattachement à l'administration publique en 1980.

C'est également à cette époque que l'AMP s'enrichit d'une nouvelle technique : la fécondation *in vitro* (FIV). Développée dans un premier temps comme un moyen de traiter les stérilités féminines d'origine tubulaire, elle sera par la suite utilisée pour les stérilités féminines d'origine inconnue et pour les stérilités masculines[88]. En 1982, la naissance d'Amandine, conçue par FIV, assoit la validité et la notoriété du procédé[89]. Après la FIV, c'est l'ICSI (*intracellular sperm injection*) qui sera développée dans les années 1990. Cette manipulation technique permet la sélection et l'injection d'un seul spermatozoïde dans l'ovocyte. Elle répond ainsi aux cas de stérilité liés à un nombre insuffisant de spermatozoïdes dans le sperme et permet d'éviter la transmission de maladies génétiques. Lorsqu'elle est possible, cette technique est largement préférée à l'IAD, parce qu'elle permet le rattachement biologique de l'enfant à ses deux parents. Le docteur Jacques Testart écrivait ainsi à l'époque que « concevoir un enfant par un tiers donneur » c'est « créer délibérément un enfant privé du droit à ses origines »[90]. Pourtant le déploiement de l'ICSI ne s'est pas fait sans soulever certaines interrogations. Ainsi que le rappelle l'historienne Ilana Löwy, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans son avis n°42 du 30 mars 1994 sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation, émet des réserves sur cette pratique tenant aux risques pour l'enfant à naître (en raison du remplacement de la « sélection naturelle » du spermatozoïde fertilisant par le choix arbitraire d'un scientifique) et pour la femme, en raison des dangers liés à la procréation assistée. D'après le CCNE, « le recours à des techniques de micro-injection intra-ovocytaire dans ces cas est, pour le médecin, une attitude thérapeutique inhabituelle, car il soigne l'infertilité de l'homme en faisant subir les traitements à sa femme, pourtant féconde. Ces traitements sont lourds, et comportent des risques pour la femme et pour l'enfant, dont certains ne sont pas encore bien

[88] I. Löwy, « La fabrication du naturel : l'assistance médicale à la procréation dans une perspective comparée », *Tumultes* 2006/1 (n°26), pp.35 à 55

[89] Pour un récit mémoriel du développement de l'AMP et de la naissance d'Amandine, v. les entretiens de J. Testart dans l'émission à Voix nue, France Culture. Podcast disponible sur www.radiofrance.

[90] J. Testart, *Des hommes probables : de la procréation aléatoire à la reproduction normative*, Paris, Seuil, 1999, p.240.

connus. Les "avantages" attendus d'une descendance génétiquement liée au couple ne pourront ainsi être recherchés qu'au prix d'une médicalisation accrue de la fécondation »[91]. La question de la légitimité de cette atteinte au corps de la femme a par la suite rapidement disparu. L'assistance médicale à la procréation a reçu son premier cadre légal quelques mois plus tard, par la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (JORF n°175 du 30 juillet 1994).

Aujourd'hui, les techniques mises en œuvre dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation se sont perfectionnées, sans changer fondamentalement de nature, mais l'objet de cette assistance a quant à lui radicalement évolué puisque, depuis la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (JORF n°0178 du 3 août 2021), le caractère thérapeutique de cette assistance a disparu. L'AMP a ainsi ouvert ses portes aux couples de femmes et aux femmes seules. La médicalisation de la procréation est désormais indépendante de l'existence d'une pathologie, les nouvelles technologies reproductives devant pouvoir bénéficier à (presque) tout le monde, sous réserve des évaluations par l'équipe clinico-biologique prévues par la loi. La médicalisation de la procréation étend ainsi son champ d'action en dehors de la pathologie. Les consultations réalisées dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation sont pour partie spécifiques et pour partie classiques au regard d'une consultation réalisée dans le cadre d'un suivi gynécologique, la gynécologie médicale s'étant au demeurant d'abord constituée comme médecine de la reproduction.

§2. L'institutionnalisation du suivi gynécologique

La gynécologie médicale présente une certaine particularité en ce que, comme le souligne la sociologue Aurore Koechlin, elle « consiste à suivre les corps sans justification médicale apparente. [...] les autres spécialités médicales centrées sur le corps des femmes interviennent à un moment particulier et ponctuel et n'entraînent pas de suivi, c'est-à-dire une temporalité distincte de la prise en charge, idéalement régulière et continue, de l'entrée dans la puberté à la mort. Au contraire, la gynécologie médicale est fondée sur l'idée qu'un suivi spécifique, long et régulier, est nécessaire pour les femmes »[92]. L'auteure montre d'ailleurs dans son ouvrage comment l'entrée dans ce qu'elle appelle la « carrière gynécologique », autrement dit ce suivi de la puberté à la ménopause, se fait souvent sous l'impulsion des proches, des mères en particulier, et essentiellement via la question de la contraception. On retrouve ainsi les traces de l'histoire de cette spécialité médicale[93].

Créée dans les années 1930 à l'initiative de gynécologues chirurgiens, elle se présente alors comme une médecine de la reproduction, sollicitée en présence d'une pathologie notamment l'infertilité. La profession est motrice dans le débat public relatif au contrôle des naissances et à la contraception. « Ainsi, quand la loi Neuwirth est votée en 1967, l'équivalence entre gynécologie

[91] CCNE, *Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*. Rapport., avis n°42 du 30 mars 1994, p.5

[92] A. Koechlin, *La norme gynécologique. Ce que la médecine fait au corps des femmes*, Editions Amsterdam.

[93] Une version synthétique de cette histoire est présentée par A. Koechlin, *op. cit.*, p.18 et s.; G. Bloy et L. Rigal, « En quête de pertinence et d'égalité ? Quand les prescriptions des dépistages des cancers gynécologiques s'emmêlent », *RFAS* 2019/3, encadré 2.

médicale et contraception est acquise »[94]. Cette prise en charge de la contraception transforme toutefois l'objet de cette spécialité médicale qui s'attache dès lors moins au traitement de pathologies (qui l'occupe néanmoins toujours) qu'à la prévention : prévention des grossesses et corrélativement des IVG, prévention en matière de santé des femmes à travers des examens de dépistage comme le frottis du col de l'utérus. C'est cette prévention qui justifie la régularité du suivi. C'est également cette association entre la gynécologie médicale et le mouvement tendant à la légalisation de la contraception qui a donné à la gynécologie médicale l'image d'une spécialité médicale majoritairement pratiquée par des femmes pour les femmes. A ce titre la gynécologie médicale a pu être perçue comme une médecine féministe[95]. En cela, elle se distingue profondément de la gynécologie obstétrique.

La gynécologie, en tant que spécialité médicale, présente certaines particularités. Tout d'abord, c'est une spécialité qui a disparu pendant près de 30 ans de 1984 à 2003 suite à la réforme de l'internat de médecine[96], le suivi gynécologique devant à terme échoir aux médecins généralistes[97]. Cette disparition a suscité une mobilisation importante de la profession et des femmes qui a permis le rétablissement de la spécialité. Mais les conséquences de cette disparition temporaire sont encore aujourd'hui perceptibles sur la démographie des gynécologues. Ainsi, le sénateur Daniel Laurent soulignait que « Les chiffres donnés par le conseil national de l'ordre des médecins pour 2021 sont alarmants. Avec une diminution de leurs effectifs de près de 54 % (– 1050 depuis 2007), on ne comptait plus au 1er janvier 2021 que 895 gynécologues médicaux en exercice, soit une densité de 2,7 pour 100 000 femmes. Treize départements n'en comptent plus aucun, quatorze n'en ont plus qu'un seul, et les variations entre 2007 et 2021 indiquent une chute générale, parfois brutale, - 59 % pour l'Île-de-France, et jusqu'à - 91% dans certains départements. Cette situation a des conséquences directes graves sur la santé des femmes : absence de prévention et de suivi, en particulier pour les jeunes filles, attente de plus en plus longue avant un rendez-vous, avec retards avérés du diagnostic et donc perte de chances. La délégation aux droits des femmes du Sénat, dans un rapport publié le 14 octobre 2021, « Femmes et ruralité, en finir avec les zones blanches de l'égalité », mettait en exergue un accès aux gynécologues médicaux fortement déficitaire dans les territoires ruraux, entraînant un renoncement à un suivi gynécologique régulier, aux soins et aux

---

[94] A. Koechlin, *op. cit.*, p. 20.

[95] V. par exemple la manière dont cette spécialité a été défendue après sa suppression du cursus universitaire suite à la réforme de l'internat en 1984, M. Buhler, « La disparition des gynécologues médicaux est programmée depuis 1986. La pétition qui défend cette spécialité menacée a déjà recueilli 300 000 signatures. Urgence gynécos », *Le Monde*, 5 octobre 1999. La tribune commence par une question : « Peut-on comparer ce qui se passe en ce moment dans le secteur de la gynécologie avec les mobilisations anciennes pour le droit de vote des femmes et, plus récemment, sur le droit des femmes à disposer de leur corps, sur la contraception et sur la légalisation de l'avortement ? La réponse est assurément oui » ; E. Bursaux, « Une pétition de 150 000 femmes dénonce la disparition de la gynécologie médicale », *Le Monde*, 7 mai 1999. V. également l'incidence que cette mobilisation des gynécologues en faveur de la contraception a eu sur la critique par les mouvements féministes de la relation médicale L. Quéré, « Luttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles Questions Féministes*, 2016/1, vol. 35, pp.32-47, p.38

[96] M. Agopiantz et al., « Enseignement théorique du Diplôme d'études spécialisées de gynécologie médicale en France : évaluation nationale », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité***,** Volume 43, Issue 1, January 2015, Pages 25-32, https://doi.org/10.1016/j.gyobfe.2014.11.006

[97] E. Bursaux, « Une pétition de 150 000 femmes dénonce la disparition de la gynécologie médicale », *Le Monde*, 7 mai 1999.

dépistages primordiaux en termes de prévention »[98]. Le rôle essentiel reconnu à la gynécologie médicale pour la santé des femmes est clairement présenté. Ce rôle est au demeurant conforté par l'accès direct au médecin gynécologue qui a été reconnu en 2005 : toute femme peut se rendre chez un médecin gynécologue et voir son rendez-vous pris en charge par la sécurité sociale sans y avoir été préalablement adressée par son médecin généraliste. Plus encore, le médecin gynécologue peut être choisi par la femme comme médecin traitant. Elle n'en aura cependant peut-être pas les moyens : outre la question du nombre insuffisant de gynécologues médicaux qui peut rendre problématique le délai d'obtention d'un rendez-vous, voire l'obtention même d'un rendez-vous, la gynécologie médicale « figure parmi les spécialités présentant la plus forte proportion de médecins exerçant en secteur 2 et affiche des taux de dépassement record »[99] (seuls 38.5% des gynécologues pratiqueraient les tarifs sécurité sociale)[100].

Dans ce contexte, la possibilité d'avoir un suivi gynécologique assuré par un professionnel de santé autre qu'un gynécologue revêt une importance considérable. En effet, une femme qui souhaite un suivi gynécologique peut s'adresser à un médecin généraliste[101] ou, depuis 2009, à une sage-femme[102]. Pour autant, une étude menée en 2019 dans la région PACA montrait que 88% des femmes consultaient un gynécologue pour réaliser leur suivi gynécologique de prévention, 6% une sage-femme et 6% également un médecin généraliste[103]. Certains médecins généralistes ont d'ailleurs développé une spécialisation informelle en gynécologie jusqu'à en faire une part importante, sinon essentielle, de leur activité[104]. De leur côté, le nombre de sages-femmes prenant en charge le suivi gynécologique des patientes progresse régulièrement, sans que des chiffres précis ne soient encore disponibles à notre connaissance. Cette coexistence d'acteurs ne va pas sans poser certaines difficultés de coordination[105], voire de concurrence qui ont, *in fine*, un impact sur la qualité de la prise en charge des femmes et peuvent contribuer à des inégalités sociales d'accès aux soins[106].

---

[98] Daniel Laurent, Question écrite n°00130, publiée dans le JO Sénat du 07/07/2022 - p. 3312.

[99] G. Bloy et L. Rigal, « En quête de pertinence et d'égalité ? Quand les prescriptions des dépistages des cancers gynécologiques s'emmêlent », *RFAS* 2019/3 p.11 à 13, DOI 10.3917/rfas.193.0011

[100] L. Motet et F. Béguin, « Consulter un gynécologue : la grande galère », *Le Monde*, 27 décembre 2017

[101] Cette possibilité n'est pas nouvelle. Une étude menée à l'échelle nationale sur la période allant de juillet 1998 à juillet 1999 montre que les médecins généralistes sont souvent sollicités pour les questions relatives à la contraception, à la ménopause, aux affections bégnines du sein et aux maladies sexuellement transmissibles, sans que cela n'implique nécessairement la prise en charge du suivi obstétrical de la patiente. Etude mise en ligne sur le site du CNGOF : http://www.cngof.asso.fr/d_cohen/coA_06.htm

[102] LOI n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n°0167 du 22 juillet 2009

[103] S. Lardanchet, « Connaissance des femmes sur le suivi gynécologique de prévention : étude menée en région PACA », *Gynécologie et obstétrique,* 2019. dumas-02381103, p.15

[104] A. Giami, « La spécialisation informelle des médecins généralistes : l'abord de la sexualité », in G. Bloy, F.-X. Scheyer (eds), *Singuliers généralistes*, Presses de l'EHESP, p.147-167

[105] Observatoire national de la démographie des professionnels de santé (ONDPS), *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport, mai 2021, disponible sur https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_ondps_labers_la_sage-femme_le_generaliste_et_le_gynecologue.pdf

[106] V. en ce sens, à propos du dépistage des cancers du col de l'utérus, G. Bloy et L. Rigal, « En quête de pertinence et d'égalité ? Quand les prescriptions des dépistages des cancers gynécologiques s'emmêlent », *RFAS*, 2019/3, p.11-33; voir également pour une étude approfondie des rapports entre ces trois catégories de professionnels, Observatoire national de la démographie des professionnels de santé (ONDPS), *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport, mai 2021, disponible sur https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_ondps_labers_la_sage-femme_le_generaliste_et_le_gynecologue.pdf

Il est intéressant toutefois de noter, en contrepoint, les réticences exprimées par certains médecins généralistes à réaliser des actes de prévention gynécologique. « La compréhension des logiques d'action passe ici par un retour sur les particularités de l'examen gynécologique et les conditions sociales délicates de son inscription dans une consultation de médecine générale qui n'y est pas dédiée. Intégrer de façon fluide cet examen, sans éprouver ni susciter de gêne, semble un défi pour beaucoup de médecins généralistes – hommes notamment. P. Urfalino et al. ont les premiers décrypté (...) comment la question de l'examen des seins hors demande spécifique de la patiente compliquait l'abord de la mammographie de dépistage en médecine générale[107]. A Giami a montré les risques d'érotisation, ou de soupçon d'agression sexuelle, anticipés par des hommes lorsqu'il s'agit d'examiner les seins ou la sphère génitale des femmes[108]. Ces réticences des médecins généralistes révèlent ainsi une spécificité de la consultation de gynécologie et, plus particulièrement, de la gynécologie de prévention : l'impossible banalité de l'examen. La consultation est généralement décrite par les patientes comme un moment désagréable[109], description qui, au-delà du ressenti des patientes, est parfaitement objectivable : la consultation implique le plus souvent des actes intrusifs et souvent douloureux impliquant la nudité au moins partielle de la femme et pour lesquels il lui est demandé de se mettre dans une position particulièrement inconfortable[110], le plus souvent sans proposition alternative alors même qu'elles existent[111]. La situation de vulnérabilité matérielle dans laquelle se trouve la femme lors de cet examen est frappante, sans considération même du contexte relationnel, sous-tendu généralement par un rapport d'autorité, ou de l'état psychologique de la patiente. En contrepoint, L. Guyard a décrit divers petits rituels observés pour rendre l'examen gynécologique acceptable par les femmes et praticable par les médecins, même dans le cadre mieux établi d'une consultation chez le gynécologue[112] »[113]. Il y a ainsi une forte ritualisation de la consultation gynécologique, dont la mise en œuvre détaillée pourra certes varier sensiblement d'un praticien à un autre, mais qui, pour un même praticien, sera respectée d'une consultation à l'autre. Cette ritualisation permet à la patiente qui a déjà été chez un gynécologue, de savoir à quoi s'attendre et présente également une certaine sécurisation pour le praticien.

---

[107] P. Urfalino, E. Bonetti et I. Bourgeois, « Les recommandations à l'aune de la pratique. Le cas de l'asthme et du dépistage du cancer du sein », Rapport du Centre de sociologie des organisations CNRS-FNSP pour l'Union régionale des médecins libéraux de Poitou-Charentes, 2001.

[108] A. Giami, « La spécialisation informelle des médecins généralistes : l'abord de la sexualité », in G. Bloy, F.-X. Scheyer (eds), *Singuliers généralistes*, Presses de l'EHESP, p.147-167

[109] V. A. Koechlin, *La norme gynécologique*, op. cit.

[110] Décubitus dorsal, pieds dans les étriers et périnée en bord de fauteuil.

[111] Le rapport du Haut Conseil à l'égalité des femmes et des hommes (HCE) réclamait d'ailleurs que soit prévue une disposition en faveur d'autres positions de consultation, plus respectueuses de l'intimité des femmes. Parmi elles, la position du décubitus latéral, où la femme est allongée sur le côté, pratiquée notamment au Québec ; A. Grange Cabane, « Le décubitus latéral : perspectives pour l'examen gynécologique du point de vue des patientes », *Médecine humaine et pathologie*, 2015, dumas-01164656

[112] L. Guyard, « La médicalisation contemporaine du corps féminin : le cas de la consultation gynécologique », Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, 2008, https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-03466437

[113] G. Bloy et L. Rigal, « En quête de pertinence et d'égalité ? Quand les prescriptions des dépistages des cancers gynécologiques s'emmêlent », *op. cit.*, p.24

Frédéric Chiche décrit de manière très précise le déroulement classique de cette consultation[114], déroulement qui peut être résumé par les étapes suivantes. La consultation commence par un entretien permettant de faire le point sur le suivi et les besoins de la patiente. La patiente est ensuite invitée à se dévêtir et à s'installer sur la table gynécologique. Pour la réalisation d'un frottis (ou la pose d'un stérilet par exemple), il sera nécessaire de mettre en place le speculum (certains professionnels proposent à la femme de l'installer elle-même si elle le souhaite et évitent ainsi de lui imposer une pénétration de l'instrument par leur soin). Classiquement l'examen comportera également un toucher vaginal au cours duquel le professionnel muni d'un doigtier en plastique fait pénétrer son majeur et son index dans le vagin jusqu'au col de l'utérus tout en ayant son autre main posée sur le bas ventre. Ce toucher vaginal a pour objet d'apprécier l'état de l'utérus. Enfin, la consultation comprend également une palpation des seins visant à dépister un éventuel cancer. Selon les cas, d'autres examens pourront être entrepris (échographie pelvienne par exemple). Une fois la patiente rhabillée, la consultation connaît une dernière phase d'entretien. Et le docteur Chiche de s'étonner de ce que « les sociétés savantes fassent l'économie d'une réflexion à propos de « l'impensé » du déroulement de cette consultation, jamais remis en cause au fil du temps, jamais réinventé par l'apport des sciences humaines » et ce alors même qu'« un soin techniquement approprié et correctement abouti, fait sans chaleur humaine, sans relation est aussi un soin violent »[115]. Cet appel trouve un écho dans la charte de la consultation en gynécologie et en obstétrique rédigée et rendue publique par le CNGOF le 21 octobre 2021 et ratifiée par l'ensemble de la profession (CNGOF, CEGO, CNEGM, FNCGM, SCGP, SFG). La charte invite à une adaptation de la consultation à chaque patiente en insistant en particulier sur l'information et le recueil du consentement de celle-ci, ce qui, d'un point de vue juridique, constitue un rappel des règles affirmées par la loi depuis 2002 et non une innovation. Cette charte pourrait ainsi être perçue comme révélatrice de l'écart encore important qui existe entre les principes de la loi Kouchner et la pratique médicale. Elle révèle également une prise de conscience de la profession face aux critiques dont elle est l'objet depuis quelques années. Récemment, c'est par le prisme des « violences gynécologiques et obstétricales » que certains praticiens sont mis en cause et la systématicité ou les conditions de réalisation de certains examens critiqués. Mais le rapport de confiance entre les femmes et la profession avait déjà été affecté dans les années 2010 à travers ce qui a pu être appelé « la crise de la pilule ».

En effet, on l'a vu, la gynécologie médicale est fortement associée à la question de la contraception laquelle peut passer par différents moyens : pilule, stérilet, implant, etc. Mais en France, la norme contraceptive était, et reste encore dans une large mesure, centrée sur la pilule. Cette norme contraceptive a néanmoins sensiblement évolué ces dix dernières années, notamment après que les risques d'accident vasculaire cérébral associés à la pilule ont été médiatisés, via la plainte déposée par une patiente contre un laboratoire pharmaceutique le 14 décembre 2012. Cette affaire a renforcé une certaine diversification des modes de contraception, déjà amorcée depuis 2012 à la demande des femmes. Nombre d'entre elles, déplorant les contraintes et les effets secondaires de

[114] F. Chiche, « « Vous pouvez vous déshabiller là » La consultation de gynécologie à l'épreuve de l'intime », in M. Flis-Trèves et al., *Intimités en danger ?*, PUF Hors Collection, 2019, pp.17 à 27, p.22

[115] F. Chiche, op. cit., p.24-25 ; A. Koechlin, op. cit. p.34

la pilule, demandent à bénéficier d'un autre mode de contraception[116]. Certaines souhaitent un mode de contraception sans hormone comme le stérilet au cuivre qui était encore boudé par les professionnels de santé pour les femmes jeunes ou sans enfant malgré les recommandations de la HAS[117]. D'autres encore se tournent vers des techniques ne nécessitant pas l'intervention d'un médecin comme le préservatif, le retrait, le suivi de la courbe de température ou le calcul des dates du cycle. Certaines se tournent même vers l'auto-gynécologie, revendiquant ainsi une plus grande maîtrise de leur corps et de leur contraception et une certaine indépendance vis-à-vis du corps médical. Aurore Koechlin constate cependant que cette pratique de l'auto-gynécologie n'est pas purement et simplement l'expression d'un rejet de l'intervention médicale, mais bien plutôt la recherche d'une moindre médicalisation de leur corps et de leur sexualité et la revendication d'un rééquilibrage dans les échanges avec le corps médical[118].

Qu'il s'agisse de la naissance ou du suivi gynécologique, un phénomène de médicalisation peut être constatée au fil du temps, médicalisation qui est aujourd'hui interrogée quant à la pertinence de son omniprésence, voire de son impérialisme. Il ne s'agit cependant pas d'une remise en cause générale et de principe de cette médicalisation, ses apports et ses avantages étant largement reconnus. Au-delà de la technique médicale, les consultations de gynécologie et/ou d'obstétrique sont un lieu d'échange où la femme doit pouvoir trouver l'écoute et les informations utiles pour lui permettre de faire des choix sur sa santé, sa sexualité et sa vie. Le caractère particulièrement intime de ces échanges permet de comprendre comme une évidence les dispositions de l'article L.1111-2 al.3 du Code de la santé publique selon lesquelles c'est dans le cadre d'un entretien individuel que la femme doit recevoir l'information utile pour les prises de décisions relatives à sa santé, à l'occasion donc d'un colloque singulier.

§3. Le colloque singulier : entre confiance et intimité

Le « colloque singulier » est l'expression couramment utilisée en France pour décrire le partenariat qui s'institue entre le professionnel de santé et le patient[119]. Le terme apparaît en 1934 sous la plume du docteur Duhamel qui s'oppose alors à ce qu'il considère comme l'immixtion croissante de l'Etat dans l'organisation de la médecine. Il revendique au contraire que la médecine constitue un « ensemble de connaissances scientifiques ou empiriques dont le juste usage permet au praticien de reconnaître, de distinguer les maladies, de prévoir et de modifier leur évolution » et que cette médecine ne peut s'exercer « par essence » que dans le cadre d'« un acte singulier – j'entends ce

[116] Pour une analyse sociologique des répercussions de cette affaire, v. en particulier N. Bajos et. al, « La crise de la pilule en France : vers un nouveau modèle contraceptif ? », *Population & Sociétés* 2014/5 (N° 511), pages 1 à 4

[117] N. Bajos et al., « La crise de la pilule en France : vers un nouveau modèle contraceptif ? », *ibid.*

[118] A. Koechlin, *La norme gynécologique*, *op. cit.*, p.289 et s. ; v. également A. Koechlin, « L'auto-gynécologie : écoféminisme et intersectionnalité », *Travail, genre et sociétés* 2019/2 (n° 42), pages 109 à 126 ; L. Quéré, « Repousser les frontières des normes corporelles et sexuelles. Effets de l'engagement dans le *self-help* féministe sur la sphère intime », *Sociétés contemporaines* 2022/2 (N° 126), pages 93 à 119. V. également, la vidéo grand témoin de Lucille Quéré.

[119] A. Hardy, *Travailler à guérir: Sociologie de l'objet du travail médical,* Rennes: Presses de l'EHESP, 2013, pp. 23-45, (https://www.academie-medecine.fr/la-nouvelle-relation-medecin-patient-et-lavenement-de-lautodiagnostic/; https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2018/revue-medicale-suisse-604/colloques-singuliers-connectes-et-videosurveilles)

mot au sens qu'il prend dans « combat singulier » –, c'est-à-dire un acte d'homme à homme[120] ». Le docteur Duhamel pointe ainsi la confidentialité, l'intimité de la relation qui doit unir un médecin et son patient. L'expression sera ensuite reprise en 1955 à l'occasion du premier congrès de morale médicale organisé par le Conseil national de l'ordre des médecins. La sociologue Anne-Chantal Hardy constate que « d'abord élaboré pour défendre toute intrusion de l'État dans la relation médecin-malade, le concept de colloque singulier se retrouve soixante ans plus tard comme outil de l'État pour guider les pratiques des médecins hospitaliers[121] ». En effet, absent du Code de la santé publique, le colloque singulier apparaît essentiellement dans des textes réglementaires venant préciser les bonnes pratiques dans certaines hypothèses de soin[122] ou sous la plume d'instances de réflexion sur les pratiques médicales, en particulier le Comité consultatif national d'éthique[123]. A cet égard, il convient de souligner que la notion de colloque singulier est intimement liée à celle du consentement du patient et ce alors même que le partenariat qui doit s'établir en son sein, entre l'homme de l'art et le profane, ne se réalise pas sur un pied d'égalité. La relation médicale va mettre en œuvre un échange d'informations, l'usager dévoilant au professionnel des éléments relatifs à son vécu physiologique, psychologique, voire social et le professionnel mettant à sa disposition ses compétences, connaissances et ressources techniques et humaines.

Outre l'inégalité inhérente à toute relation professionnel-profane, le colloque singulier porte en lui une autre particularité de la relation médicale qui résulte de son objet : la santé et, corrélativement, l'intime. Ainsi, « la relation médicale a été définie, comme un colloque singulier, relevant de l'intime, protégé par différents devoirs déontologiques et siège de la rencontre entre une conscience, celle du médecin, et une confiance, celle du patient »[124]. La question de l'intimité sous-tendue par le colloque singulier place les professionnels de la gynécologie, de l'obstétrique, de l'assistance médicale à la procréation et du diagnostic prénatal dans une situation particulière. En effet, l'intimité en la matière se dédouble : outre l'intimité précédemment évoquée et inhérente au colloque singulier, l'objet de la consultation est l'essence même de l'intime puisqu'il s'agit de l'intimité sexuelle et reproductive dans ses dimensions tant physiques que relationnelles[125]. Comme le résume un gynécologue, « La consultation en gynécologie n'est pas une consultation médicale comme les autres. Elle se déroule au cœur de l'intime psychique et de l'intime physique : les patientes sont amenées à se dénuder et à exposer leurs organes génitaux externes et internes »[126]. Ainsi, la gynécologie et l'obstétrique touchent peut-être à ce qu'il y a de plus intime et de plus fondateur dans la vie des personnes : leur sexualité et leurs capacités reproductrices. La

[120] G. Duhamel, « Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine », *La Revue des deux mondes*, 15 mai 1934, p. 278.

[121] A. Hardy, *op. cit.*, n°62

[122] V. par exemple, article 3.1 de l'annexe de l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (NOR : ETSS1033014A) (JO , 31 décembre 2010) ; article 2.2 de l'annexe de l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (NOR : ETSS1033014A) (JO , 31 décembre 2010)

[123] V. par exemple, CCNE, avis n°127 du 16 octobre 2017 ou avis n°138 du 20 mai 2021.

[124] M. Bouteille-Brigant, « Les enjeux de la *e-santé* au sein de la relation médicale », *Dalloz IP/IT* 2019.593

[125] L'impact du suivi gynécologique sur le vécu de la sexualité chez les femmes a ainsi pu être étudié sous un angle sociologique. V. par ex. A. Koechlin, « La consultation gynécologique, une instance paradoxale dans la socialisation des jeunes femmes à la sexualité », *Terrains & travaux* 2022/1 (N° 40), pages 21 à 42

[126] F. Chiche, *ibid.*

préservation et le respect de cette intimité sont donc au moins, sinon plus encore, essentiels que dans toute autre relation médicale. L'idée de confiance est ainsi omniprésente ; confiance qui suppose une relation protégée du regard extérieur, une confidentialité, toutes deux assurées en particulier par le secret médical[127]. L'examen des enjeux traditionnellement attachés au secret médical permet de comprendre, s'il en était besoin, l'importance de la confiance dans la relation de soin. Le premier enjeu est essentiellement d'ordre privé, le secret visant à garantir à la personne qui se livre la protection de son intimité. L'intimité, entendue comme « espace protégé des intrusions extérieures »[128], est ainsi au cœur du colloque singulier : « c'est un intime consenti par la patiente, un intime éphémère, un « donné à voir, à entendre, à écouter » à un sujet supposé savoir en un lieu, un espace et un temps donnés »[129].

Le second enjeu est quant à lui d'ordre public : il est essentiel que « tout le monde sache pouvoir se confier à un médecin, que l'état de médecin garantisse cette discrétion totale, et que nul n'hésite à recevoir des soins qui lui sont nécessaires par peur d'être trahi »[130]. La confiance dont il est question ici porte donc moins sur les compétences du professionnel de santé (qui sont en principe garanties par les études et les diplômes d'état) que sur la qualité de l'échange, de la relation, autrement dit sur les compétences humaines elles aussi exigées du médecin[131]. En effet, le Code de déontologie affirme que le professionnel doit exercer sa mission dans le respect de la personne et de sa dignité et qu'il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée[132]. En particulier, l'article R.4127-7 du Code de la santé publique pose comme obligation déontologique du médecin d'« écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leur mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard ». Cet article invite donc à un accueil bienveillant, exempt de jugement, à l'égard de toute personne, quelle que soit sa situation.

De la théorie à la pratique, la réalité est cependant plus contrastée, notamment dans les champs de la gynécologie et de l'obstétrique. De nombreux témoignages ont fait état de la prise en charge trop souvent jugeante ou discriminante des femmes à raison de leur orientation sexuelle, de leur genre, de leur poids, de leur âge, de leur handicap, entre autres[133]. Il ressort par ailleurs d'une

---

127 V. not. art. R.4127-4 du code de la santé publique.

128 M. Flis-Trèves, « Ouverture. L'intime, otage de la « transparence », in M. Flis-Trèves (éd.), *Intimités en danger ?* Presses Universitaires de France, 2019, pp. 9-11.

129 F. Chiche, « « Vous pouvez vous déshabiller là » La consultation de gynécologie à l'épreuve de l'intime », M. Flis-Trèves éd., *Intimités en danger ?,* Presses Universitaires de France, 2019, pp. 17-27.

130 R. Villey, *Histoire du secret médical*, Médecine et Histoire, Seghers, 1986, p. 62-63.

131 En ce sens, v. CCNE, avis n°136, op. cit., p.14 et s.

132 Pour les médecins, elle se fonde sur les articles R. 4127-2 et R. 4127-7 du code de la santé publique. Pour la sage-femme, elle se fonde sur les articles R. 4127-302 du code de la santé publique selon lequel la sage-femme exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine.

133 V. par ex., « Quand les gynécos sont brutaux. Témoignages », L'Obs, 20 septembre 2017 ; APF France handicap, « Cancer du col de l'utérus : les femmes handicapées écartées de la prévention », 17 février 2017, disponible sur www.apf-francehandicap.org; https://jenaipasconsenti.tumblr.com

enquête du collectif interassociatif autour de la naissance (CIANE[134]), que dans le suivi de la grossesse « 6% des femmes se sont senties toujours ou souvent non respectées et 33% parfois non respectées ; la question détaillait les exemples de non-respect suivants tels que commentaires désobligeants, moqueries, non-respect de la pudeur, manque de délicatesse dans les gestes médicaux, non prise en compte de la douleur, manque de communication, non-respect du consentement »[135]. Or, dans ces domaines, la qualité, ou plus exactement la moindre qualité de la relation au professionnel de santé est, nous y reviendrons, un facteur très important d'un ressenti de violences pour les femmes. En amont de ces situations, le droit pose ainsi un cadre visant à promouvoir une relation médicale équilibrée, respectueuse de la personne et de son autonomie.

Section 2. La promotion par la loi d'une relation médicale équilibrée

La loi Kouchner du 4 mars 2002 a eu notamment pour objet de rééquilibrer la relation médicale pour sortir du paternalisme traditionnel et faire du patient un véritable acteur de sa santé grâce au principe dit de co-décision[136]. Deux principes essentiels ont ainsi été mis en avant dans cette loi, intimement liés l'un à l'autre : l'information de la personne par le professionnel de santé (§1) et son consentement préalable à tout acte (§2). Il a été constaté par d'autres que « de nombreux médecins ne comprennent pas entièrement les enjeux du consentement éclairé » et, corrélativement, que « les malentendus qui peuvent survenir »[137]. Les affaires médiatisées de « violences gynécologiques et obstétricales » en apportent de nombreuses illustrations. Il paraît dès lors essentiel de s'arrêter sur l'application de ces principes dans le cadre de la gynécologie et de l'obstétrique ainsi que sur les éventuelles difficultés de cette application.

§1. L'information, au service d'une relation médicale bientraitante

L'obligation d'information est traditionnellement considérée comme un « devoir médical particulier [qui] prend place dans l'ensemble plus vaste des relations entre professionnels et profanes voyant se développer une obligation générale d'information et de conseil, sinon de mise en garde »[138]. À ce titre, elle pèse sur tout professionnel de santé, indépendamment du cadre libéral ou public de la relation[139]. Déjà dans un arrêt rendu le 28 janvier 1942 par la Chambre des requêtes,

---

134 « Le CIANE est un collectif constitué d'associations françaises concernées par les questions relatives à la grossesse, à la naissance et aux premiers jours de la vie. Il est agréé pour la représentation des usagers dans le système de santé (agrément N° N2018RN0012)
Le CIANE ne relève d'aucune appartenance politique ou syndicale, ni d'une obédience religieuse ou philosophique. Ses principes reposent sur la transparence, et son engagement est de nature citoyenne, respectueuse des lois ». https://ciane.net

135 CIANE, Prévention de l'insécurité maternelle, septembre 2022, p.20

136 P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p.641

137 Propos de S. Hurst-Majno recueillis par C. Mary, « De nombreux médecins ne comprennent pas entièrement les enjeux du consentement éclairé », *Le Monde*, 12 juillet 2020

138 G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Les études hospitalières, Bordeaux, 4e édition, 2010, 603 p., p.355, n°519.

139 M. Benejat, « L'autonomie de la responsabilité médicale pour défaut d'information (à propos de quelques arrêts rendus en 2010) », *RGDM*, n°38, 2011, p.195 ; M. Girer, « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM*, n°13, 2004, p.41.

la Cour de cassation avait pu sanctionner un manquement à l'obligation d'information préalable à l'acte, devoir « d'état du médecin quels que soient son statut et sa relation avec le malade »[140]. L'obligation d'information connaît de nombreux fondements textuels, nationaux et internationaux, tels l'article 35 du Code de déontologie médicale[141], l'article L.1111-2 du Code de santé publique, l'article 5 de la Convention d'Oviedo de 1997[142] ou l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000.

Le cadre général de cette obligation d'information est, en France, largement issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, dont Bertrand Mathieu affirme qu'elle « s'inscrit dans un courant qui tend à faire de l'information autant un devoir du médecin qu'un droit du patient »[143]. La loi prévoit ainsi que l'« information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables »[144]. Son contenu est en outre précisé, dans ses grandes lignes, par les dispositions de l'article L. 1111-2 alinéa 1er du CSP aux termes desquelles : « Cette information 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. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. ».

L'information ainsi définie comprend donc non seulement l'information préalable au consentement, mais également un véritable suivi postérieur à l'acte[145]. Elle fait partie intégrante de l'obligation qui incombe au médecin de donner des soins attentifs, consciencieux, respectueux du patient et conformes aux données actuelles de la science[146]. Cette information doit être détaillée pour permettre à la personne de prendre une décision éclairée, qui constitue pour elle un choix libre (et non imposé), ce qui nécessite une information personnalisée et adaptée à sa situation particulière. Le caractère essentiel de cette information à la qualité de la relation médicale est révélé par le contentieux statistiquement important dont elle est l'objet et se retrouve logiquement de

---

140 G. Mémeteau, « Le contrat médical », in *RGDM*, n°13, 2004, p. 27 (33).

141 Devenu l'article R.4127-35 du CSP

142 La Convention d'Oviedo a finalement été ratifiée par la France le 13 décembre 2011. J.-Ch. Galloux et H. Gaumont-Prat, « Droits et libertés corporels », *Recueil Dalloz*, 2012, p.308 ; A. Mirkovic, « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et de la biomédecine », *Recueil Dalloz*, 2012, p.110 ; D. Thierry, « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 2012, p.839 ; J.-R. Binet, « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », *JCP G*, 2012, n°1, p.3.

143 B. Mathieu, « Les droits de personnes malades », *Petites Affiches*, 19 juin 2002, n°122, p.10.

144 Article L.1111-2 alinéa 2 du CSP.

145 Voir la dernière ligne de L. 1111-2 CSP : « Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ». C. Kouchner, A. Laude et D. Tabuteau (dir.), *Rapport sur les droits des malades 2007/2008*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2009, 182 p., p.93-149.

146 S. Welsch, *La Responsabilité du médecin*, Litec, Juris-Classeur, Pratique professionnelle, 2e éd., Paris, 2003, 346 p., p.95 et sv., n°165 et sv ; V. HUET, *L'obligation d'information du patient*, thèse, Université de Montpellier I, 2004, pp.330 ; CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche*, avis n°58, 12 juin 1998, 33 p..

manière toute aussi importante, sinon plus, en matière de gynécologie et d'obstétrique. Il paraît donc essentiel d'examiner de plus près les enjeux de cette information (A) avant d'envisager son contenu (B).

A) La prévention des « violences gynécologiques et obstétricales » par l'obligation légale d'information

En encadrant l'obligation d'information, le législateur et le juge français ont voulu créer les conditions propices d'une autonomie effective du patient[147]. Il s'agit de la possibilité pour lui de faire des choix éclairés et donc de prendre des décisions autonomes. Par la discussion et l'obligation d'assistance et de conseil du médecin, il s'agit de permettre à la personne d'apprécier la situation au regard de ses principes et de ses valeurs pour choisir la décision la plus conciliable avec ces derniers, décision qu'elle pourra ensuite reconnaître comme étant proprement la sienne. La loi prévoit ainsi une coopération du médecin et du patient pour la formulation des choix de santé et, à l'issue du processus, le choix ponctuel du patient peut être de s'en remettre à l'avis du médecin. L'information est l'instrument de cette coopération, elle nourrit la relation médicale et sous-tend l'alliance thérapeutique. C'est pourquoi l'information doit avoir une dimension globale portant bien sûr sur les risques et les avantages de l'acte ou du traitement envisagé, mais également des considérations plus générales comme la durée de la convalescence, les alternatives existantes, les contraintes ou la gêne associées au traitement ou à l'acte, etc. L'information permet ainsi à la personne d'être actrice et non simplement de subir les décisions médicales, elle lui permet de se sentir sujet et non objet. Cet enjeu particulier de l'information est parfaitement illustré par les témoignages de femmes et les études menées en matière de prise en charge gynécologique et surtout obstétricale.

Prenons l'exemple de l'accouchement. Si différentes études menées récemment montrent que, globalement les femmes sont satisfaites de l'information qu'elles ont reçue dans le cadre de leur suivi[148], elles révèlent également l'impact considérable d'une information inadaptée sur le vécu du

---

147 J.-R. Binet, *Droit médical*, Cours, Montchrestien, Paris, 2010, 533 p. ; G. Mémeteau, *Cours de droit médical,* Les études hospitalières, 4e éd. 2010, 714 p., p.398 ; A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2009, 716 p., pp.342-369 ; O. Dupuy et Cl. Sureau, *L'information médicale : information du patient et information sur le patient*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2e éd. 2005, 391 p. ; V. Huet, *L'obligation d'information du patient*, thèse Université Montpellier I, 2004, 330 p. ; D. Thouvenin, Entrée « droit à l'information du malade »*, in* D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, 2004, pp.368-373 ; sur l'obligation d'information dans les contrats, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome n°221, 1992, 546 p..

148 Enquête nationale périnatale, Les naissances, le suivi à deux mois et les établissements. Situation et évolution depuis 2016, rapport 2021, paru en octobre 2022, p. 11 et p.48; CIANE, Prévention de l'insécurité maternelle, septembre 2022, p.25. Le CIANE constate ainsi que « pour 85% des femmes, l'information qu'elles ont reçue dans le cadre du suivi était adaptée à leurs besoins ». Ces chiffres sont à mettre en regard avec les résultats de l'enquête « flash » menée par France Assos Santé fin 2020 selon lesquels seules 20% des personnes interrogées considèrent que l'information délivrée par les médecins aux patients est loyale, claire et appropriée, France Assos Santé, Enquête Flash #1 Délivrance de l'information au patient, 3 mai 2021, disponible sur www.france-assos-sante.org. Il faut néanmoins préciser, que, toujours selon l'enquête du CIANE, « 91% des primipares et 75% des multipares ont utilisé des sources complémentaires ». Or l'importance de la qualité de l'information sur l'accouchement est confirmée par son effet sur

suivi de la grossesse et de l'accouchement. Claire Michel et Claire Squires, psychologues, expliquent que « la femme, lors de son accouchement ou de son suivi gynécologique, se voit imposer un acte, un protocole, des gestes. Beaucoup décrivent alors un sentiment de passivité face à ce qui arrive pourtant à leur propre corps, et souvent dans le cadre d'un évènement majeur pour elles. Cette passivité est un des éléments qui fait traumatisme : beaucoup se sentent dépossédées de leur corps, et "je n'étais plus qu'un ventre", ou "je n'étais plus qu'un morceau de viande" sont des phrases qui reviennent beaucoup dans les témoignages de vécu violent d'accouchement »[149]. De fait, l'analyse des récits de femmes concernant des situations de « violences obstétricales révèle que "les actes violents ne sont qu'un versant de ces situations et [que] c'est bien la relation aux soignants dans son ensemble qui est atteinte. C'est d'ailleurs le plus souvent l'absence d'une communication satisfaisante entre les soignants et la femme qui signe l'apparition de ces violences" »[150]. Les conséquences préjudiciables de l'insuffisance, sinon de l'absence, d'information sur les actes qui vont être réalisés, voire sur les actes qui ont été réalisés, est ainsi constatée de toutes parts (psychologues[151], patients[152], professionnels de santé[153], etc.) alors même que le principe de cette information est légalement acquis depuis 2002 et que le législateur est intervenu à trois reprises depuis 2016 pour la favoriser en organisant de nouvelles consultations.

Depuis 2003, les articles R.2122-1 et suivants du Code de la santé publique détaillent les huit examens médicaux obligatoires de suivi de grossesse (sept prénataux et un post natal) visés à l'article L.2122-1 du même code. En 2016, le législateur a partiellement réécrit cet article pour préciser qu'à l'occasion du premier examen prénatal « le médecin ou la sage-femme propose à la femme enceinte un entretien prénatal précoce dont l'objet est de permettre au professionnel d'évaluer avec elle ses besoins en termes d'accompagnement au cours de la grossesse ». En 2020, cet entretien prénatal précoce devient obligatoire[154] et en 2022, il lui est adjoint un entretien postnatal précoce « réalisé par un médecin ou une sage-femme entre les quatrième et huitième

le vécu de l'accouchement : parmi les femmes qui considèrent avoir eu une information inadaptée, 57% ont mal vécu leur accouchement (pas bien du tout, plutôt pas bien), alors qu'elles ne sont que 30% parmi celles qui considèrent avoir eu une information adaptée.

149 Cl. Michel et Cl. Squires, « Entre vécu de l'accouchement et réalité médicale : les violences obstétricales », *Le Carnet Psy*, 2018/8, n°220, pp.22-33, p.28 ; « Quand les gynécos sont brutaux », Témoignages, *L'obs*, 2017.

150 A. Evrard, « Reconnaître et analyser les violences obstétricales, une démarche pertinente d'évaluation et d'amélioration des pratiques », *op. cit*.

151 Cl. Michel et Cl. Squires, « Entre vécu de l'accouchement et réalité médicale : les violences obstétricales », *op. cit.*; Chabbert, M, et J. Wendland. « Le vécu de l'accouchement et le sentiment de contrôle perçu par la femme lors du travail : un impact sur les relations précoces mère – bébé ? », *Revue de Médecine Périnatale*, vol. 8, no. 4, 2016, pp. 199-206.

152 CIANE, Prévention de l'insécurité maternelle, septembre 2022, p.25; A. Evrard, « Reconnaître et analyser les violences obstétricales, une démarche pertinente d'évaluation et d'amélioration des pratiques », *Périnatalité*, 2020/4, vol.12, pp.172 à 177, p.173; de nombreux mémoires de sages-femmes ont été consacrés ces dernières années au vécu de l'accouchement et relèvent l'importance de l'information (v. par ex., T. Kazouan, *L'impact des comportements inappropriés durant la grossesse sur le vécu de l'accouchement*, Lyon 1, 2019; M. Rougerie, *Influence du vécu de la grossesse et de l'accouchement sur l'apparition d'une dépression dans le post-partum*, Université de Limoges, 2020); Réseau sécurité naissance Pays de Loire, *Enquête sur le vécu de l'accouchement*, mars 2022; Devos, Chloé, et al. « Le vécu de la prise en charge en salle de naissance : une étude qualitative comparative », *Périnatalité*, vol. 13, no. 3, 2021, pp. 142-149.

153 V. le dossier sur les violences obstétricales paru à la revue *Perinatalité* Vol. 12 2020/2

154 Malgré son caractère obligatoire, en 2021, seule une minorité de femmes aura bénéficié de cet entretien. Enquête nationale périnatale. Rapport 2021. Les naissances, le suivi à deux mois et les établissements, p.62

semaines qui suivent l'accouchement. Cet entretien a pour objet, dans une approche globale de prévention en post-partum, de repérer les premiers signes de la dépression du postpartum ou les facteurs de risques qui y exposent et d'évaluer les éventuels besoins de la femme ou du conjoint en termes d'accompagnement. Un deuxième entretien peut être proposé, entre les dixième et quatorzième semaines qui suivent l'accouchement, par le professionnel de santé qui a réalisé le premier entretien aux femmes primipares ou pour lesquelles ont été constatés des signes de la dépression du postpartum ou l'existence de facteurs de risques qui y exposent »[155]. La création de ces entretiens et leur caractère obligatoire peut surprendre : les échanges auxquels ils doivent donner lieu n'étaient-ils pas possibles dans le cadre des huit examens médicaux obligatoires ? Visiblement pas. L'information et le dialogue nécessitent un temps particulier d'échange qui fait souvent défaut dans les consultations ayant un objet technique, comme c'est le cas des examens médicaux obligatoires pendant la grossesse, d'autant que ce temps d'échange ne fait l'objet d'aucune valorisation[156]. La création de deux entretiens obligatoires ayant pour objet « d'évaluer les besoins en termes d'accompagnement » de la femme enceinte ou du couple, en plus des examens médicaux déjà existants en pré comme en postnatal, semble répondre à un manque de temps dénoncé par les soignants et chercher à réintroduire une certaine forme de personnalisation de la prise en charge dans le suivi de la grossesse et des suites de couches. Or faire une place à cette spécificité des besoins est essentiel. En effet, il a été établi qu'aux yeux de 36,6% des mères, les moments les plus bouleversants et stressants de l'accouchement sont liés aux relations interpersonnelles et à l'absence d'une communication satisfaisante entre les soignants et la femme[157]. Les défaillances y sont de nature à favoriser l'apparition d'une dépression ou d'un syndrome post-traumatique, sans compter les impacts éventuels sur la relation mère-enfant. La nécessité de pouvoir revenir sur l'évènement de l'accouchement et d'obtenir, le cas échéant, toutes les informations sur les actes réalisés et leur motivation est ainsi légalement entérinée.

Le respect de la subjectivité de la personne et de ses ressentis participe donc de la limitation des risques psychotraumatiques en aval comme en amont de l'acte médical ou de l'accouchement. En amont, l'information va permettre à la personne, bien au-delà de la seule question du consentement, de se préparer à l'acte ou à l'évènement dont il est question. C'est, en matière obstétricale, l'un des enjeux des séances de préparation à la naissance qui ne sont pas visées par le Code de la santé publique, mais auxquelles les femmes enceintes sont invitées à participer afin de recevoir des informations sur le déroulement de l'accouchement, les différentes interventions médicales courantes et envisageables ainsi que quelques informations sur le post-partum, l'allaitement et les besoins du nouveau-né. Sept séances sont entièrement prises en charge par la sécurité sociale. Une étude récente montre que la participation ou non à ces séances a une incidence sur le vécu de l'accouchement, chez les primipares en particulier[158]. Plus généralement, l'information que le professionnel va donner sur le caractère potentiellement désagréable, gênant ou douloureux de l'acte envisagé ainsi que sur son utilité, son objectif et les contraintes qui y sont éventuellement associées vont permettre à la personne de comprendre l'intérêt de l'intrusion sur

[155] CIANE, *Prévention de l'insécurité maternelle*, septembre 2022.

[156] Cf. infra sur la tarification.

[157] C. Deforges et al. « Le trouble de stress post-traumatique lié à l'accouchement », *Périnatalité*, 2020/4 Vol.12, pp.192 à 200.

[158] CIANE, *op.cit.*, p. 27 et s.

son corps, de la refuser, de faire un choix alternatif ou de l'accepter et, dans ce cas, de s'y préparer. Tout ceci concourt à améliorer *in fine* son vécu de l'examen pour peu que l'expression de sa subjectivité – et en particulier de son ressenti de la douleur – puisse, le cas échéant, être également entendue par le professionnel. Cet échange est le terreau d'une relation de confiance qui favorise une prise en charge adaptée de la santé de la femme et restreint, par ailleurs, corrélativement le risque médico-légal. La qualité de cet échange est donc essentielle et en la matière les dernières études pointent des marges d'amélioration.

L'importance de l'information inscrite dans le cadre d'un dialogue respectueux et bienveillant n'est pas moindre dans le cadre d'une consultation gynécologique. La Haute autorité de santé (HAS) a eu l'occasion de le rappeler dans plusieurs de ses recommandations. S'agissant des adolescentes par exemple, elle précise qu'il convient d'évoquer avec elles leurs connaissances sur la physiologie, les méthodes de contraception existantes, les risques de grossesse, ainsi que sur leur éventuelle activité sexuelle, utilisation antérieure d'une méthode contraceptive ou grossesse antérieure et son évolution, sans porter de jugement sur leurs réponses[159]. Plus généralement, elle rappelle que la consultation dédiée à la contraception est « une consultation d'écoute, d'échange et de dialogue, qui doit respecter intimité et confidentialité. La consultation doit permettre :

- d'évaluer les attentes et besoins de la personne, ses connaissances et ses habitudes de vie ;
- de fournir une information individualisée, claire et hiérarchisée sur les méthodes contraceptives disponibles (y compris la stérilisation) et adaptées à la personne demandeuse et de s'assurer de la compréhension de ces informations ;
- de conseiller et/ou prescrire la méthode choisie par la personne, la plus adaptée et acceptable pour elle en fonction de ses préférences, de son état de santé, du rapport bénéfices/risques des différentes méthodes, et de la possibilité pour elle d'adhérer à la méthode en fonction de sa situation et de ses habitudes de vie »[160]

L'appréciation subjective par la personne des modes de contraception qui lui sont présentés est reconnue comme un élément déterminant, ne serait-ce que parce que sa prise en compte va contribuer à une contraception efficace : la femme ayant pu choisir la méthode contraceptive correspondant le mieux à son mode de vie, à ses aspirations et à ses valeurs est plus à même de l'utiliser correctement.
Si les professionnels conviennent donc généralement des enjeux essentiels portés par l'information et le dialogue, ils relèvent corrélativement la difficulté à mettre en œuvre au quotidien cette qualité d'échange, non seulement en raison des contraintes de temps déjà évoquées, mais aussi eu égard à la difficulté de délimiter et de formuler de manière intelligible pour la personne les informations pertinentes.

[159] C'est nous qui soulignons. HAS, *Contraception chez la femme adulte et de l'adolescente en âge de procréer (hors post-partum et post-IVG)*, Recommandation de bonne pratique - Mis en ligne le 17 sept. 2019
[160] C'est nous qui soulignons. HAS, *op.cit.*

B) L'information complète et adaptée, un défi pédagogique et relationnel[161].

Le professionnel de santé doit donner à la femme une information complète, c'est-à-dire comprenant tous les éléments nécessaires pour prendre position. Le contenu de cette information pourra bien sûr varier selon les éventuelles questions soulevées par la personne, mais il ne peut en dépendre entièrement. Aussi, les différents textes, légaux ou réglementaires, ont-ils défini le périmètre de cette information (1). Son contenu doit en outre être accessible à la personne, matériellement et conceptuellement, et en conséquence être adapté à l'âge et au bagage culturel de chacune des femmes (2).

1. L'étendue de l'information

L'article L.1111-2 du Code de la santé publique établit à titre général l'étendue de l'information à laquelle toute personne a droit sur son état de santé. « Cette information 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. (...) Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver »[162]. Adopté en 2002, ce texte entérine en réalité les solutions jurisprudentielles qui avaient été dégagées, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat, pour délimiter l'obligation d'information des professionnels de santé[163]. Les juges avaient d'abord retenu un critère « quantitatif », le médecin n'étant alors tenu d'informer son patient que des risques « normalement prévisibles » et non des risques exceptionnels[164], sauf hypothèse de chirurgie esthétique. Ce sont les risques fréquents de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique. A la quantité a ensuite été adjointe une approche plus qualitative, par la prise en compte de la gravité du risque. Dans un arrêt du 15 juillet 1999, la Cour de cassation affirmait ainsi que le médecin est tenu d'informer le patient sur « les risques graves » des investigations et soins qu'il propose, même s'ils ne sont qu'exceptionnels[165]. Le Conseil d'Etat s'est rallié à cette position et affirme que « la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation » d'information[166]. La jurisprudence restait cependant muette quant à

[161] Pour une approche critique sur la technicité des informations délivrées au regard du but recherché, B. Legendre, « L'obligation d'information, pierre angulaire du consentement dans la relation de soins », *RGDM*, n°31, 2009, p.227.

[162] D'autres dispositions prévoient également une obligation d'information quant au coût de la prestation médicale et sur les conditions de son remboursement par la sécurité sociale.

[163] Ces solutions jurisprudentielles n'ont pas été reprises mot pour mot par le législateur en 2002 qui ne vise que les risques fréquents ou graves normalement prévisibles. La question s'est ainsi posée de savoir si la loi du 4 mars 2002 revenait sur la jurisprudence antérieure. L'étude des travaux préparatoires ne révèle néanmoins pas une telle volonté et la jurisprudence récente de la Cour de cassation semble maintenir les solutions antérieures, Civ. 1re, 8 avril 2010, pourvoi n°08-21058, à paraître ; 21 janvier 2003, pourvoi n°00-18229 ; P. Sargos, « Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient », *Médecine et Droit*, n°100-101, p.36.

[164] Voir par ex. Civ. 1re, 23 mai 1973, Bull. civ. I, n°181, JCP 1975, II, 17955

[165] Civ. 1re, 15 juillet 1999, Bull. civ. I, n°250, *Droit et Patrimoine* ; 2000, n°78, p.87, obs. F. Chabas. Pour un arrêt plus récent faisant application de l'article L.1111-2 du CSP, voir Civ. 1re, 12 octobre 2016, pourvoi n°15-16894.

[166] CE, arrêt *Telle*, 5 janvier 2000, n°181899 ; *RFDA*, 2000, p.654, note P. Bon ; *Resp. civ. et ass.*, 2001, n°6, p.30, obs. Ch. Guettier ; *Gaz. Pal.*, 2000, n°352, p.6, obs. Cl. Bergoignan-Esper ; *Les Petites Affiches*, 2000, n°40, p.15, obs. C. Clement.

la définition du risque grave, lequel n'est pas davantage défini par l'article L.1111-2 du Code de la santé publique. Selon le conseiller Sargos, les risques graves sont « ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques ou sociales »[167]. Ayant vocation à s'appliquer à toute relation médicale, l'article L.1111-2 n'entre pas dans les détails, renvoyant à la Haute autorité de santé le soin d'émettre des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information[168]. Ces recommandations peuvent être homologuées par arrêté du ministre de la Santé et acquièrent ainsi valeur réglementaire, comparable donc à certains textes d'application des lois qui, eux aussi, peuvent venir détailler, au moins en partie, le contenu de l'information due par le professionnel de santé. Ainsi, par exemple, des dispositions de l'article R.2131-2 I du Code de la santé publique qui rappellent qu'en matière de diagnostic prénatal « sauf opposition de la femme enceinte, celle-ci reçoit une information claire, adaptée à sa situation personnelle, qui porte sur les objectifs des examens, les résultats susceptibles d'être obtenus, leurs modalités, leurs éventuelles contraintes, risques, limites et leur caractère non obligatoire » ; de l'article R.2141-2 qui précise l'information à donner au couple projetant de proposer ses embryons à l'accueil ; ou du point II 1.1 « Information du couple ou des personnes concernées » de l'annexe (plusieurs fois modifiée) de l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation[169].

Concernant la HAS, elle a émis de nombreuses recommandations dans les champs de la gynécologie et de l'obstétrique, qu'il s'agisse de l'accouchement, de la contraception, de l'interruption de grossesse, de l'assistance médicale à la procréation ou de la ménopause. Ces recommandations ne sont pas toutes centrées sur la relation avec la femme[170] et peuvent se concentrer sur un aspect particulier et technique de la prise en charge, mais il est rare qu'elles n'évoquent pas la question de l'information et certaines détaillent son contenu de manière très précise.
C'est le cas de plusieurs recommandations relatives à la contraception, et en particulier de la recommandation relative à la contraception chez la femme adulte et l'adolescente en âge de procréer (hors post-partum et post-IVG)[171]. La HAS y modélise « l'information à délivrer » de la manière suivante :

- « Informer sur les différentes méthodes contraceptives disponibles :
  - l'âge en lui-même ne devrait pas limiter le choix de la méthode contraceptive, en dehors de la stérilisation ;
  - contenu de l'information : mode d'emploi, efficacité (optimale et en utilisation courante), contre-indications, risques (notamment risque thromboembolique) et effets indésirables possibles (notamment sur l'acné et les règles), autres avantages

[167] P. Sargos, rapport sous Civ.1re, 14 octobre 1997, *JCP G* 1997, II, 22942.
[168] Ainsi, HAS, *Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé. Principes généraux*, recommandation de bonnes pratiques, mai 2012.
[169] JORF n°0119 du 23 mai 2008, texte n°32 ; Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF, 8 juillet 2017.
[170] Pour un exemple de recommandation centrée sur l'information de la femme, v. HAS, *Comment mieux informer les femmes enceintes ?*, recommandations professionnelles, Avril 2005.
[171] Une information comparable est présentée par la HAS dans d'autres recommandations comme celle relative à la Contraception chez la femme en post-partum, également mise en ligne le 17 sept. 2019.

non contraceptifs, procédure pour l'instauration et l'arrêt (ou le retrait), coût, remboursement…

- Rassurer sur les éventuelles craintes des adolescentes concernant :
  - la prise de poids : pas de preuve de prise de poids sous pilule oestroprogestative, relation entre prise de poids et progestatifs seuls mal documentée ;
  - l'acné : effets variables selon la femme et le type de contraception hormonale ;
  - le retour de la fertilité : est en général immédiat sauf après injection de progestatif où il peut prendre jusqu'à 12 mois ;
  - l'impact sur les règles : amélioration possible des dysménorrhées sous pilule oestroprogestative, risque de trouble des règles (aménorrhée, spotting) sous contraception hormonale.
- Informer sur les préservatifs, les IST y compris le sida : encourager l'utilisation des préservatifs et expliquer concrètement leur utilisation. Évaluer la capacité d'utilisation des préservatifs et la possibilité d'une réticence à leur utilisation.
- Contraception d'urgence : informer sur :
  - la conduite à tenir en cas d'oubli de pilule (ou de retard à la mise en place d'un patch ou d'un anneau, de décollement de patch ou de perte de l'anneau vaginal), de non-utilisation ou de rupture d'un préservatif et sur les méthodes de rattrapage possibles, et la nécessité de surveiller la survenue des prochaines règles et, en cas de doute, réaliser un test de grossesse et consulter ;
  - la gratuité et l'anonymat en pharmacie, dans les infirmeries scolaires ou en centre de planification ou d'éducation familiale de la contraception d'urgence ».

La HAS poursuit en détaillant l'information qui doit être délivrée concernant chaque mode de contraception en fonction des demandes de la femme. Ainsi par exemple du dispositif intra-utérin ou stérilet.

« Dispositifs intra-utérins (DIU) (DIU au cuivre et au lévonorgestrel [LNG])
Les DIU peuvent être proposés aux femmes et aux adolescentes, quelles que soient la parité et la gestité (femmes multipares **ou nullipares/ nulligestes**).
Les DIU sont utilisables chez la femme ou l'adolescente ne présentant pas de contre-indications (en particulier malformations utérines, infections en cours ou saignements inexpliqués), après avoir évalué et écarté un risque infectieux (rechercher une infection à *Chlamydia trachomatis* et *Neisseria gonorrhoeae*[10] avant la pose notamment en cas d'IST, infection génitale haute en cours ou récente, âge < 25 ans, partenaires multiples). Les contre-indications du DIU au LNG sont les mêmes que celles des progestatifs.
Les femmes et les adolescentes doivent être informées sur :

- l'efficacité contraceptive de ces méthodes (voir fiche « Efficacité des méthodes contraceptives ») ;
- leur longue durée d'action (4 à 10 ans pour le DIU au cuivre, 5 ans pour le DIU au LNG);
- leurs risques potentiels (risque d'expulsion, risque de perforation et de migration le plus souvent lié à la pose [exceptionnel]) ;

- l'impact du DIU sur les cycles (règles plus importantes avec le DIU au cuivre, spotting, oligoménorrhée ou aménorrhée avec le DIU au LNG) ;
- la pose souvent plus douloureuse chez les nullipares.

Certains dispositifs de plus petite taille sont mieux adaptés aux adolescentes.
Le DIU au LNG est à privilégier chez les femmes en cas de ménorragies fonctionnelles ou de saignements abondants avec un DIU au cuivre, à condition qu'elles acceptent l'éventualité de ne plus avoir de règles. Il est à considérer avec précaution chez les adolescentes, notamment en raison des difficultés de la pose. Il est cependant possible de le proposer aux adolescentes ayant des règles abondantes, à condition qu'elles acceptent l'éventualité de ne plus avoir de règles.
Les femmes et les adolescentes doivent être incitées à consulter 1 à 3 mois après la pose puis annuellement ainsi qu'en cas de douleurs pelviennes, de fièvre et saignements inexpliqués ».

Des précisions équivalentes sont données concernant les méthodes de contraception hormonales et le professionnel de santé est invité à expliquer à la femme les méthodes barrières, les méthodes dites naturelles et la possibilité d'une stérilisation à visée contraceptive, en fonction des demandes et besoins exprimés par la personne.

Un tel degré de précision s'explique sans doute par l'objet de la recommandation : la contraception a été marquée par une telle prédominance de la pilule que les autres modes de contraception étaient peu sinon pas proposés aux femmes. La pilule apparaissait (et peut encore apparaître) comme le moyen le plus sûr d'éviter une grossesse non désirée et donc une éventuelle interruption de grossesse ; elle favorise en outre un suivi régulier de la femme par le professionnel de santé puisqu'elle ne peut être obtenue que sur ordonnance et cette prescription ne peut excéder 12 mois[172]. De sorte que la femme est obligée de venir en consultation au moins une fois tous les 18 mois (un an d'ordonnance auquel s'ajoute la possibilité de faire renouveler une fois le contraceptif oral pour une période supplémentaire de 6 mois par le pharmacien ou l'infirmière sur présentation d'une ordonnance datant de moins de 1 an[173]) pour maintenir ce mode de contraception. Les inconvénients de la pilule, qui pouvaient parfois être minimisés par les professionnels de santé, ont cependant progressivement conduit certaines femmes à s'interroger sur ce mode de contraception et à solliciter des alternatives. A cet égard, les risques cardiovasculaires associés à certaines pilules et médiatisés à compter de 2012 ont conduit à une revalorisation des autres modes de contraception, ce dont la recommandation précitée de la HAS constitue une illustration. L'utilisation de la pilule est ainsi en baisse constante depuis 2010, les poses de stérilet étant au contraire en hausse[174]. En pratique, il semble que la pilule reste le mode de contraception privilégié

[172] A. Koechlin, *La norme gynécologique*, *op. cit.* ; https://www.has-sante.fr/jcms/c_1720982/fr/contraception-hormonale-orale-dispensation-en-officine.
[173] Articles R.5134-4-1 et suivants du Code de la santé publique
[174] Alors qu'en 2010, 50% des femmes de 15 à 49 ans prenaient la pilule, elles n'étaient plus que 33.2% en 2016. ; https://www.santepubliquefrance.fr/les-actualites/2017/les-francaises-et-la-contraception-premieres-donnees-du-barometre-sante-2016; https://ansm.sante.fr/actualites/contraception-feminine-les-methodes-avec-le-moins-de-risques-deffets-indesirables-toujours-plus-choisies; https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/memos-demo/focus/contraception-france-2017/; https://www.santepubliquefrance.fr/les-actualites/2017/les-francaises-et-la-contraception-premieres-donnees-du-barometre-sante-2016; https://ansm.sante.fr/actualites/contraception-feminine-les-methodes-avec-le-moins-de-risques-deffets-indesirables-toujours-plus-choisies

par les professionnels au point parfois de ne pas informer les femmes, et notamment les jeunes femmes, des effets secondaires et de toutes les alternatives possibles[175].

Ces recommandations peuvent trouver un relai et être encore précisées par des recommandations émises cette fois par des organisations professionnelles, comme le CNGOF pour les gynécologues obstétriciens[176]. De telles recommandations professionnelles peuvent au demeurant être émises indépendamment de l'existence ou non d'une recommandation de la HAS. Elles n'ont pas de valeur légale en tant que telles, mais seront très utiles pour apprécier l'existence ou non d'un manquement du professionnel de santé aux règles de l'art. Le juge, en particulier, va pouvoir s'en saisir pour déterminer le contenu de l'information qui devait être donnée à la patiente. Mais il n'est pas tenu par les recommandations des organisations professionnelles et dispose d'un pouvoir d'interprétation des textes juridiques (loi et règlement). Il peut ainsi être amené à identifier une information comme due au patient en dehors de toute recommandation (HAS ou professionnelle). L'obligation d'informer la patiente sur les risques de l'accouchement en constitue un exemple, sur lequel nous reviendrons ultérieurement[177]. Parmi ces textes réglementaires ou professionnels, tous n'explicitent pas forcément, ou peu, le contenu de l'information à donner, mais ils sont la reformulation d'un principe légal fondamental "ré-adressé" aux professionnels de santé. Plus accessibles et plus diffusés dans les milieux professionnels que les dispositions législatives, ils contribuent à rappeler la nécessité de l'information. Ce rappel n'est pas inutile car, comme ont pu le constater les associations de patients, « l'information prend du temps et elle est complexe (...). Cela conduit certains professionnels de santé à considérer qu'une information détaillée, précise, est inutile, car elle ne pourra pas être comprise par la femme enceinte et ne saurait donc qu'être source d'angoisse »[178]. Comme l'exprime Amina Yamgnane, gynécologue obstétricienne, à propos des risques liés à l'accouchement, « qui peut me dire comment je procède pour informer les femmes de tous ces aléas sans passer pour une perverse de mauvais augure, une disqualificatrice des compétences maternelles, une angoissée pathologique dont on sait à quel point elle est contagieuse »[179]. La difficulté est réelle pour les professionnels et ne doit pas être négligée. Les témoignages des patients et les conséquences observées d'une mauvaise information ou d'une mauvaise communication attestent toutefois de ce que l'infantilisation des soignés n'est pas une réponse satisfaisante[180]. D'autres solutions doivent être pensées pour mettre réellement les professionnels de santé en capacité d'informer les patients. Différentes pistes de réflexion ont ainsi

---

175 A. Koechlin, *La norme gynécologique et obstétricale*, *op. cit.*

176 V. par exemple, CNGOF, *Contraception*, recommandations pour la pratique clinique, décembre 2018, disponible via https://www.cnsf.asso.fr/pratiques-professionnelles/rpc-autres/

177 V. infra.

178 A. Evrard, « L'information et le consentement de la femme au dépistage prénatal non invasif. Le point de vue d'une association de patients. Entretien avec Anne Evrard », in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°15, 2022, p.157

179 A. Yamgnane, « Violence obstétricale », *Périnatalité*, 2020/4, Vol. 12, pp.183-187, p.186

180 A. Evrard en donne un exemple banal : « Nous avons travaillé sur la réalisation de petites capsules vidéo et, entre autres, sur l'explication de la notion probabilité/risque et des taux de marqueurs sériques. Nombreux ont été les soignants à dire que la seule chose qui intéresse les femmes, c'est le score de risque, et non le détail des éléments entrant dans le calcul. Ils ne voient alors aucun intérêt à expliquer pourquoi on compare la clarté nucale et les marqueurs sériques à une valeur médiane, ni ce qu'est une médiane. Pourtant, sur le forum où nous intervenons, absolument toutes les femmes demandent à ce que ces données leur soient expliquées dans le détail. Parfois même, ce sont des femmes d'autres pays qui nous écrivent, du Maghreb par exemple, pour nous demander précisément de leur expliquer ces développements. Elles ont besoin de comprendre les enjeux et les incertitudes ». ibid.

pu être proposées, notamment par les dernières études sur le vécu de la grossesse et de l'accouchement. Tout d'abord, il a été mis en avant un besoin de formation des professionnels à l'échange et à la discussion pour faciliter la prise en considération de l'intégralité de la personne et éviter de rester focalisé sur son utérus ou sur les dimensions techniques de la prise en charge. Autrement dit, réintégrer à la formation médicale une véritable attention au *care* et non uniquement au *cure*, le *care* ayant eu tendance à être confié, pour ne pas dire délégué à d'autres professions qu'aux médecins, notamment aux sages-femmes dans le cadre de l'accouchement[181]. En outre, il a pu être suggéré que cette formation soit élaborée en intégrant les questions de genre dans la relation médicale[182].

A cet égard, le choix de reproduire ici *in extenso* les informations énoncées dans la recommandation de la HAS comme devant être présentées à la femme a pour objet de rendre perceptible une première difficulté rencontrée par les soignants : la densité de l'information attendue de leur part. Et encore, le contenu retenu par la HAS n'est, à notre sens, pas exhaustif puisqu'il passe sous silence les examens de suivis requis en cas de contraception hormonale (bilan sanguin, etc). Or il s'agit là de contraintes supplémentaires qui peuvent avoir une incidence sur le choix de la femme. Par ailleurs, la HAS renvoie à d'autres documents pour les précisions relatives à certaines informations comme la fiabilité des méthodes hormonales ou la procédure pour une stérilisation à visée contraceptive. La lecture de cette recommandation permet ainsi de rendre perceptible deux points particulièrement délicats pour le professionnel : le temps qu'il doit pouvoir consacrer à l'information de sa patiente et, mais cela va de pair, la manière de rendre des informations techniques intelligibles pour un profane.

2. L'intelligibilité et la personnalisation de l'information

Pour que l'obligation d'information permette effectivement au patient de faire des choix autonomes, encore faut-il qu'il ait été en mesure de comprendre les explications de son médecin[183]. La délivrance loyale de l'information impose donc au médecin de rendre celle-ci intelligible pour le patient[184] ou, pour reprendre les termes du Code de déontologie médicale, « une information loyale, claire et appropriée » qui « tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension »[185]. Il doit adapter son discours au niveau culturel du patient et à son état moral. À cette fin, il peut recourir à des termes approximatifs pour rendre ses explications simples et accessibles, il doit répondre à toutes les interrogations de son patient et en cas de doute sur la compréhension effective de ce dernier, reformuler de différentes manières les informations utiles[186]. Cette adaptation de l'information ne s'impose pas uniquement à l'égard de l'auteur du consentement, mais concerne naturellement tout patient, et en particulier les mineurs et les majeurs sous tutelle pour lesquels l'article L.1111-2 alinéa 5 du CSP prévoit expressément que l'information

[181] G. Durand et G. Dabouis, *Philosophie du soin. Santé, autonomie, devoirs*, Vrin, 2019, 262 p.

[182] A. Yamgnane, « Violence obstétricale », *Périnatalité*, 2020/4, Vol. 12, pp.183-187

[183] Sur cette difficulté, v. par ex., CCNE, avis n°136, op. cit., p.13 et s.

[184] HAS, *Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé. Principes généraux*, Recommandation de bonne pratique, mai 2012, 121 p.

[185] Article R.4127-35 du code de la santé publique

[186] Civ. 1re, 5 mai 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, somm.352 ; art.35 code de déontologie médicale devenu l'article R.4127-35 du CSP.

doit être adaptée à leurs facultés de compréhension[187]. L'obligation d'information du médecin est donc aux antipodes d'une obligation formelle. L'information ne saurait ni être générale et abstraite, ni adressée à un patient type qui correspondrait à un standard de personne raisonnable. Elle s'adresse au contraire à un individu qui, par sa situation de santé, est d'autant plus en position de faiblesse par rapport au corps médical. L'obligation d'adaptation imposée par le législateur entend assurer la prise en considération de réalités différentes au sein de la population en termes d'accès aux connaissances médicales, adaptation seule à même de promouvoir une autonomie aussi effective que possible du patient.

Pour faciliter cette information (ainsi que la preuve de sa délivrance) dans le cadre temporel contraint de la consultation, il est devenu courant de remettre au patient une fiche d'information, qu'il est généralement invité à signer pour attester en avoir pris connaissance. Cette pratique peut même être encouragée par certaines instances comme la Haute autorité de santé. Ainsi, dans sa recommandation relative à la prise en charge des femmes souffrant d'endométriose, elle préconise « la rédaction d'une notice d'information contenant les informations essentielles pour les patientes et leurs conjoints, validée par les professionnels de santé »[188]. L'implication des professionnels de santé est en effet indispensable pour garantir la qualité scientifique de ces notices d'information. Mais elle ne constitue en revanche nullement une garantie d'intelligibilité, en particulier lorsque cette information porte sur un point très technique comme pour la réalisation du dépistage prénatal non invasif (DPNI) par exemple. Schématiquement, le DPNI est une analyse génétique de l'ADN fœtal circulant dans le sang de la mère qui permet de dépister des anomalies génétiques de l'enfant à naître et notamment les trisomies 21, 13 et 18 pour lesquelles il présente une grande fiabilité. L'information à délivrer aux femmes en la matière est particulièrement technique puisque le test va examiner l'ADN circulant, qui est de l'ADN placentaire et non l'ADN du fœtus directement, qu'il peut identifier de nombreuses anomalies génétiques, de manière volontaire ou incidente, avec un taux de fiabilité et un intérêt médical variable selon l'anomalie considérée. De fait, les documents d'information établis par les professionnels du secteur sont d'une nature quasi scientifique. « Ils ne partent pas de l'expérience et du vécu des personnes, et il faut donc un niveau culturel et éducationnel très élevé pour comprendre au moins partiellement ce qui est écrit. Tout comprendre suppose au moins d'avoir une licence de biologie. Autrement dit, ces documents sont incompréhensibles dans leur totalité pour quiconque pratiquement »[189] et ne satisfont donc pas aux exigences légales de clarté et d'intelligibilité, sans parler même de l'adaptation à la personne.

Ces notices sont pourtant particulièrement utiles puisqu'elles sont un support matériel que la personne peut emporter avec elle pour prendre le temps de réfléchir en conservant l'intégralité de l'information technique à disposition. Aussi, l'implication des associations de patients dans leur élaboration constituerait une avancée majeure, même si les modalités de cette implication nécessiteraient d'être précisées. Ainsi, en matière de DPNI, le CIANE témoigne de ce que « depuis sept ou huit mois, plusieurs professionnels nous ont ainsi sollicités pour que nous leur fassions un

[187] À cet égard, la loi se conforme aux préconisations par le Parlement européen, *Charte européenne des enfants hospitalisés*, doc A2-25/86, JO des communautés européennes n°C 148/37, du 13 mai 1986.

[188] HAS, *Prise en charge de l'endométriose*, décembre 2017, p.17

[189] A. Evrard, « L'information et le consentement de la femme au dépistage prénatal non invasif. Le point de vue d'une association de patients. Entretien avec Anne Evrard », *op.cit.*

retour sur les fiches d'information qu'ils avaient élaborées. Nous avons accepté et ce fut instructif. Tout d'abord, il faut avoir à l'esprit que ce fut un travail colossal. Cela a nécessité des heures de réécriture pour ensuite devoir argumenter et justifier chacune des modifications introduites (et elles étaient plus que nombreuses), révélant ainsi que du point de vue de ces professionnels, le formulaire proposé était parfaitement adapté. Finalement, ils n'ont en général rien modifié ou presque après nos retours. Si l'expérience a été passionnante, ce n'est pas envisageable à une grande échelle. Il faudrait donc que les documents d'information soient d'abord établis par les associations de patients et, ensuite uniquement, validés sur le plan scientifique par les médecins »[190]. Au demeurant, les associations de patients sont souvent un relais précieux et irremplaçable d'informations. Outre les documents ou instruments pédagogiques qu'elles peuvent développer, elles sont souvent un point de rencontre et de partage d'expériences profitable aux personnes. Encore faut-il connaître leur existence et cela soulève la question, plus générale, de l'éclatement de l'information notamment dans le cadre de la grossesse et de l'accouchement. A cet égard, le CIANE préconise ainsi de rendre plus visibles les sources d'information existantes « notamment par un fléchage plus direct sur le site Ameli »[191].

Mais la difficulté ne se réduit pas au caractère technique de ces notices d'information. Celles-ci présentent parfois au contraire un caractère très général, qui peut certes contribuer à faciliter l'entrée dans la discussion, mais au risque peut-être de laisser croire au professionnel de santé qu'il n'est plus tenu d'assurer, ou tout du moins d'avoir l'initiative de l'information.
Ainsi, suite aux différentes poursuites judiciaires engagées contre des gynécologues, certains professionnels de santé ont élaboré des notices d'information qui sont remises en amont de la consultation ou affichées en salle d'attente, afin que la patiente soit avertie des examens que le médecin est susceptible de réaliser pendant la consultation. En voici un exemple :
« Vous allez être reçu en consultation médicale dans quelques instants. Dans le cadre de cette consultation, le médecin peut être amené à réaliser un examen clinique. Cet examen peut nécessiter une palpation des seins, des organes génitaux avec introduction d'un speculum, réalisation de frottis vaginal, un toucher vaginal et si nécessaire la réalisation d'un toucher rectal. Cette nécessité clinique est recommandée par les sociétés savantes et fait partie des règles de l'art médical. L'examen clinique permet d'élaborer un diagnostic et de prescrire des examens complémentaires et des traitements. Votre médecin vous expliquera les raisons et la nécessité de la réalisation de l'examen clinique. N'hésitez pas à l'interroger pour comprendre l'importance des gestes réalisés. Votre médecin exerce son métier dans le respect de votre dignité et avec votre consentement, ainsi si pour des raisons personnelles ou médicales vous ne le souhaitez pas il est important de le signaler dès que possible pendant la consultation. Votre médecin vous remercie de votre attention et de votre collaboration et vous assure de son entier dévouement ».

Cet exemple permet de bien comprendre en quoi une notice d'information ne peut suffire à assurer l'information : ici, la patiente est alertée des différents examens que le médecin pourrait souhaiter entreprendre lors de la consultation, mais elle n'a aucune information sur les examens qui lui seront effectivement proposés, encore moins sur leur objectif et leur nécessité eu égard à son état de santé ou sur ce qu'implique précisément leur réalisation. Autrement dit, cette information, par trop

[190] *Ibid.*
[191] CIANE, *Prévention de l'insécurité maternelle*, *op. cit.*, p.6

générique, n'est pas adaptée à la situation de la patiente, n'est pas personnalisée et, là encore, ne suffit pas à décharger le professionnel de santé de son obligation d'informer la femme.

Il est important d'insister : il ne s'agit pas de dire que ces notices d'information n'ont aucune vertu, elles constituent d'ailleurs une première étape dans la mise en place d'un dialogue. Si elles s'inscrivent dans un temps de réflexion pour la patiente ou le couple, elles peuvent permettre, en amont d'un échange avec le professionnel de santé, de prendre conscience de certaines difficultés, hésitations ou incompréhensions et, en aval, de garder la trace d'éléments importants qui auront été l'objet de l'échange et donc de maintenir accessible facilement des informations utiles pour la patiente ou le couple. Sans compter que pour les personnes non francophones, ces notices peuvent permettre d'accéder à l'information en différé en les faisant traduire si aucune possibilité de traduction satisfaisante n'a pu être mise en place lors de la consultation. Ces notices constituent en tout état de cause un outil, une base de discussion. Mais elles ne peuvent généralement pas se substituer à un échange humain ou constituer une sorte de discours type que le médecin pourrait se contenter de dire. Autrement dit, le professionnel, à l'occasion de la consultation, ne peut se borner à lire ou à répéter le contenu de la notice. Il doit discuter avec la personne et donc élaborer pour elle et avec elle un contenu intelligible et pertinent. Cet objectif sera favorisé par le temps de l'échange, mais aussi et plus généralement de la relation.

Prenons l'exemple des examens de dépistage et de diagnostic prénatal. Ce sont des examens facultatifs, mais qui sont insérés dans un suivi déjà très médicalisé de la grossesse ne permettant pas nécessairement à la femme de les distinguer du suivi dit obligatoire. La femme les accepte donc sans toujours savoir qu'elle peut les refuser et surtout, sans toujours avoir conscience des implications de ces tests, à savoir qu'un résultat « anormal » va soulever la question d'une éventuelle interruption de la grossesse. Aussi, il a pu être proposé que soit organisée en début de grossesse une consultation dédiée permettant à toutes les femmes d'avoir une meilleure visibilité sur la question, proposition demeurée pour l'heure sans suite. Plus généralement, dans le cadre de la grossesse, il a pu être mis en avant les avantages de l'accompagnement global qui permet, en limitant le nombre d'interlocuteurs, la création d'un lien de confiance plus étroit et la transmission d'une information véritablement adaptée à la personne et à ses besoins. Plus généralement et quel que soit le domaine, on peut insister avec d'autres sur le fait que l'information délivrée aux femmes avant chaque décision ou chaque geste entrepris doit être une priorité pour les soignants[192], afin d'améliorer la prise en charge des femmes et leur autonomie réelle, et non uniquement dans le but d'obtenir le consentement à l'acte envisagé par le professionnel de santé. Car si le consentement suppose l'information préalable, l'information ne conduit pas nécessairement à l'obtention du consentement.

§2. Le non-respect du consentement, au cœur des vécus de violence

[192] Ch. Devos et al. "Le vécu de la prise en charge en salle de naissance : étude qualitative comparative", *Périnatalité*, vol. 13, n°3, 2021, pp.142-149

Le 2 février 2015, il est révélé sur twitter un document dans lequel l'Université de Lyon recommande aux futurs médecins d'apprendre au cours de leur externat à réaliser un toucher vaginal sur des patientes endormies pendant leur stage au bloc opératoire gynécologique. Interrogée, la doyenne de la faculté de médecine reconnaît qu'« on pourrait effectivement demander à chaque personne l'accord pour avoir un toucher vaginal de plus mais j'ai peur qu'à ce moment-là, les patientes refusent ». Bernard Hédon, président du collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) estimait quant à lui que demander le consentement de la patiente serait « aller trop loin dans la pudibonderie ». D'autres réactions de professionnels de la santé iront dans le même sens. S'en sont suivis de nombreux articles de journaux et le débat public que l'on connaît et au centre duquel se trouve le consentement et le respect de la personne. Huit ans plus tard, le consentement de la personne dans le cadre des examens gynécologiques, de la grossesse ou de l'accouchement n'est toujours pas systématiquement recherché, comme en attestent les nombreux témoignages recueillis par le journal *Le Monde* suite à son appel « "Consentement" lors des examens gynécologiques : racontez-nous vos expériences », les mises en cause d'éminents professionnels comme le Dr. Daraï ou les recommandations formulées suite aux analyses récentes du vécu de la grossesse et de l'accouchement[193].

La loi, et notamment la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé[194] met pourtant l'accent sur le patient comme acteur de sa santé et par conséquent sur la nécessité de l'impliquer dans les décisions le concernant et de respecter sa volonté. L'enjeu qui apparaît alors est celui qui avait été identifié en 2021 par le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) dans son avis n°136 « d'un droit, qui existe déjà, mais n'est pas, ou pas suffisamment, mis en œuvre sur le terrain. La norme est essentielle, mais il faut construire une véritable culture du consentement »[195]. Car, c'est par le biais du consentement que la volonté de la personne et son autonomie s'expriment. Le consentement apparaît alors comme un rempart essentiel contre les risques d'abus dans les atteintes portées au corps[196], car, comme le rappelle le CCNE, « aucune personne ne peut être considérée comme un objet passif du soin »[197]. Face à cette exigence, il est frappant de lire les témoignages de femmes déjà évoqués qui, lors de leur accouchement par exemple, se sont senties réduites à leur ventre, à leur utérus, ont eu le sentiment de « n'être plus

[193] V. par exemple CCNE, *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques et touchant à l'intimité*, avis n°142, 29 mars 2023.

[194] D. Truchet, « Le consentement en droit de la santé », in J.-P. Caverni et R. Gori (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Champs libres, éditions in press, 2005, 209 p., pp.23-36, surtout p.26 et sv.

[195] CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avis n°136, 15 avril 2021, p.27

[196] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ; AFDS, *Consentement et santé*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2014 ; G. Faure, *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, CEPRISCA, PUF, Amiens, 2003, 180 p. ; Y. Lambert-Faivre, « II. – Les droits des malades, usagers du système de santé », *Recueil Dalloz*, 2002, p.1291 ; P. Mistretta, « Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G*, 2002, n°24, I, 141, p.1075 ; F. Alt-Maes, « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin – malade après la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 14 décembre 2002, p.3 ; C. Jonas, « La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes », *Médecine & Droit*, 2002, n°56, p.1 ; M.-L. Moquet-Anger, « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS*, 2002, n°4, p.657 ; M. Harichaux, « Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2002, n°4, p.673 ; Pour une approche critique de cette conception idéalisée du consentement, voir M. Marzano, *Je consens donc je suis*, PUF, 2006, 233 p..

[197] CCNE, avis n°136, *op. cit.*, p.17

qu'un morceau de viande » entre les mains des professionnels de santé. La nécessité de respecter le sujet dans sa personne a été unanimement reconnue au plan international dans le contexte particulièrement dramatique des atrocités de la Seconde Guerre mondiale, sur le terrain notamment des expérimentations médicales. L'interdiction morale pour le médecin de traiter son patient comme un objet ou un animal est toutefois beaucoup plus ancienne et a été largement utilisée par les tribunaux français avant le XX[e] siècle, pour punir les praticiens peu diligents. L'obligation de recueillir le consentement préalable de son patient est visée dans les décisions de justice dès les XVII[e] et XVIII[e] siècles. Au XIX[e] siècle, la jurisprudence parle de « l'autorisation dont l'homme de l'art ne peut jamais se passer, sauf en cas d'urgence »[198] et, en 1942, la Cour de cassation rappelle que le médecin est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération, cette obligation étant imposée par le respect de la personne humaine[199].

Ainsi, tout acte médical requiert, en principe[200], le consentement de la personne sur laquelle il doit être réalisé. Plus encore, « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » (article L.1111-4 al.1 CSP). Cette nécessité du consentement préalable est aujourd'hui consacrée par plusieurs textes français[201] et internationaux dont l'article 5 de la Convention d'Oviedo[202]. Elle est une conséquence du principe d'intangibilité de la personne humaine (*noli me tangere*), c'est-à-dire du droit fondamental de toute personne à voir son intégrité corporelle préservée[203]. Toute atteinte, fut-elle bénigne, à cette intégrité suppose l'accord préalable de la personne[204]. La loi n°94-654 du 29 juillet 1994 a inscrit ce principe en droit français à l'article 16-1 du Code civil : « chacun a droit au respect de son corps » et « le corps humain est inviolable ». La protection accordée concerne logiquement aussi bien une atteinte à son intégrité physique qu'à sa liberté[205]. Elle passe par le droit pour l'individu de s'opposer à l'action d'autrui sur son corps et, corrélativement, d'autoriser l'action d'autrui sur son corps[206]. Rappelons toutefois que ce consentement n'a de valeur qu'autant qu'il

---

198 Trib. Civ. Liège, 27 novembre 1889, D.P. 1891, 2, 281 ; C.A. Liège, 30 juillet 1890, même référence, cités par G. Mémeteau, « L'éthique "durch Eisen und Blut" », *Journal International de bioéthique*, numéro spécial, mars 1993, p.65 (66) ; Trib. corr. Lyon, 15 décembre 1859, cité par S. Hennette-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, coll. Repères, p.33.

199 Req., 28 janvier 1942, *D.* 1942, juris. p.63, *Gaz. Pal.*,62, 1942, 1, F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2009, 650 p., p.128 (voir aussi p.29 et 147) ; H. Gaumont-Prat, « Toute personne doit être présumée capable a priori de recevoir des informations et de donner son consentement libre et éclairé à un acte médical », *D.* 1999, p.346 ; G. Mémeteau, « L'éthique "durch Eisen und Blut" », *op.cit.*

200 Sur les exceptions à ce principe, voir infra.

201 Articles 16-3 du Code civil, L.1111-4 du CSP et 36 du code de déontologie médicale, aujourd'hui devenu l'article R.4127-36 du CSP.

202 Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relative aux tests génétiques à des fins médicales, adoptée par le Conseil de l'Europe le 27 novembre 2008, STE n°164, dite Convention d'Oviedo.

203 A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *op.cit* p.326 et s.

204 B. Hoery, R. Saury, *Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, Paris, 1998, p.48.

205 Art. 2,3 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi, une personne ne peut être contrainte de se soumettre à un examen médical au cours d'un procès civil. En effet, l'article 1142 du code civil reprend l'adage « *Nemo praecise cogi potest ad factum* » qui interdit de forcer quelqu'un à faire quelque chose.

206 S. Hénette-Vauchez et E. Picard, *Disposer de soi ?: une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004, 447 p. ; S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, coll. Thèse, Les études hospitalières, Bordeaux, 1999, 401 p. ; M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, LGDJ, 2018

respecte les prescriptions légales[207], de sorte que le consentement de la personne est une condition nécessaire mais non suffisante à la licéité de l'atteinte. La loi détermine en effet les cas dans lesquels il peut être porté atteinte au corps de la personne et elle distingue à cet égard deux hypothèses : lorsque l'atteinte est légitime sous réserve du consentement de la personne et lorsque l'atteinte est légitime même en l'absence de consentement de la personne[208]. Ainsi, l'intérêt thérapeutique de la personne hors d'état de consentir peut, en cas d'urgence, justifier la réalisation de l'acte, nous y reviendrons. En dehors de ces hypothèses, le recueil du consentement libre et éclairé de la personne s'impose.

Le caractère éclairé du consentement signifie que le patient doit avoir reçu l'information nécessaire à sa prise de décision[209]. Bien que nous ayons déjà examiné cette information en détail, il n'est pas inutile d'insister sur le fait qu'elle se doit d'être globale et non limitée aux seuls risques. D'autres éléments comme les contraintes attachées aux choix médicaux, l'existence d'alternatives, la durée de la convalescence, etc. doivent être abordés car ils constituent également des facteurs déterminants de la décision de la personne. Le consentement n'est donc possible qu'en présence d'une information adéquate, mais il n'en est pas le résultat mécanique. La loi dispose en effet sans ambiguïté que « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. (...) Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité » (article L.1111-4 al.2 et 3 du CSP). Le professionnel de santé n'a donc pas à convaincre la personne d'accepter les soins envisagés, pas même lorsque son refus de soins est de nature à mettre sa vie en danger. Cette précision est importante car de nombreux professionnels sont encore aujourd'hui inquiets de ce que leur responsabilité pourrait être engagée si la personne refuse le soin. D'autres présentent des difficultés à accepter ce refus : partant du principe qu'un refus ne peut résulter que d'une mauvaise compréhension par la personne des informations données et non d'un véritable choix, le professionnel de santé va alors réitérer l'information, possiblement à plusieurs reprises, dans l'espoir d'obtenir le consentement ou recourir à une présentation partiale de l'information pour faire adhérer la personne à son choix personnel. Une patiente l'explique clairement dans un courrier de réclamation : son mari et elle venaient d'apprendre que l'enfant qu'elle portait était atteint d'anencéphalie et avaient décidé de poursuivre la grossesse à son terme. Cette décision, et donc le refus de l'interruption médicale de grossesse proposée par l'équipe soignante de l'hôpital où ils étaient suivis, a suscité l'hostilité d'un membre de ladite équipe qui, en conséquence, a tenté de leur "forcer la main" en exacerbant tous les risques attachés à la poursuite de cette grossesse, sans les relativiser sur un plan statistique, ni indiquer les mesures préventives possibles. Le couple a sollicité un avis dans un autre établissement

---

[207] J.-P. Caverni, « Le consentement est-il éthique », *in* J.-P. Caverni et R. Gori (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Champs libres, éditions in press, 2005, 209 p., pp.11-21, p.13. Sur l'exception en matière médicale prévue par l'article 16-3 du code civil, voir N. Klein, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Les Etudes Hospitalières, Paris, 2012, 502 p..

[208] Il existe par exemple des actes médicaux imposés, voir A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *op. cit.*, p.366 et s. Selon D. Borrillo, au nom du respect de la personne et du principe de non patrimonialité, il y aurait un réinvestissement de l'idéologie catholique et de la protection du corps dans le droit canon en vertu desquelles l'homme ne s'appartient pas et doit à son corps le respect puisque « *le corps (…) est pour le Seigneur et le Seigneur pour le corps* » (Saint Paul, Corinthiens, chapitre 6 verset 13), intervention sur « La « nationalisation » du corps et de la vie dans le dispositif bioéthique français », colloque *La bioéthique en débat : angles vifs et points morts*, 22 mai 2010.

[209] S. Porchy, *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, thèse, Lyon, 1996, p.46 et s. ; J.-F. Burgelin, *L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins*, lexinter.net, 15/09/2009

où il reçut une information plus objective. Il fit donc le choix de changer d'établissement pour avoir une prise en charge respectueuse et au soutien de leurs convictions et de leur décision, choix dont le courrier révèle qu'il n'a jamais été regretté.

Parfois, cette impossibilité d'être entendue peut conduire la personne à renoncer par usure et à accepter de subir une intervention qu'elle ne désire pas et qui ne pourra donc être que mal vécue. Un courrier de réclamation en donne une parfaite illustration. Une femme apprend qu'elle est enceinte de siamois et est reçue par la spécialiste de l'hôpital où elle est suivie. La spécialiste lui dresse un tableau clinique très pessimiste pour les enfants au regard duquel elle présente l'interruption de la grossesse comme la seule décision possible. Mais la patiente ne souhaite pas interrompre la grossesse et demande à bénéficier d'un second avis. Dans un premier temps, il ne sera pas donné suite à cette demande qui, explique-t-on à la patiente, « serait une perte de temps pour tout le monde ». En parallèle, et malgré le refus posé et réitéré par la patiente, la spécialiste lance la procédure d'interruption médicale de grossesse (IMG) : elle fixe les rendez-vous requis, indique dans le dossier de la patiente le choix de l'IMG, cherche, tout au long du suivi, à obtenir l'adhésion de la patiente en lui détaillant comme inévitables tous les troubles dont les enfants risquent d'être atteints et ignore le refus exprimé, en invitant la patiente à réfléchir à une éventuelle crémation et à aller voir l'endroit où sont dispersées les cendres des bébés. Après avoir réitéré son refus à plusieurs reprises, la femme finira par céder et subir l'intervention qu'elle ne souhaitait pas. Sept ans plus tard, elle écrit le courrier de réclamation dans lequel elle exprime les regrets qui la poursuivent encore.

Outre les conséquences humaines d'une volonté qui n'est pas considérée, cet exemple vient, sur le terrain juridique, interroger la question de la liberté du consentement. Un consentement libre suppose qu'il n'y ait pas eu de contraintes exercées sur son auteur[210]. Cette contrainte peut aussi bien être physique que morale de la part de personnes ayant un certain ascendant ou des moyens de pression[211]. Le consentement « libre » en matière médicale suppose donc que, dans la mesure du possible, le patient soit mis en mesure d'envisager l'intervention médicale avec sérénité, sans être bousculé par le médecin. Ceci nécessite, le cas échéant, de lui laisser un délai de réflexion lui permettant d'évaluer les avantages et les inconvénients de l'acte envisagé, d'en discuter avec son entourage, de poser des questions ou, encore, de recevoir un autre avis médical[212]. Cela suppose également que le consentement résulte de la volonté propre du patient et non de pressions familiales ou médicales.

Il ne s'agit pas de dire que le médecin ne peut pas interroger le choix de la personne. Même les conceptions libérales de l'autonomie reconnaissent que son respect n'interdit pas de discuter avec la personne pour tenter de la faire changer d'avis lorsque l'on désapprouve sa décision[213].

---

210 V. CCNE, avis n°136, *op. cit.*, p.13-14 ; Sur les limites psychologiques à une telle liberté théorique, v. M. Marzano, *Je consens donc je suis*, *op. cit.*

211 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p.330.

212 Civ. 1re, 18 novembre 2003, pourvoi n°01-15190, *RGDM,* 2004, n°12, p.307, obs. J. Saison. Lorsque le refus de soins de la personne est susceptible de mettre sa vie en danger, l'obligation d'un délai de réflexion est inscrite dans la loi, de même que la possibilité de faire appel à un autre membre du corps médical (L. 1111-4 al. 3 CSP).

213 J. S. Mill, *De la liberté*, *op. cit.*

Au demeurant, jusqu'en 2016, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique précisait que si le refus du patient de se soumettre à un traitement mettait en jeu son pronostic vital, le médecin était tenu de tout mettre en œuvre pour le faire revenir sur sa décision[214]. Mais, le respect de l'autonomie du patient limitait l'obligation du médecin à une obligation de moyens : il devait loyalement faire valoir à son patient tous les arguments susceptibles de le faire changer d'avis, mais celui-ci avait le dernier mot et il ne pouvait être reproché au médecin de ne pas avoir réussi à le convaincre[215]. La frontière était en pratique ténue entre réussir à convaincre et forcer le consentement. Aujourd'hui, l'obligation de tout mettre en œuvre pour rallier la personne à l'avis médical n'existe plus dans la loi (ni dans les codes de déontologie), mais rien n'interdit, au contraire, aux professionnels de santé de discuter avec la personne des choix qui sont les siens, de les interroger. Michel Briex, gynécologue, en donne une parfaite illustration. Une jeune femme, enceinte de son premier enfant et qui exprime ne pas bien vivre cette grossesse qui se déroule par ailleurs parfaitement normalement, « demande que l'on note dans le dossier qu'en cas de danger pour son bébé ou pour elle, elle préfère que son bébé meure. Elle refuse que l'on fasse une césarienne pour sauver son bébé, même en cas de danger de mort maternelle. Elle ne souhaite pas non plus que l'on essaie de l'aider ou de la réanimer en cas de complications »[216]. Il lui est proposé de rencontrer d'autres médecins du service pour une meilleure information, ce qu'elle accepte. Lors du premier entretien, la jeune femme confirme la plupart de ses demandes. Lors du 2e entretien, mené par le Dr. Briex, le médecin choisit d'abord d'écouter la jeune femme, de l'interroger sur sa grossesse en général et de solliciter également le vécu du compagnon, présent lors de l'échange. Comprenant mieux ce qui se joue dans le vécu de la jeune femme, il peut alors lui apporter des informations et un soutien plus ciblés qui vont conduire la jeune femme à faire évoluer sensiblement ses demandes. On voit ici que le respect de la volonté de la personne ne transforme pas le médecin en simple réceptacle du consentement, mais l'oblige à être à l'écoute des besoins exprimés. Comme l'écrit le Dr. Briex : « La nécessité du consentement est devenue la règle, elle semble de plus en plus respectée et oblige à expliquer davantage l'utilité ou les conséquences de chaque traitement ou de leur non-réalisation : elle fait passer le soignant de "sachant" bienveillant qui décide pour vous à celui de professionnel, avec sa compétence et son expérience, qui propose et informe. La contrepartie est qu'il faut savoir parfois être prêt à négocier, à argumenter et à écouter le point de vue de l'autre, voire à accepter une décision qui ne va pas dans le sens des propositions faites »[217].

C'est dire que la loi de 2002 conduit les professionnels de santé à intégrer et reconnaître que le patient est le meilleur expert des soins adaptés pour lui eu égard à son état de santé, mais également à ses conditions de vie, à ses projets, à ses aspirations personnelles, dont lui, professionnel, ne connaît rien ou pas grand-chose. Le professionnel de santé, dont le médecin, doit donc dans tous les cas rechercher le consentement de la personne (articles R.4127-36 et L.1111-4 al.4 du Code de la santé publique). Ce recueil du consentement s'inscrit le plus souvent dans le fil de la relation

214 Article L.1111-4 alinéa 2 phrase 2 du CSP

215 Civ. 1re, 18 janvier 2000, Bull. civ. I, n°13 ; *D.*, 2001, n°44, p.3559, obs. M.-L. Mathieu-Izorche ; *JCP G*, 2001, II, 10473, p.371, obs. A. Dorsner-Dolivet ; *Defrénois*, 2000, n°11, p.716, obs. J.-L. Aubert, Ph. Delebecque et D. Mazeaud ; *RDSS*, 2000, n°2, p.374, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; *Gaz. Pal.*, 2004, n°305, p.2, obs. A. Gorny ; voir également C. Ponte, « Si ce patient refuse de se soigner, suis-je un mauvais médecin ? », *Ethique et santé*, 2004, n° p.107-109.

216 M. Briex, « Refus de soins », *Spirale*, vol. 87, no. 3, 2018, pp. 136-140.

217 *Ibid.*

sans nécessairement avoir fait l'objet d'une explicitation formelle, ce qui peut alors rendre délicate son identification[218]. De fait, la relation médicale n'est pas, en général, perçue et analysée par les personnes sous l'angle du droit. Ainsi, concernant en particulier le consentement, la sociologue Lucile Quéré montre que « les femmes ont tendance à adopter une définition restrictive de leur droit au consentement éclairé dans la consultation en gynécologie, construisant leur propre rapport à la légalité. Elles ont compris le consentement dans la loi de 2002 comme une catégorie légale posant des conditions limitatives »[219].

Cette conscience de l'obligation faite au professionnel de santé de rechercher leur consentement et de la portée juridique de ce consentement semble néanmoins avoir progressé suite à la médiatisation des dénonciations de violences gynécologiques et obstétricales, tant du côté des femmes que du côté des praticiens. Du côté des femmes, nous avons pu constater une évolution du champ lexical mobilisé dans les lettres de réclamations, les plus récentes recourant davantage au langage juridique et de manière appropriée. Du côté des professionnels de santé, une sensibilisation est en cours à la fois à un niveau collectif, comme en témoigne la charte du CNGOF sur la consultation gynécologique[220] ou la recommandation par laquelle la HAS invite les professionnels de santé à « encourager les femmes à préparer un projet de naissance » et rappelle que « toute intervention ou pratique de soins non urgente doit faire l'objet d'un consentement oral libre et éclairé » [221]. Au cours de l'entretien que nous avons mené avec une sociologue, celle-ci nous a ainsi fait part de la prise de conscience qu'elle avait pu constater chez les professionnels à quatre ans d'intervalle et de l'évolution progressive et corrélative des pratiques. Si l'attention des professionnels à rester à l'écoute de la femme et à vérifier son accord ou son désaccord à l'examen est donc accrue, il faut bien garder à l'esprit que la manifestation de ce consentement n'est pas enserrée dans une forme particulière et s'inscrit au contraire le plus souvent dans la dynamique de l'échange en cours. A cet égard, la très forte ritualisation, pour ne pas dire la quasi systématisation, du déroulé de la consultation gynécologique peut contribuer à affaiblir la vigilance du professionnel. L'enchaînement d'un entretien largement articulé autour d'actes techniques qui sont pour le professionnel aussi routiniers que banals, peut faire perdre de vue les particularités subjectives de la personne venue en consultation, *a fortiori* quand les consultations sont nombreuses et s'enchaînent à haute cadence.

La tentation peut alors naître de recourir au formalisme pour s'assurer de l'existence du consentement. Ainsi, en 2018, il a pu être constaté que « pour de nombreux établissements, le consentement se résume à une signature en bas d'un formulaire et n'intègre pas la recherche de compréhension »[222]. Or, en principe, le consentement à l'acte médical est simple et doit résulter de la compréhension par l'individu des enjeux de la proposition de soin qui lui est faite. En effet,

[218] Pour une étude juridique de cette subtilité du consentement, v. le dossier "La justice de l'intime", *Les cahiers de la Justice*, 2021/4, n°4

[219] L. Quéré, « Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et société*, 2019/2 n°102, pp.413 à 432, p.431

[220] CNGOF, *Charte de la consultation en gynécologie et en obstétrique*, 2021

[221] HAS, *Accouchement normal : accompagnement de la physiologie et interventions médicales*, recommandations, décembre 2017, p.12

[222] Conférence Régionale de la Santé et de l'Autonomie (CRSA - ARS) Hauts de France, *Rapport relatif aux droits des usagers du système de santé*, rapport annuel 2017, adopté le 3 juillet 2018, p.27, disponible sur www.hauts-de-france.ars.sante.fr

rappelons qu'aux termes de l'article L.1111-4 al. 3 du CSP « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Le formalisme, lorsqu'il est prévu par la loi, apparaît avec la gravité de l'acte eu égard soit aux risques pour la santé et à la fragilité de la personne[223], soit aux conséquences de l'acte, comme par exemple dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Le formalisme du consentement sert ici d'avertissement pour la personne et tend à assurer une meilleure protection de ses intérêts[224]. En dehors des hypothèses expressément prévues par la loi, le recours à l'écrit a pu se développer sous plusieurs formes. Corolaires des notices d'information, des formulaires de consentement sont parfois élaborés, à la suite ou indépendamment de ces notices. Contrairement à ce qui a normalement lieu en droit, ce consentement, même formalisé par écrit, ne lie pas la femme. En effet, le consentement en matière médicale est conçu de manière unilatérale et est rétractable à tout moment[225]. Le consentement du patient est moins un engagement de sa part, qu'une autorisation indispensable pour rendre licite un acte médical réalisé sur lui[226]. Autrement dit, dans le cadre de la relation médecin-patient, seuls la volonté et l'intérêt de ce dernier sont protégés. Le respect de la dignité humaine s'opposant à ce que l'individu soit traité comme un objet et donc qu'une atteinte quelconque lui soit portée sans son accord, la disparition de la volonté prive l'acte de sa justification et l'atteinte devient illicite, constitutive d'une violence voire d'une mutilation[227]. Le caractère écrit et donc exprès du consentement n'y change rien. Certes, la volonté existait vraisemblablement au moment où la personne a consenti, mais si l'intervention est prévue une semaine plus tard, sa volonté est-elle toujours présente[228] ? Ou, pour prendre un exemple médiatisé, la douleur ressentie lors de l'examen ou la brutalité avec laquelle il est exécuté peut faire changer la personne d'avis. Le consentement disparaît alors et avec lui la légitimation de l'examen. Si le professionnel n'interrompt pas son acte et poursuit malgré cela, l'atteinte qu'il porte au corps de la personne devient illicite et engage sa responsabilité, y compris pénale le cas échéant. La gynécologie et l'obstétrique impliquant souvent des examens nécessitant une pénétration dans le sexe de la femme, cette responsabilité a pu être envisagée par certains auteurs sous la qualification de viol[229]. La portée de cette qualification sera discutée dans la seconde partie de ce rapport[230]. A ce stade des développements, il est important de comprendre que le droit médical prend en compte la mutabilité de la volonté et du consentement qui l'exprime et, compte tenu des enjeux, accepte que l'auteur du consentement puisse ne pas être lié une fois pour toutes par celui-ci[231]. Ainsi, le CCNE, dans son avis n°136,

[223] On peut y voir un exemple de la stratégie de l'échelle variable (Sliding-Scale Strategy) qui impose un contrôle du degré de capacité corrélatif au niveau de risque. Sur cette question : T. L. Beauchamp et J. F. Childress, *Les principes de l'éthique biomédicale*, Les Belles Lettres, coll. Médecine et Sciences humaines, Paris, 2008, 613 p., p.119 et sv.

[224] A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *op. cit.,* p.363.

[225] M. Girer, « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM*, n°13, 2004, p.41.

[226] L'intérêt du patient comprend donc aussi bien la préservation de sa santé, que celle d'un tiers ou la volonté d'augmenter les connaissances scientifiques ou de vérifier l'effectivité d'un nouveau médicament.

[227] R. Cabrillac, « Le corps humain », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, CRFPA, Dalloz, Paris, 2007, pp. 165-177, p. 167.

[228] M. Marzano, *op.cit*, p.28 et s.

[229] V. par ex. B. Py, *op. cit*.

[230] V. infra

[231] En outre, l'acte médical présente souvent un caractère irrémédiable.

invite le personnel soignant à « être vigilant aux signes de regret par rapport au consentement préalablement donné, pendant le geste, le soin, l'expérimentation »[232].
Cela s'applique également à cet écrit particulier qu'est le projet de naissance. Dans la perspective de leur accouchement, les femmes sont de plus en plus incitées à préparer un tel projet de naissance. De quoi s'agit-il ? En 2016, la HAS définit le projet de naissance comme « l'énoncé des souhaits des parents quant au déroulement de la grossesse et à la naissance de leur enfant. Il inclut l'organisation des soins, le suivi médical, la préparation à la naissance et à la parentalité, les modalités d'accouchement, les possibilités de suivi pendant la période postnatale, y compris les conditions d'un retour précoce au domicile et les recours en cas de difficultés. Il peut être formalisé par un document écrit rédigé par les parents. Le projet de naissance nécessite un bon échange d'informations et s'élabore dans le dialogue avec la sage-femme ou le médecin qui suit régulièrement la femme enceinte. Il vise une meilleure compréhension et une satisfaction partagée entre soignants et parents »[233]. Cette définition recentre le projet de naissance sur les souhaits de la femme, là où en 2005 la HAS insistait davantage sur les contraintes médicales : « Le projet de naissance est la conjonction entre les aspirations de la femme et du couple et l'offre de soins locale »[234]. Ces contraintes n'ont pourtant pas disparu comme le souligne l'association Bien Naître Lyon qui présente le projet de naissance comme un « descriptif des désidératas, des souhaits des parents préalablement discutés avec l'équipe médicale »[235].

Quoi qu'il en soit, la rédaction du projet de naissance suppose et invite à organiser un échange entre la femme ou le couple et l'équipe soignante ou la sage-femme. Cet échange doit permettre d'identifier et de clarifier les attentes de la femme et du couple, mais aussi de les informer de ce qui est réalisable, ou non, compte tenu de la structure dans laquelle l'accouchement doit avoir lieu, et des différentes possibilités d'évolution du travail et de l'accouchement[236]. Ce projet peut être l'objet d'un écrit à part et/ou consigné directement dans le dossier médical, éventuellement dans le livret de la grossesse. L'essentiel est que le ou les professionnels qui assisteront la femme lors de son accouchement puissent en avoir pris connaissance. Est-ce à dire que ce projet présente un caractère contraignant ? Pour la femme, et conformément à ce qui a été dit précédemment, il n'en est rien, le droit lui reconnaissant la possibilité de retirer son consentement, ou de le donner, à tout moment. Ainsi, une femme qui aurait refusé la péridurale dans son projet de naissance pourrait bien sûr changer d'avis et la demander lors de son accouchement. L'inverse est tout aussi vrai. Qu'en est-il pour les professionnels de santé ?

Répondre à cette question suppose de s'intéresser à la nature juridique du projet de naissance. Quoi qu'élaboré en lien avec les professionnels de santé, le projet de naissance est une manifestation unilatérale de volonté de la part de la femme ou du couple sans qu'il n'y ait, ni de la part de son auteur, ni de la part de son destinataire, une intention de s'engager. Dès lors, le projet de naissance

[232] CCNE, avis n°136, *op. cit.*, p.18
[233] HAS, *Suivi et orientation des femmes enceintes en fonction des situations à risques identifiées*, recommandations professionnelles, mise à jour mai 2016, p.9
[234] HAS, *Préparation à la naissance et à la parentalité* (PNP), recommandations professionnelles, novembre 2005, p.4
[235] bien naître lyon, disponible sur https://biennaitrelyon.fr/wp-content/uploads/2012/10/LeProjetDeNaissance.pdf
[236] Sur les objectifs du projet de naissance, v. A. Johannot et J. Stocker, *L'utilisation du projet de naissance permet-il d'améliorer l'expérience des femmes de l'accouchement ?*, travail de bachelor, Lausanne 2016, p. 12 et s.

ne saurait être assimilé à un contrat. Non prévu par la loi, le projet de naissance évoque néanmoins immédiatement au juriste une figure voisine : les directives anticipées[237]. L'article L.1111-11 du Code de la santé publique prévoit que : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux ». Immédiatement, viennent à l'esprit trois différences majeures entre les situations : les directives anticipées ont pour objet de faire connaître la volonté de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, là où le projet de naissance vient attirer l'attention du professionnel de santé sur la volonté d'une personne qui sera *a priori* en mesure d'exprimer sa volonté lors de l'accouchement. Il vise donc à faciliter la communication plutôt qu'à pallier son impossibilité. L'autre différence réside bien sûr dans l'objet de ces écrits : les directives anticipées portent sur la fin de vie quand le projet de naissance porte sur l'accouchement. Enfin, les directives anticipées sont prévues par le législateur qui précise en particulier qu'elles « s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »[238]. Rien de tel pour le projet de naissance qui, *a fortiori*, peut être écarté par les médecins. Et de fait, de nombreux courriers de réclamation font état de ce que le projet de naissance n'a pas été respecté, les femmes s'en plaignant essentiellement lorsqu'elles n'ont pas reçu d'explication sur les raisons de ce non-respect (où l'on retrouve l'importance de l'information, y compris *a posteriori*). Est-ce à dire que le projet de naissance est inutile ? Certes non. Son élaboration constitue d'abord l'occasion pour la femme et le couple de recueillir des informations sur les pratiques et les protocoles de la maternité où l'accouchement doit avoir lieu, ou de la sage-femme en cas d'accouchement à domicile, en maison de naissance ou en plateau technique. Ensuite, il se veut un guide à l'intention des professionnels sur la volonté de la patiente pendant l'accouchement. Ils ne peuvent donc choisir de l'ignorer par principe et sans obtenir le consentement de la patiente en ce sens. Leur responsabilité pourrait être engagée, à moins qu'ils ne justifient avoir agi dans le cadre des limites reconnues par le droit à l'autonomie de la personne dans la relation médicale.

Section 3. Des exceptions limitées au principe d'autonomie en matière de sexualité et de reproduction

Le droit médical pose en principe fondamental le respect de l'autonomie de la personne. Mais ce principe n'est pas sans exception. Certaines sont propres au domaine médical et peuvent soulever des discussions quant à leur portée, en particulier dans le domaine obstétrical. L'urgence et l'impossibilité constituent en la matière des exceptions aux contours incertains (§1). D'autres exceptions tiennent aux règles juridiques générales qui associent autonomie de la volonté et capacité juridique de la personne. En matière médicale, ces exceptions sont l'objet de quelques aménagements. Mais dans les domaines ayant trait à la sexualité et à la reproduction, donc au premier chef en matière gynécologique et obstétricale, ces exceptions sont pratiquement évincées,

[237] Pour une comparaison détaillée des deux, v. S.-M., Ferrié, « L'autonomie : à la vie à la mort », *RJPF* 2021, n°3
[238] CE 29 nov. 2022, n° 466082 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2022-1022 QPC du 10 novembre 2022

le droit reconnaissant presque à toute personne la capacité de se prononcer sur les questions médicales ayant trait à sa vie sexuelle et reproductive (§2).

§1. L'urgence et l'impossibilité : exceptions aux contours incertains

Qu'il s'agisse de l'obligation d'information ou du recueil du consentement, plusieurs textes prévoient la possibilité pour le professionnel de santé d'y déroger[239]. L'article 16-3 alinéa 2 du Code civil tout d'abord, qui dispose « 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'article L.1111-2 al. 2 du Code de la santé publique, qui met l'obligation d'information à la charge du professionnel de santé, précise que « seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser ». Enfin, l'article L.1111-4 al. 5 du Code de la santé publique qui, après avoir énoncé qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » aménage l'hypothèse où « la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté ». En ce cas, « aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée » « sans que la personne de confiance (…) ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Tous ces textes envisagent des hypothèses où la personne se trouve privée de la faculté d'exprimer une volonté, de consentir. Elles recouvrent évidemment le cas de la personne inconsciente ou sous anesthésie, mais elles saisissent également les situations d'insanité d'esprit[240] où la personne est sous l'emprise d'un trouble mental. Cet état va d'ailleurs pouvoir, sous certaines conditions, justifier des soins sous la contrainte[241].

Ces hypothèses sont néanmoins exceptionnelles, le principe étant la capacité de la personne à prendre des décisions concernant sa santé. En outre, lorsque la personne est hors d'état de consentir, le professionnel de santé doit chercher à découvrir sa volonté auprès de son cercle de proches, sans toutefois être lié par les indications qu'ils pourraient fournir, ces proches, y compris la personne de confiance[242], n'étant pas habilités à consentir en lieu et place de la personne. Au demeurant, la décision du représentant légal d'un mineur ou d'un majeur protégé ne liera pas nécessairement le professionnel de santé puisque, aux termes de l'article L.1111-4 alinéa 9 du Code de la santé publique, dès lors que « le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur si le patient est un mineur, ou par la personne chargée de la mesure de protection juridique s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur protégé, le médecin délivre les soins indispensables. »[243].

---

[239] S. Porchy-Simon, « Responsabilité médicale. Responsabilité pour faute d'éthique médicale. Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical » ; Fasc. 440-30 : Santé ; *JurisClasseur*, Civil Code, art. 1240 à 1245-17, 9 août 2022

[240] Ainsi l'article 1129 du Code civil précise qu'il faut être sain d'esprit pour consentir valablement et que la charge de la preuve de cette insanité pèse sur celui qui s'en prévaut.

[241] Articles L.3212-1 à L.3212-12 du Code de la santé publique, par exemple

[242] Article L.1111-6 du Code de la santé publique.

[243] *A fortiori*, la solution s'appliquera également à la personne représentée par un mandataire dans le cadre d'un mandat de protection future prévu aux articles 477 et suivants et en particulier 479 alinéa 2. V. sur le rôle de ces deux protagonistes que sont le mandataire et la personne de confiance, C. Lequillerier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », *Gaz. Pal.*, 2007, 1578.

En outre, l'urgence ou l'impossibilité de contacter ces proches dispense le professionnel de cette démarche et l'autorise donc à intervenir sans rechercher la volonté de la personne. Tous ces textes ménagent ainsi deux hypothèses dans lesquelles le professionnel de santé peut se passer du consentement de la personne – l'urgence et l'impossibilité – les deux étant entremêlées dans le Code civil. Examinons la portée de ces exceptions dans les domaines de la gynécologie et de l'obstétrique et demandons-nous en premier lieu ce qu'est l'urgence.

Définitions de l'urgence. Selon l'Académie de médecine, l'urgence, dans le domaine médical, est la situation d'un patient à soigner sans délai[244]. On comprend que l'appréciation de l'existence ou non d'une situation d'urgence revient logiquement au corps médical et qu'il n'est sans doute pas souhaitable qu'une définition légale soit posée, au risque de rigidifier le cadre de cette appréciation au détriment des personnes nécessitant des soins. Cela n'interdit cependant pas les juristes de réfléchir aux contours de cette urgence médicale. Ainsi, Jean Penneau écrit que « L'urgence médicale peut (...) être définie comme la situation résultant d'un état pathologique grave, nécessitant qu'un traitement soit mis en œuvre dans un délai bref, voire très bref, ou même immédiatement, sous peine d'assister, faute de soins, à une évolution péjorative de cet état »[245]. Du côté du droit pénal, la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il s'agit d'une situation grave, imminente et certaine[246]. Face à un évènement d'une telle ampleur, le professionnel de santé peut ne pas respecter le strict périmètre de la permission de la loi sans pour autant commettre une infraction[247]. Au contraire même, son inaction pourrait constituer le délit d'omission de porter secours à personne en péril, puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende[248]. Enfin, les magistrats ont également pu être amenés à apporter des précisions sur les délimitations de la notion d'urgence, en particulier la jurisprudence administrative, à l'instar du Conseil d'État, dans un arrêt du 27 janvier 1982[249]. Une femme devant subir une interruption volontaire de grossesse (IVG) avait explicitement refusé la proposition faite par le médecin de pratiquer en même temps une hysteropexie (fixation chirurgicale de l'utérus). Suite à un incident opératoire survenu durant l'IVG, le médecin a néanmoins pratiqué l'intervention, estimant ne plus être tenu par le refus de la patiente. Le Conseil d'État vient alors apporter des précisions quant à la définition de l'urgence, rappelant que « ce refus interdisait au docteur X…, sauf le cas de danger immédiat pour la vie ou la santé de la patiente, de passer outre la volonté ainsi exprimée », hypothèses qui n'étaient pas caractérisées en l'espèce. On comprend alors que l'urgence pour la santé est conçue par la juridiction administrative comme revêtant un certain degré de gravité. *A fortiori*, une stérilisation ne peut être pratiquée à l'occasion d'un accouchement par césarienne sans avoir été préalablement consentie par la femme[250], à moins que cette stérilisation n'ait eu pour objet de sauver la vie de la patiente. Il en sera ainsi par exemple lorsque, à l'occasion d'une césarienne sous anesthésie générale, il est constaté que l'utérus est en très mauvais état, à l'origine d'un risque imminent d'hémorragie interne grave. L'urgence de la situation justifie alors que le professionnel de santé prenne l'initiative de retirer l'utérus afin de sauver la vie de la femme. Il lui appartiendra ensuite

244 https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=urgence
245 J. Penneau, « Urgence, information et consentement », *in Urgences, médecine et droit*, ENSP, 2001, p. 19
246 V° par ex. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2022, 2ème éd., n°282 ets.
247 V. *Infra* Partie 2
248 C. pen., art. 223-6 al. 2.
249 CE, 27 janvier 1982, n°10769
250 TA Rouen, 19 novembre 2020, n°1804820

d'informer la patiente de l'intervention et des circonstances caractérisant l'urgence ayant conduit à ce qu'il se passe de son consentement.

La hiérarchie entre urgence et consentement. L'existence d'une urgence vitale ouvre la porte à une certaine tolérance et peut légitimer l'intervention du professionnel de santé, y compris parfois contre la volonté de la personne. Une jurisprudence célèbre en la matière concerne le refus de transfusion sanguine par des témoins de Jéhovah, situation qui concerne notamment la femme enceinte témoin de Jéhovah qui refuse par principe toute transfusion, y compris pour faire face à l'urgence vitale résultant d'une hémorragie de la délivrance ou d'un accouchement par césarienne le cas échéant[251]. En 2005, le CCNE rapportant les propos de gynécologues obstétriciens faisait « remarquer que l'hémorragie lors de l'accouchement est la première cause de mortalité maternelle en France, et que (selon une étude américaine publiée en 2001[252]) le taux de mortalité des femmes Témoin de Jéhovah qui accouchent est quarante fois plus élevé que celui des femmes qui n'appartiennent pas à cette communauté. Face à une mort apparemment évitable grâce à ce traitement, l'opinion la plus communément admise en France est que le praticien est fondé en urgence, et seulement dans ce cas, à passer outre la règle du consentement en transfusant le patient contre son gré. Cette opinion est confortée par l'aspect communautaire de la décision de refus : comment ignorer que la personne vit au sein d'un groupe qui peut exercer une influence considérable sur son apparente autonomie ? »[253]. Le Conseil d'État avait en effet pu affirmer « qu'il n'existe pas pour le médecin de hiérarchie abstraite et intangible entre l'obligation de soigner et la volonté du patient » et refusait par conséquent de condamner les médecins ayant réalisé une transfusion contre la volonté du patient, témoin de Jéhovah, dès lors que cette intervention avait été faite « dans le seul but de le sauver, [et constituait] un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état »[254]. L'urgence vitale permettait donc au professionnel de santé de passer outre la volonté de la personne, mais uniquement dans la mesure nécessaire à sa survie et avec des actes proportionnés à cette nécessité. Cette jurisprudence impliquait logiquement qu'une transfusion réalisée en dehors d'« une situation extrême mettant en jeu [le] pronostic vital »[255] de la personne et contre sa volonté engagerait la responsabilité du professionnel de santé[256].

Les réformes législatives. Les modifications apportées au Code de la santé publique par la loi du 4 mars 2002 d'abord, par la loi n°2016-87 du 2 février 2016 ensuite, ont conduit à mettre l'accent sur le consentement de la personne et sur l'obligation pour le médecin d'accepter un refus de traitement de sa part, acceptation qui ne rompt pas cependant l'engagement du médecin à

---

[251] Ainsi, en 2016, le décès au Canada d'Éloïse Dupuis, 27 ans, a fait l'objet d'une importante médiatisation.

[252] Singla AK, Lapinski RH, Berkowitz RL, "Are women who are Jehovah'sWitnesses at risk of maternal death?", *Am J Obstet Gynecol* 2001;185:893–5 ; Van Wolfswinkel ME, Zwart JJ, Schutte JM, et al., "Maternal mortality and serious maternal morbidity in Jehovah's Witnesses in The Netherlands", *BJOG* 2009; 116:1103-8

[253] CCNE, *Refus de traitement et autonomie de la personne*, avis n°87, 14 avril 2005, p.9. Il est à noter qu'aujourd'hui, les hémorragies obstétricales sont la 5e cause de décès maternelle (derrière notamment les maladies cardio-vasculaires et les suicides) et représentent 8% des cas, selon le 6e rapport de l'Enquête nationale confidentielle sur les morts maternelles (ENCMM) pour la période 2013-2015

[254] CE, 26 octobre 2001, n°198546

[255] CE, 16 août 2002, n°249552

[256] Ainsi, logiquement, le tribunal administratif de Lille a pu faire injonction au centre hospitalier de Valencienne de ne pas procéder à la transfusion sanguine refusée par la patiente en l'absence de démonstration par les professionnels de santé (qui n'étaient pas représentés à l'audience en référé) d'une situation d'urgence vitale. Tribunal administratif de Lille, référé, 25 août 2002, n°02-3138. J.-L. Chagnon et V. Fournier, « Fallait-il transfuser contre son gré Madame G., témoin de Jéhovah ? », *Médecine & Droit*, 2003, n°62-63, pp. 133-136.

prodiguer à la personne les meilleurs soins possibles en tenant compte de ce refus. Ainsi, depuis 2016, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique dispose non seulement que « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif », mais encore, rappelons-le, que « le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable ». Comme on l'a déjà précisé, la mention selon laquelle « le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables » a été supprimée. Aussi, la question pouvait se poser de savoir si la jurisprudence antérieure du Conseil d'État relative à l'urgence vitale comme motif permettant de passer outre le refus de soins était encore applicable.

La décision rendue par la Haute juridiction administrative le 20 mai 2022 semble plaider en faveur d'un maintien de la solution[257]. Dans cette affaire, une personne a été hospitalisée en urgence en raison d'un traumatisme grave survenu au cours d'un accident de la circulation. Inconsciente, elle était néanmoins porteuse d'un document signé de sa main par lequel elle indiquait refuser toute transfusion sanguine, « même si le personnel soignant estime qu'une telle transfusion s'impose pour me sauver la vie » et désignait son frère comme personne de confiance. Ce dernier a rappelé à plusieurs reprises au cours de l'hospitalisation que la personne ne souhaitait sous aucun prétexte recevoir une transfusion sanguine, mais acceptait les traitements médicaux de substitution. Néanmoins, la chirurgie de *damage control* réalisée dès l'arrivée de la personne aux urgences a révélé une hémorragie active et abondante. Afin de préserver la vie du patient, l'équipe médicale a donc procédé à une première transfusion sanguine. Après cette prise en charge initiale, deux autres transfusions seront réalisées, l'équipe soignante limitant au strict nécessaire la quantité de sang transfusé pour tenir compte des instructions écrites du patient qui saisira néanmoins la justice administrative. Après avoir rappelé les dispositions relatives aux directives anticipées et à la personne de confiance notamment et aux possibilités pour l'équipe médicale de ne pas s'y conformer, le Conseil d'État, se prononçant sur les faits ci-dessus présentés, estime que « le droit pour le patient majeur de donner son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. En ne s'écartant des instructions médicales écrites dont M. C. était porteur lors de son accident que par des actes indispensables à sa survie et proportionnés à son état, alors qu'il était hors d'état d'exprimer sa volonté, les médecins de l'hôpital d'instruction des armées Sainte-Anne n'ont pas porté atteinte à ce droit, non plus qu'aux autres libertés fondamentales garanties par les stipulations internationales invoquées, d'atteinte manifestement illégale »[258]. La solution est claire lorsque la personne est « hors d'état d'exprimer sa volonté » et que les actes réalisés sont « indispensables à sa survie et proportionnés à son état », et qu'elle n'a donc pu réitérer son refus, comme l'exige la loi. Ainsi, pour en revenir à l'hypothèse de l'accouchement, si la femme est inconsciente (soit qu'elle ait perdu conscience, soit qu'elle soit sous anesthésie générale), la solution ne semble pas faire difficulté, encore que l'accouchement étant un évènement le plus souvent préparé en amont, le caractère indispensable et proportionné de la transfusion devrait sans doute être apprécié au regard de la possibilité d'une prise en charge alternative de la femme, dont la mise en place peut être anticipée dès lors que dans le cadre du

[257] CE, 20 mai 2022, n°46713
[258] C'est nous qui soulignons.

suivi de sa grossesse la femme a fait état de son opposition à une transfusion sanguine[259]. Mais cette solution peut-elle être maintenue lorsque la personne est consciente et donc, en principe, en mesure d'exprimer sa volonté ? Depuis 2016, la loi plaide nettement en faveur du respect de la volonté de la personne, mais l'inclination des juges nationaux à faire prévaloir la sauvegarde de la vie et les interrogations légitimes quant au caractère libre du consentement, face à un refus porté par le groupe auquel appartient la personne, pourrait néanmoins conduire à un maintien de la solution antérieure y compris en présence d'une personne consciente.

Refus de césarienne. Une autre situation délicate de refus au cours de l'accouchement est celle du refus de césarienne. En effet, il est communément admis qu'« une particularité essentielle de l'art obstétrical réside en ce qu'il est la seule discipline médicale amenée à s'occuper de deux êtres humains à la fois »[260]. Or il faut bien insister ici sur le fait que, du point de vue du droit, jusqu'à la naissance de l'enfant vivant et viable[261], il n'existe qu'une seule personne juridique, qu'un seul titulaire de droits face à l'équipe médicale : la femme. La césarienne en urgence, si elle peut être motivée par la survie de la mère, est souvent décidée en considération de la vie de l'enfant à naître. D'un point de vue strictement juridique, la situation paraît alors claire : l'intervention médicale sans le consentement de la personne, ici la césarienne, ne sera légale qu'en cas d'urgence vitale pour la mère et alors que celle-ci est hors d'état de donner son consentement. En effet, conformément à l'article 16-3 du Code civil : « 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 ».

Du côté du droit pénal, dès 1975, le juge pénal a clairement indiqué que « l'état de péril est un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque, selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves »[262]. C'est donc bien dans la personne de la mère, seule personne juridique présente avant la naissance, que doit être appréciée l'urgence. Cette situation juridique est bien comprise par certains professionnels de santé comme Michel Briex, gynécologue, qui la résume ainsi : « en ce qui concerne le fœtus, dans la mesure où il n'a dans le droit français pas d'existence légale avant sa naissance, la loi n'aborde pas son cas : une intervention chirurgicale ou tout autre acte non consenti ne peut être effectué sous la contrainte ou sans son consentement chez sa mère, même si le bébé est menacé »[263]. La césarienne réalisée en considération de la seule survie du bébé ne relève donc pas des hypothèses d'urgence prévues par la loi.

---

[259] Sur les protocoles alternatifs pouvant être mobilisés, voir par ex., Thuy N. Nguyen et Mark E. Boyd, « Prise en charge de l'hémorragie post-partum sans transfusions sanguines chez les Témoins de Jéhovah », *J. Obstet. Gynaecol. Can.*, juin 2019, 41(6) : 745-746

[260] F. Leroy, *op.cit*, p.9

[261] La naissance de l'enfant vivant et viable est en effet une condition d'acquisition de la personnalité juridique. Articles 318 et 725 du Code civil.

[262] T. corr. Rouen, 9 juill. 1975 ; JCP 1976, II, 18258, note R. Savatier ; *RSC* 1976, 276, obs. G. Levasseur. C'est nous qui soulignons

[263] M. Briex, « Refus de soins », *Spirale*, vol. 87, n°3, 2018, pp.136-140.

Le CCNE en convenait d'ailleurs dès 2005 envisageant la situation dans une section intitulée « césarienne en dehors du contexte d'urgence et enfant à naître »[264], mais entendait néanmoins légitimer la césarienne imposée, en pratique, à la femme par le corps médical :

> « La liberté de la mère qui revendique la possibilité de la refuser en toute connaissance de cause (c'est-à-dire informée éventuellement dans sa langue) est soumise au regard de la société qui peut considérer que ce refus la met en cause toute entière et ne se résume pas au simple choix de la mère seule. Il en est de même pour une femme enceinte qui refuserait une intervention chirurgicale pour son fœtus. Nul ne peut lui imposer une intrusion dans son corps, mais là encore, la société peut exprimer avec force que la protection de l'enfant qu'elle a choisi de faire naître et dont elle est la garante devrait pouvoir être entendue. Ainsi le traitement de l'infection VIH chez une femme enceinte semble s'imposer dans la mesure où ce traitement a quasiment fait disparaître la transmission de l'infection au nouveau-né, mais il ne peut évidemment faire l'objet d'une contrainte légale... »[265].

Statut spécifique de l'embryon et du fœtus. Ce qui est mis en avant en 2005 par le CCNE, c'est le statut particulier de l'embryon et du fœtus : ils ne relèvent certes pas de la catégorie juridique des personnes, mais ils ne sont néanmoins pas des choses comme les autres[266]. Ils font l'objet d'un ensemble de dispositions juridiques spécifiques entendant leur garantir une certaine protection. Il en va ainsi par exemple du délai légal d'interruption de la grossesse, mais il faut bien remarquer que les sanctions pénales prévues en cas de non-respect de ce délai ne concernent pas la femme. Elles concernent uniquement les personnes ayant pratiqué l'interruption de grossesse sur la femme[267] ou lui ayant fourni « les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même. (…) En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte »[268]. Il n'en demeure pas moins que la protection (toute relative) dont bénéficie le fœtus pourrait être une limite face à la liberté de la femme sur son corps.

En particulier, il est possible de se demander si l'atteinte forcée à l'intégrité physique de la femme ne pourrait pas être couverte par les dispositions de l'article 122-7 du Code pénal. Aux termes de cet article : « 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 ». L'état de nécessité permet à l'auteur d'une infraction de s'exonérer de sa responsabilité pénale en arguant du fait qu'il a dû sacrifier la valeur protégée par l'infraction pour garantir la protection d'une valeur encore supérieure. Dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, il s'agirait d'admettre l'atteinte à l'intégrité de la mère par le recours à un acte comme l'épisiotomie ou la césarienne pour sauver la vie de l'enfant à naître. Le fœtus n'étant que *pars vicerum matris* tant qu'il n'est pas né vivant et viable, il ne peut prétendre à la qualité de « personne juridique », il n'est pas un « autrui ». La solution est constante depuis l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation

---

[264] CCNE, avis n°87, op. cit., p.12
[265] *Ibid* p.13
[266] X. Labbée, « L'enfant "in utero", personne par destination ? », ART. 16 à 16-14 Fasc. 54 : Respect et protection du corps humain, *JurisClasseur* Civil Code, 30 mai 2022
[267] L'article L.2222-2 du code de la santé publique vise expressément « l'interruption de la grossesse d'autrui ».
[268] Article L.2222-4 du code de la santé publique.

du 29 juin 2001[269]. De même, si le fœtus se trouve mécaniquement placé dans la catégorie juridique des choses, il paraît acquis qu'il ne relève pas en son sein de la catégorie des biens, c'est-à-dire des choses appropriables ou appropriées[270].
Cependant, il est admis, aux termes de l'article 122-7 du Code pénal précité, qu'une infraction puisse être commise, y compris pour protéger un bien. Par ailleurs, s'il est acquis que le fœtus n'est ni une personne ni un bien, la valeur de sa protection pourrait être considérée comme se situant entre la protection d'une vie humaine et celle d'un bien et donc entrer dans le champ des dispositions de l'article 122-7 du Code pénal. D'autant que si l'interprétation stricte de la loi pénale fait obstacle à ce qu'un texte répressif fasse l'objet d'une interprétation extensive, la règle est différente pour les textes favorables à la personne poursuivie en ce qu'ils limitent le champ de la répression pénale. Tel est précisément le cas de l'article 122-7 du Code pénal. Si la protection d'un fœtus était admise sur le fondement de l'état de nécessité, il faudrait toutefois s'assurer que les moyens mis en œuvre sont demeurés proportionnés au but poursuivi. Selon une jurisprudence constante, les atteintes à l'intégrité d'une personne ne sont pas admises comme proportionnées pour justifier de la protection d'un bien. En revanche, la protection d'un fœtus pourrait éventuellement justifier des atteintes portées à l'intégrité de la mère, à condition qu'elles ne soient pas d'une gravité excessive. Si la position est juridiquement discutable, l'idée que la protection de la santé du fœtus constitue un état de nécessité justifiant certaines atteintes à l'intégrité physique de la mère correspond en toutes hypothèses à la manière dont ces situations sont vécues par les soignants qui conçoivent difficilement de respecter le refus de la mère quand un enfant est en souffrance *in utero*.

La primauté de principe du consentement face au risque pour le fœtus. Sauf à retenir l'état de nécessité, la lecture des dispositions légales indique que le refus de la femme devrait logiquement s'imposer aux médecins, y compris lorsque ce refus met en péril la vie de l'enfant à naître. Ce cadre juridique invite donc, une fois encore, à utiliser le temps de la préparation à l'accouchement et le projet de naissance comme support d'une discussion entre la femme (plus largement le couple) et l'équipe médicale afin d'anticiper la possibilité d'une césarienne ou de tout autre acte invasif, comme une épisiotomie et, en cas de refus exprimé par la femme, d'ouvrir un temps d'échange en vue de trouver la solution acceptable pour tous. Mais la pratique judiciaire vient nuancer grandement la lettre de la loi. En effet, les juges se montrent plutôt récalcitrants à condamner les professionnels de santé ayant négligé, en cours d'accouchement, de recueillir le consentement ou étant passé outre un refus clairement exprimé. Le geste va souvent être considéré comme normal et justifié pour faciliter la sortie du bébé, sans réelle considération pour l'existence ou non d'un consentement de la patiente et de l'atteinte très sérieuse à l'intégrité physique qu'elle a subi (la césarienne implique l'incision de la peau, de l'utérus et parfois encore des muscles abdominaux ; l'épisiotomie consiste à couper la mère depuis l'entrée du vagin en direction de la région ischiatique). Cette appréciation judiciaire, très indulgente pour les professionnels de santé face à une atteinte non consentie à l'intégrité de la femme et en dehors du cadre légal de l'urgence, repose le plus souvent sur l'avis d'un expert médical et est à mettre en lien avec les effets de la médicalisation précédemment évoqués : socialement, le fœtus devient une personne bien avant sa

[269] A.P., 29 juin 2001, pourvoi n°99-85973, la solution est toutefois régulièrement critiquée.
[270] V. en ce sens Civ. 1re, 15 juin 2022, pourvoi n°21-17.654 affirmant que les gamètes ne sont pas des biens au sens de l'article 1er du 1er protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. *A fortiori*, le fœtus ne devrait pas davantage être considéré comme un bien.

naissance et la femme est corrélativement assignée à son rôle de mère en devenir, justifiant d'attendre d'elle qu'elle fasse passer l'intérêt de son enfant à naître avant le sien.

La jurisprudence semble d'ailleurs sur ce point faire écho à ce que relevait le CCNE en 2005 : « Certains obstétriciens considèrent que la femme qui, au moment du travail, refuse une césarienne, n'est plus en situation de donner un consentement ou un refus éclairé. Ce refus qui met en cause l'enfant à naître, ne peut être considéré comme l'expression d'une totale liberté à respecter. La société doit en l'occurrence protéger le plus faible c'est-à-dire l'enfant à naître »[271]. Cela revient à dire que quelles que soient les circonstances de la grossesse, les convictions et les conditions de vie de la femme enceinte, l'expression de sa liberté ne peut consister qu'en l'acceptation de la soumission de son corps aux interventions médicales les plus intrusives dès lors qu'il y va de la santé de l'enfant ; son refus constituerait à lui seul la preuve de son incapacité à consentir. Une application plus rigoureuse de la loi doit prévaloir. Des médecins, à l'instar du Dr. Briex précédemment cité, ont souligné les vertus de l'évolution législative qui invite le corps médical à ne pas se cantonner à ses protocoles et ses convictions, mais à entrer en dialogue avec la personne, ce dialogue trouvant comme support privilégié le projet de naissance dans le cadre de la grossesse et de l'accouchement. Mais y compris lors de l'accouchement, et quoi que l'évènement puisse conduire, notamment eu égard à son intensité, à considérer la parturiente comme en situation de vulnérabilité, la femme ne saurait, de ce seul fait, être considérée comme incapable de consentir. L'incapacité correspond au contraire à des situations bien précises et, en matières gynécologique et obstétricale, conduit à des restrictions de l'autonomie qui sont au demeurant très limitées.

§2. Une incapacité juridique restreinte en matières gynécologique et obstétricale

En droit, le principe est celui de la capacité juridique et donc de l'aptitude de chaque personne à consentir valablement à un acte, au premier rang desquels l'acte contractuel. Ainsi, l'article 1145 du Code civil dispose que « toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ». Ces incapacités sont au nombre de deux : l'incapacité tenant à l'état de minorité de la personne et l'incapacité juridiquement constatée, donnant lieu à l'établissement d'un régime de protection[272]. Cette protection juridique peut être assurée par le biais d'une assistance à la personne ou de sa représentation tant pour les décisions d'ordre patrimonial que, le cas échéant, pour les décisions relatives à sa personne et donc, en principe, pour les décisions relevant du champ médical. Or non seulement le droit ménage en la matière une place de plus en plus importante à la parole de la personne frappée d'incapacité juridique, mais encore cette sphère d'autonomie se trouve encore renforcée pour les questions touchant à la sexualité et donc, en matière médicale, pour les décisions à prendre en matière gynécologique et/ou obstétricale. C'est en tous cas le sens de la loi, tant pour les mineures non émancipées (A) que pour les majeures protégées (B). Mais sa mise en œuvre ne va pas sans soulever certaines difficultés.

[271] CCNE, avis n°87, *op. cit.*, p.8

[272] Ces textes ont pour objet de protéger la personne majeure pleinement capable, ne bénéficiant d'aucune mesure de protection et qui se trouve sous l'emprise d'un trouble mental au moment de conclure un acte juridique.

A. Les personnes mineures non émancipées : entre autonomie et protection de l'enfance

Le droit français établit avec l'âge légal de la majorité un seuil faisant passer toute personne d'un statut d'incapable juridique jusqu'à son 18e anniversaire à celui de capable juridique par principe[273]. Cette incapacité a un objectif de protection de la personne en raison de son immaturité et des risques que cette immaturité comporte pour elle. Aussi, les décisions concernant sa personne ou son patrimoine sont en principe prises par un représentant : les parents lorsqu'ils exercent l'autorité parentale ou un tuteur. Mais, gagnant en âge, le mineur gagne également en maturité et développe son discernement : l'enfant de 3 ans n'a que peu à voir en la matière avec l'adolescent de 16 ans, quoiqu'ils soient tous deux mineurs et donc en principe frappés d'incapacité juridique. Cette évolution du discernement au sein de la minorité est prise en compte de manière générale par le droit via, par exemple, l'article 1148 du Code civil qui dispose : « toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales ». Au-delà de cette capacité ponctuelle et progressive, la loi française entend assurer le respect de la personne du mineur au-delà de la seule volonté des adultes qui s'en occupent et invite donc toujours à associer le mineur aux décisions qui le concernent. Le droit français reprend au demeurant sur ce point les exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989[274]. L'article 371-1 du Code civil, relatif à l'autorité parentale, précise ainsi que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Affirmée de façon générale dans le Code civil, ce principe d'association se retrouve logiquement dans le Code de la santé publique qui, régissant la relation médicale, encadre les atteintes au corps, à l'intégrité de la personne[275]. Il s'y trouve même renforcé. En effet, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique énonce que le consentement du mineur « doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision » et l'article L.1111-2 du même code précise quant à lui que « les mineurs ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité ». L'information et le consentement, droits fondamentaux reconnus aux usagers des services de santé pour favoriser l'exercice de leur autonomie dans les prises de décisions relatives à leur santé, le sont également au profit des mineurs, quoique dans une forme souvent atténuée du fait de la représentation juridique du mineur par son ou ses représentants légaux. Il en résulte d'ailleurs une sorte de dédoublement : les représentants légaux du mineur conservent leur pouvoir décisionnel en matière de santé de l'enfant de sorte que c'est à eux qu'il appartient de consentir à l'acte et qu'ils sont corrélativement titulaires du droit à l'information sur la santé du mineur ; mais en parallèle, le mineur a le droit d'être informé personnellement et son consentement doit également être recherché, dans la mesure du possible[276].

Schématiquement, trois hypothèses se dessinent alors : une première où le mineur est considéré inapte à donner son consentement, voire même à recevoir une information, et où la décision

[273] Il faut distinguer le mineur non émancipé du mineur émancipé qui, suite à son mariage ou à une décision de justice, est reconnu pleinement capable juridiquement (à quelques aménagements près).
[274] Convention relative aux droits de l'enfant, dite Convention de New York, ONU, 1989, notamment en ses articles 12 et 16.
[275] Pour une présentation juridique et sociologique, v. par ex., E. Rude-Antoine, « Le droit du patient mineur », *Journal du droit des jeunes* 2012/3 (n°313), pp.19 à 24
[276] Voir également le Code de déontologie médicale, art. R. 4127-42 CSP.

médicale reviendra à ses représentants légaux, sans intervention de sa part ; une seconde où le mineur est considéré apte à donner son consentement en plus de celui de ses parents et, corrélativement, à recevoir personnellement une information. Le droit médical ménage en outre une troisième hypothèse, qui se rencontre fréquemment en matière de gynécologie et d'obstétrique : celle de la décision appartenant exclusivement à la personne mineure. Ce dispositif juridique, pris dans sa globalité, tente de ménager un équilibre dans la décision médicale en incitant à une collaboration entre les représentants légaux, le mineur et les professionnels de santé. La place laissée à chacun devant permettre une décision la plus adaptée aux intérêts du mineur en évitant qu'une situation de blocage puisse venir compromettre une bonne prise en charge de la santé de l'enfant. La configuration est cependant complexe : les difficultés déjà évoquées en matière d'information et de consentement sont exacerbées sans que le cadre juridique ne permette toujours d'y répondre.

La décision n'appartenant pas à la personne mineure. S'agissant de la gynécologie et de l'obstétrique, il pourrait sembler que les mineurs concernés relèvent uniquement de la seconde hypothèse dans laquelle le mineur est considéré apte à donner son consentement en plus de celui de ses parents. Or, il n'en est rien. de nombreuses affections pouvant en effet conduire à une consultation de gynécologie pédiatrique (infection de la vulve, coalescence des petites lèvres, kystes, cancer, etc.)[277]. Le déroulé de cette consultation doit alors être adapté pour ne pas traumatiser les enfants. Ainsi, il a pu être recommandé que l'examen génital ne soit pratiqué qu'en toute fin de consultation, uniquement s'il est nécessaire et jamais de force (au besoin, il est préférable de reporter l'examen à un entretien ultérieur)[278]. La présence du parent lors de l'examen gynécologique, recommandée en principe pour les petits (sauf suspicion de violences) constitue au contraire l'exception à compter de la puberté. Ainsi, même si de nombreuses jeunes femmes sont amenées pour la première fois en consultation de gynécologie par leur mère[279], la HAS recommande aux professionnels de santé de recevoir l'adolescente de préférence sans ses parents ou, *a minima*, de proposer un temps de consultation uniquement avec elle[280]. Tant l'anamnèse que les besoins et la volonté de la jeune femme seront ainsi plus facilement entendus par le professionnel de santé, conformément à ce que nous verrons juste après.

Mais la sexualité ne détermine pas le point de départ des questions de santé gynécologique et des décisions majeures concernant l'intimité sexuelle du mineur peuvent ainsi être prises, parfois dès la naissance de l'enfant. Les débats qui se sont déroulés lors de la révision de la loi de bioéthique de 2021 ont ainsi porté sur les actes chirurgicaux de normalisation sexuelle pratiqués sur des enfants et des nouveau-nés intersexes[281], c'est-à-dire des bébés nés avec des organes sexuels (internes ou externes) atypiques, par exemple des attributs plus ou moins développés des deux

[277] Z. Chakhtoura, A. Simon, C. Duflos, E. Thibaud, « Gynécologie de l'enfant et de l'adolescente », *Journal de pédiatrie et de Puériculture*, Vol. 26, Issue 1, Fev. 2013, pp.38-56.
[278] « Approche déontologique de l'examen génital de l'enfant » *Paeditr. Child. Health*, 1999 Jan-Feb ; 4(1) :72, French, PMCID : PMC2828230
[279] A. Koechlin, *La norme gynécologique*, *op. cit.*, p.37 et s. ; « La consultation gynécologique, une instance paradoxale dans la socialisation des jeunes femmes à la sexualité », *Terrains et travaux*, n°40, 2022/I, p.21-42.
[280] HAS, *Contraception chez la femme adulte et l'adolescente en âge de procréer (hors post-partum et post-IVG)*, recommandation de bonne pratique, 17 septembre 2019.
[281] V. par exemple, M.-X. Catto, « La loi de bioéthique et les intersexes », *JDSAM*, 2020/1, n°25, pp.64-76 ;

sexes[282]. De nombreuses instances, nationales et internationales, recommandent que ces interventions systématiques, constitutives de mutilations génitales, soient interdites à l'exception des actes nécessaires à la vie de l'enfant[283]. Telle n'est cependant pas la position retenue par la loi de bioéthique de 2021, le nouvel article L.2131-6 du Code de la santé publique n'interdisant pas, par principe, la pratique d'actes chirurgicaux en dehors d'une situation d'urgence vitale pour l'enfant, mais introduisant toutefois un nouveau paradigme, celui de « l'abstention thérapeutique » et en imposant que la décision médicale soit prise à l'issue d'une procédure collégiale. Ces dispositions légales ont par la suite été précisées par l'arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital. S'il convient d'intervenir sans délai en cas d'urgence vitale, toute intervention doit au contraire faire l'objet d'un processus de concertation dans les autres situations[284]. En principe, le choix appartient aux parents, représentants légaux de l'enfant, ce dernier étant impliqué en fonction de son degré de discernement. L'arrêté précise ainsi que « lorsqu'un traitement spécifique de la variation du développement génital est envisagé, l'enfant et ses parents disposent de toutes les informations leur permettant d'apprécier le motif médical très sérieux qui le motive et ses conséquences. L'histoire naturelle de la variation sans intervention dans l'état des connaissances scientifiques et les risques de complications des traitements médicaux et chirurgicaux envisagés, notamment les risques de reprises chirurgicales, font l'objet d'une information spécifique, claire, loyale et adaptée. Le consentement des parents est recueilli par écrit et confirmé par écrit au terme d'un délai raisonnable »[285]. L'arrêté souligne donc la gravité de la décision par la nécessité pour les parents de réitérer leur consentement après un temps : une décision est donc prise, mais laissée en suspens afin de permettre à ses auteurs de bien en prendre la mesure pour la confirmer, ou non. Mais surtout, l'arrêté précise que « la seule finalité de conformation des organes génitaux atypiques de l'enfant aux représentations du féminin et du masculin ne constitue pas une nécessité médicale. Il convient d'attendre dans ce cas que le mineur soit apte à participer à la décision »[286]. Ainsi, en principe, dès lors qu'il n'existe pas un motif médical très sérieux, aucune intervention ne pourra être décidée par les seuls parents, le mineur devant pouvoir prendre part à la décision.

Ainsi, le pouvoir et la responsabilité qui sont confiés aux parents quant à la santé de leur enfant n'est cependant pas sans limite. Les professionnels de santé sont, en outre, tenus par l'adage *primum non nocere* leur interdisant de faire courir à leurs patients des risques inconsidérés. Cet adage se

---

[282] ONU, « Les personnes intersexuées sont celles dont les caractéristiques physiques ou biologiques, telles que l'anatomie sexuelle, les organes génitaux, le fonctionnement hormonal ou le modèle chromosomique, ne correspondant pas aux définitions classiques de la masculinité et de la féminité »

[283] Amnesty International, « « d'abord, ne pas nuire » : il faut garantir les droits des enfants nés intersexués », campagne 2017, v. www.amnesty.org/fr/latest/campaigns/2017/05/intersex-rights/; Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, «Promouvoir les droits humains et éliminer les discrimination à l'égard des personnes intersexes, résolution 2191 de 2017 ; Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées (2018/2878(RSP)) ; Conseil d'Etat rapport du 28 juin 2018 en vue de la révision de la loi bioéthique

[284] L'attitude à adopter ne fait en effet pas consensus au sein de la communauté médicale, v. par ex. L. Pepy, « Enfants intersexes : les interventions médicales précoces et la question du consentement en débat », *Le Monde*, 22 novembre 2021.

[285] Arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital en application de l'article L. 2131-6 du Code de la santé publique, NOR : SPRP2232078A, JORF n°0266 du 17 novembre 2022, Texte n° 42, Annexe III-2. voir L. Brunet et A. Gogos-Gintrand, « Changement de paradigme dans la prise en charge médicale des enfants présentant une variation du développement génital », *RDSS* 2023/2, pp.258-265.

[286] Annexe II-3, Arrêté du 15 novembre 2022 précité.

retrouve notamment dans le Code de déontologie médicale, l'article R.4127-40 du Code de la santé publique précisant que « Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». On peut également citer l'article R.4127-41 du même code qui précise qu'aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux, ou l'article R.4127-8 qui enjoint au médecin de limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Ces articles donnent un fondement juridique au refus formulé par le professionnel d'intervenir malgré la demande du patient. Appliqué aux nouveau-nés présentant une variation du développement génital (couramment appelés intersexes), ils lui permettent de refuser d'intervenir chirurgicalement dès lors que la vie de l'enfant n'est pas menacée, conformément aux préconisations internationales et malgré une éventuelle demande des parents. Corrélativement à cette possibilité de refus de la part du professionnel de santé, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique indique que « dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur si le patient est un mineur [...] risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur [...], le médecin délivre les soins indispensables » [287]. Cette fois-ci, le professionnel est autorisé à passer outre l'absence de consentement des parents, si leur adhésion ne peut finalement pas être obtenue, à agir pour la santé du mineur en dépit du choix des parents. Le professionnel de santé n'est donc pas absolument lié par les choix des parents et se voit attribuer un rôle de gardien de la santé de l'enfant contre ses parents ou son représentant légal. Ce rôle lui revient quel que soit l'âge de l'enfant. C'est également au professionnel de santé qu'il appartient de rester attentif à l'expression de la volonté de l'enfant doué de discernement, volonté qui peut ne pas coïncider avec celle de ses parents.

La décision incluant la personne mineure. On l'a vu, le droit demande que le consentement de la personne mineure soit recherché toutes les fois où son degré de maturité la rend apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. L'appréciation de la maturité, comme la recherche du consentement, appartiennent en principe au professionnel de santé. Cela lui permet, le cas échéant, de ne pas donner suite à une option médicale privilégiée par les parents, mais refusée par l'enfant. En ce sens, nous avons évoqué précédemment la recommandation de la HAS tendant à ce que l'adolescente qui se présente accompagnée de son représentant légal puisse être reçue seule par le professionnel de santé afin de favoriser l'expression de ses besoins et de sa volonté. Ainsi, alors que le représentant légal vient pour obtenir la prescription d'une contraception orale pour la jeune fille, celle-ci peut y être opposée et le colloque singulier entre la mineure et le professionnel de santé permet alors d'ajuster la prescription (ou l'absence de prescription) aux besoins et à la volonté de la jeune fille.

Néanmoins, il ne s'agit là que d'une possibilité dès lors que le consentement légitimant l'acte est celui des parents et que la loi reconnaît seulement à la personne mineure la faculté de participer à la décision, donc de faire entendre son avis et non de prendre la décision. Comme cela a pu être écrit à propos des enfants présentant des variations du développement génital, « La participation à la décision médicale reste toutefois une notion juridique floue. En particulier, se posera la question

[287] Voir l'arrêt de la CAA de Bordeaux relatif à une transfusion sanguine (CAA Bordeaux, 4 mars 2003, n°99BX02360).

de l'âge auquel un mineur sera jugé apte à prendre une telle décision pour lui-même. Le sera-t-il à partir de l'âge du discernement (vers sept ans) ? Faudra-t-il repousser jusqu'à la puberté ? »[288].

La coexistence d'un consentement des parents et de l'adhésion de la personne mineure ne constitue cependant pas toujours une garantie de la préservation des intérêts de la santé de l'enfant. La prise en charge de la dysphorie de genre a pu malheureusement en donner des exemples[289]. Néanmoins eu égard au caractère délicat du diagnostic – de nombreuses mises en garde sont actuellement lancées sur l'assimilation à de la dysphorie de genre de troubles de nature autistique[290] –, et à la gravité des traitements en jeu, la prudence dans la prise de décision doit être de mise, notamment du côté des professionnels de santé[291], conformément au principe *primum non nocere*.

Enfin, il faut envisager la situation dans laquelle la personne mineure entend consentir à une intervention à laquelle ses parents refusent de donner leur accord. Là encore, en principe, c'est la volonté des représentants légaux de la personne mineure qui devrait prévaloir. Mais il existe plusieurs exceptions. Il a déjà été évoquée la possibilité pour les professionnels de santé de passer outre le refus des parents en présence d'un risque grave pour la santé de la personne mineure. De même, les règles précédemment évoquées relatives à l'intervention médicale en situation d'urgence sont, bien sûr, applicables. En outre, en dehors de ces situations, le législateur a organisé la possibilité pour la personne mineure de prendre des décisions seule, en particulier pour les questions de santé ayant trait à la sexualité.

La décision prise par la personne mineure seule. Le législateur ménage une exception générale à la nécessité de rechercher le consentement des parents ou du représentant légal. L'article L.1111-5 du Code de la santé publique dispose en effet que « Par dérogation à l'article 371-1 du code civil, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé ». Bien sûr, les professionnels de santé doivent, dans un premier temps, tenter de convaincre la personne mineure d'impliquer ses parents afin de préserver les principes de l'autorité parentale et avec eux la relation parent/enfant ainsi que la protection légale de la personne mineure par les titulaires de l'autorité parentale, mais si elle réitère son refus, celui-ci doit être respecté. Faisant expressément référence aux sage-femmes, l'article entend explicitement favoriser le suivi gynécologique des mineures qui s'opposent à ce que leurs parents puissent être informés de leur démarche ou consultés sur la prise

---

[288] L. Brunet et A. Gogos-Gintrand, *op. cit.*, p.265

[289] Q. Alsedo, « Susana, la primera 'trans' arrepentida que reclama a la Sanidad publica por haberla operado : « Me arruinaron la vida » », *El Mundo*, 23 février 2023

[290] Transidentité, autisme et autres troubles du neurodéveloppement chez les mineurs : d'abord ne pas nuire, JIM, 25 février 2023, qui renvoie vers le document suivant : https://docs.google.com/document/d/1B4o9Osh8Kv3eGy9G9Zys_LOuhxySnxVidPIoObd0O0Y/edit

[291] V. par ex., Académie de médecine, *La médecine face à la transidentité de genre chez les enfants et les adolescents*, communiqué adopté le 25 février 2022 ; G. Bouillit-Chabert, Dysphorie de genre à l'adolescence : à partir d'une série de 49 situations à la Maison des Adolescents de Toulon. Sciences du Vivant (q-bio). 2022. Dumas-03888735 ; Gènéthique magazine, Dysphorie de genre chez les jeunes : la Suède mise sur la prudence, 2 janvier 2023, qui présente les grandes lignes d'un guide de prise en charge de la dysphorie de genre chez les mineurs publié le 16 décembre 2022 par la Direction nationale de la santé et des affaires sociales.

en charge. Une exception équivalente, quoique plus délimitée, est prévue pour l'infirmier à l'article L.1111-5-1 du même code. En effet, l'exception n'est alors prévue que « pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure ». Elle va concerner en premier lieu les infirmiers et infirmières scolaires, qui sont en général plus facilement accessibles pour les élèves que les professionnels libéraux notamment.

Ici encore, c'est la sauvegarde de la santé de la personne mineure qui justifie de déroger aux règles de l'autorité parentale, mais l'enjeu va au-delà du souci de protéger le mineur contre les choix de ses parents. Il s'agit cette fois de protéger l'intimité de la personne mineure qui, pour des raisons qui lui sont propres (situation de rupture avec ses parents, crainte de leur réaction, violences intrafamiliales, etc.), ne souhaite pas que ses parents soient informés de son état de santé ou de ses choix médicaux. Comme en atteste au demeurant la rédaction de l'article L.1111-5-1 du Code de la santé publique, le principe général de l'article L.1111-5 du même code trouve un champ d'application privilégié concernant la sexualité à compter de la puberté et les décisions médicales qu'elle peut entraîner : contraception, infections et maladies liées à l'activité sexuelle, grossesse, notamment[292]. Le législateur ne fait cependant pas fi de la vulnérabilité des mineures et impose en ce cas qu'elles se fassent accompagner d'un adulte de leur choix qui n'a pas vocation à consentir à l'acte médical, mais a uniquement pour rôle d'aider, d'assister et éventuellement de conseiller la personne mineure[293].

Ce principe général est repris à l'article L.2212-7 du Code de la santé publique pour l'accès de « la femme mineure non émancipée » à une interruption volontaire de grossesse (IVG). L'article énonce en effet que « si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite ». L'article poursuit : « si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, [...]. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix ».

Le législateur va plus loin encore concernant la contraception. Soucieux de prévenir chez les jeunes filles les grossesses non désirées et les interruptions volontaires de grossesse, il leur reconnaît une pleine autonomie pour l'accès à la contraception. L'article L. 5134-1, I du Code de la santé publique énonce ainsi que « le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures ». La personne mineure peut donc librement solliciter la délivrance d'un contraceptif, à l'exception de la stérilisation contraceptive qui suppose d'être majeur. Afin de faciliter encore cet accès, de nombreux professionnels de santé sont autorisés à remettre un mode de contraception à la jeune femme. Elle peut ainsi s'adresser à un centre de PMI

[292] V. par exemple concernant la grossesse, F. Rogue, « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS*, 2016, p.722.

[293] Cet accompagnant majeur n'a au demeurant pas la qualité de personne de confiance dès lors que l'article L.1111-6 du Code de la santé publique ne reconnaît qu'aux majeurs la possibilité d'en désigner une.

et de planification, d'éducation et de conseil familial, à une maison des adolescents, à un médecin ou une sage-femme dans un cadre libéral ou hospitalier, à un pharmacien ou à un infirmer, y compris un infirmier scolaire, pour la contraception d'urgence[294]. Cette délivrance de contraceptifs ainsi que la réalisation d'examens biologiques associés et leurs prescriptions sont « protégées par le secret pour les personnes mineures ». Ainsi, non seulement les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas sollicités pour la prise de décision, mais encore le droit – que leur confère en principe l'exercice de l'autorité parentale – à être informés des données concernant la santé de leurs enfants est ici écarté, les professionnels de santé étant tenus y compris à leur endroit par le secret professionnel. Mais, « il ne suffit pas de dire que l'adolescente peut se faire prescrire un contraceptif sans autorisation de ses parents. Encore faut-il que ces derniers n'en soient pas informés par les services de l'État, et en particulier par les organismes de sécurité sociale qui remboursent les soins et médicaments prescrits aux assurés sociaux et leurs ayants droits »[295], aux parents et à leurs enfants dans notre hypothèse. C'est pourquoi le législateur a organisé la gratuité de la prise en charge : la consultation annuelle et les examens de biologie médicale éventuellement requis pour la prescription d'un contraceptif sont gratuits pour les mineures de 15 ans à 26 ans (hors dépassement d'honoraires)[296] ; la contraception d'urgence est remise gratuitement y compris par le pharmacien qui adresse à la caisse d'assurance maladie une facture établie sur une feuille de soins ne comportant pas l'identification de l'assuré et du bénéficiaire[297]. Comme le résume Claire Neirinck, « tout est fait pour que la contraception ne soit pas soumise, dans son principe comme dans sa réalisation, à l'autorité parentale »[298]. Aurore Koechlin a cependant pu montrer comment l'autorité des parents laisse la place en matière de contraception à l'autorité des professionnels de santé, à la fois pour responsabiliser les jeunes femmes en matière de santé sexuelle et reproductive et, parfois également, concernant la pratique de la sexualité[299].

Une pleine autonomie est également reconnue à la personne mineure, de façon générale cette fois, lorsque ses liens de famille sont rompus. L'article L.1111-5 du Code de la santé publique prévoit alors en son dernier alinéa que si cette personne mineure « bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis ». Le droit de la sécurité sociale vient donc au renfort de l'autonomie du mineur en rupture avec sa famille : le fait qu'il soit le bénéficiaire des remboursements de l'Assurance maladie lui permettant d'être pleinement autonome face à sa santé, notamment pour les actes relatifs à la grossesse.

---

294 Articles D.5134-1 et s. du Code de la santé publique.

295 F. Rogue, « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *op. cit.*

296 Article R.160-17 I 5e du Code de la sécurité sociale.

297 Article D.5134-3 du Code de la santé publique. Un dispositif similaire est prévu de manière générale : si la mineure le demande, aucune mention de son identité ne sera divulguée et il ne sera pas fait mention des actes et consultations, contraceptifs sur les relevés de remboursement de l'assurance maladie. https://www.ameli.fr/sites/default/files/Documents/modalites-facturation-contraception-medecins-sf-labo.pdf.

298 Cl. Neirinck, « Répertoire de droit civil ; Enfance – L'enfant, de la dépendance à l'autonomie », *Dalloz*, actualisation 2022, §812.

299 A. Koechlin, « La consultation gynécologique, une instance paradoxale dans la socialisation des jeunes femmes à la sexualité », *Terrains et travaux*, n°40, 2022/I, p.21-42.

La grossesse est au demeurant un exemple intéressant en ce qu'elle est susceptible de voir s'articuler plusieurs des dispositifs précédemment évoqués[300]. Rappelons tout d'abord que les jeunes filles mineures représentent 0,6% des femmes enceintes à l'échelle nationale et que certaines d'entre elles ne sont pas âgées de plus de treize ans. Or, la jeunesse de la femme n'est pas sans incidence sur le déroulement de la grossesse et de l'accouchement puisqu'il est constaté un surrisque d'accouchement prématuré, de retard de croissance intra-utérin, de mort fœtale *in utero*, etc. Par ailleurs, la prise en charge s'avère souvent également plus délicate tant en considération d'éventuelles difficultés familiales ou psychosociales que d'une tendance générale de ces jeunes femmes à être moins assidues dans leur suivi obstétrical[301]. Faisant application des principes précédemment présentés, nous pouvons dégager schématiquement trois hypothèses.
La première hypothèse concerne la mineure en rupture avec sa famille et qui dispose donc personnellement ou peut prétendre disposer de la CMU. En ce cas, toutes les décisions relatives à sa grossesse seront prises par la jeune femme, seule. La deuxième hypothèse concerne la mineure qui n'est pas en rupture, mais qui ne souhaite pas que sa famille soit informée de sa situation. Elle peut alors demander à bénéficier des dispositions des articles L.1111-5 et L.1111-5-1 du Code de la santé publique. Il lui sera cependant demandé de se faire accompagner par une personne majeure. A nouveau, les décisions seront prises par elle uniquement. Il est toutefois à noter que si, par ses choix, elle met sa vie en danger ou si elle demande à bénéficier d'un hébergement, les services sociaux seront tenus d'avertir ses parents, titulaires de l'autorité parentale. La troisième hypothèse concerne la mineure qui n'est pas en rupture avec ses parents. En ce cas, le choix de poursuivre ou non sa grossesse lui revient exclusivement, mais la réalisation des actes de suivi obstétrical requiert en principe le consentement de ses représentants légaux, alors que le choix d'accoucher ou non sous X appartient à elle seule[302].

Si le cadre textuel favorise donc une grande autonomie de la personne mineure face à sa grossesse, la réalité pratique doit être nuancée, comme le montre la sociologue Mariette Le Den[303]. La grossesse des personnes mineures est largement présentée comme un problème public. Le choix de l'adolescente de poursuivre sa grossesse alors qu'elle peut l'interrompre sera donc le plus souvent fortement remis en question par les professionnels, révélant plus généralement le point d'équilibre extrêmement subtil entre respect de l'autonomie de la mineure dans les décisions relatives à sa vie sexuelle et reproductive, accompagnement de celle-ci dans ses choix, éducation à la santé sexuelle et reproductive et protection de l'enfance. Le respect de la personne du mineur par les professionnels de santé n'en est que plus important car il va avoir une influence déterminante sur le rapport qu'elle entretiendra par la suite à son corps, ainsi que sur la confiance qu'elle accordera ou non aux professionnels de santé et, partant, sur son inclination à poursuivre ou au contraire à interrompre tout suivi gynécologique.

300 F. Rogue, *op. cit.*
301 Département de Seine Saint Denis, Accompagnement pluriprofessionnel des mineures enceintes. Guide pratique à l'usage des professionnel·les, 2018
302 F. Rogue, *op. cit.*
303 M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France. Enjeux et modalités de leur mobilisation dans la mise en place d'une politique de prévention », *Sciences Sociales et Santé*, Vol. 30, n°1, mars 2012, pp.85-102

B. Les majeures protégées : insuffisance et inadéquation de la prise en charge

Alors que la minorité est un état d'incapacité juridique de principe, mais provisoire et dont l'étendue pratique tend à se restreindre à mesure que l'enfant grandit pour atteindre une quasi capacité à l'adolescence, notamment quant à sa santé gynécologique et obstétricale, l'incapacité du majeur constitue une exception au principe de capacité juridique de l'article 414 du Code civil et, à ce titre, doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Rappelons à cet égard que « l'incapacité est en droit français une notion tout à fait limitée qui suppose une décision judiciaire du juge des tutelles et ne concernera, strictement entendue, que la personne placée sous tutelle ou sous curatelle »[304], le cas échéant la personne placée sous habilitation familiale. Cette incapacité ne peut être prononcée qu'en cas de nécessité médicalement constatée et la mise en place d'une mesure de protection doit répondre aux exigences de subsidiarité et de proportionnalité[305]. Ainsi, la protection ne doit pas excéder ce qui est nécessaire compte tenu de l'état de la personne, l'autonomie de cette dernière devant, autant que faire se peut, être préservée. La mesure de protection peut concerner soit la personne elle-même, soit ses intérêts patrimoniaux, soit les deux[306]. Il existe quatre mesures de protection qui peuvent être ordonnées : la sauvegarde de justice qui correspond schématiquement à un mécanisme de protection *a posteriori* dans lequel la personne est juridiquement capable, les actes qu'elle conclut pouvant toutefois être remis en cause en cas d'excès ; la curatelle qui permet à la personne de bénéficier d'une assistance, mais lui laisse, en principe, la possibilité d'exercer personnellement ses droits ; la tutelle qui conduit à une représentation de la personne protégée et l'habilitation familiale qui peut emprunter à la curatelle ou à la tutelle. Toutefois, et quel que soit le régime de protection considéré, l'article 458 du Code civil réserve une sphère de capacité à la personne protégée : « l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ». Cet article renvoie à ce que certains auteurs ont pu qualifier de capacité naturelle dont aucune personne ne peut être privée dans la mesure où sont en cause des droits et des prérogatives liés à la nature humaine elle-même[307]. Cette capacité naturelle semble devoir trouver à s'affirmer particulièrement dans le domaine médical. Comme le relevait Jacques Massip, « le consentement d'une personne à un traitement médical relève au premier chef de la sphère personnelle et il convient, plus que dans tout autre domaine, de faire la part la plus large à l'autonomie de la volonté de l'intéressé, fût-elle en tutelle »[308].

En ce sens, l'article 16-1 du Code civil, qui pose le droit de chacun au respect de son corps, plaide en faveur d'une capacité naturelle pour les décisions en matière de santé, mais l'article 458 n'y fait pas référence. Il faut néanmoins garder à l'esprit que la liste des actes visés à l'article 458 du Code civil n'est pas exhaustive et certaines décisions médicales relèvent à n'en pas douter de ses

304 J. Hauser et J.-M. Plazy, « L'usager incapable », *Gérontologie et Société*, 2005/4 (vol. 25/n°115), pp.101-115, p.102.
305 Articles 425 et 428 du Code civil.
306 Articles 415 et 425 du Code civil
307 F. Bétaillole-Gonthier, La capacité naturelle, thèse, Bordeaux 4, 1999 ; J. Hauser et J.-M. Plazy, « L'usager incapable », *op. cit.*, p.104
308 J. Massip, *Les incapacités. Etude théorique et pratique*, Defresnois, 2002, n°219

dispositions, par exemple l'interruption volontaire de grossesse. C'est ce que l'article 459 du Code civil, qui concerne sans équivoque les décisions médicales, est venu confirmer, posant un principe assorti d'une exception. Le principe est celui de la capacité, la personne protégée pouvant prendre « seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Ce n'est donc que « lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée » qu'elle pourra soit être assistée par la personne en charge de sa protection, soit, si cette assistance ne suffit pas (notamment en cas de tutelle ou d'habilitation familiale), être représentée par cette personne « y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». Encore le texte ménage-t-il la situation de désaccord entre la personne protégée et la personne en charge de sa protection, le juge devant alors autoriser l'une ou l'autre à prendre la décision. Seule l'urgence permet à la personne chargée de la protection du majeur de prendre seule « une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée ». Ces règles posées dans le Code civil se retrouvent dans le Code de la santé publique où elles sont notamment déclinées concernant l'information et le consentement.

Concernant l'information, l'article L.1111-2 du Code de la santé publique prévoit qu'elle soit délivrée au majeur protégé de manière adaptée à sa capacité de compréhension. Si le majeur fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation alors l'information est également partagée avec la personne en charge de cette mesure. Dans le cas où la personne fait l'objet d'une mesure d'assistance, alors la personne en charge de cette assistance n'est informée que si le majeur y consent expressément.

Concernant le consentement, le législateur ne précise la situation que pour le majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation, de sorte que le majeur bénéficiant d'une mesure d'assistance relève des dispositions générales et est, *a priori*, considéré comme apte à consentir seul. Lorsque le majeur fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, il consent à l'acte médical s'il est en mesure d'exprimer sa volonté. Pour ce faire, il peut être assisté de la personne chargée de sa protection. Dans le cas contraire, il revient à cette personne de consentir à l'acte médical. Si le majeur et la personne en charge de sa protection sont en désaccord quant à la décision à prendre, alors, conformément à la règle inscrite dans le Code civil, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique indique que c'est le juge qui tranchera la question, sauf cas d'urgence dont les conséquences ont été envisagées précédemment et qui s'applique également aux personnes protégées. Lorsque la personne chargée de la protection juridique met en danger la santé du majeur protégé, en rejetant un traitement, le médecin peut délivrer les soins indispensables afin d'en éviter les conséquences graves.

La situation va donc dépendre de l'état de la personne, eu égard à la nature de la mesure de protection dont elle est l'objet et à l'évaluation qu'en font les professionnels de santé au moment de la prise de décision médicale. Ainsi, en principe, les personnes bénéficiant d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle ou d'une habilitation familiale correspondant à une mesure d'assistance, sont considérées comme apte à consentir seules aux décisions concernant leur santé et donc aux décisions de nature gynécologique ou obstétricale. Concernant les personnes sous tutelle ou faisant l'objet d'une mesure d'habilitation familiale avec représentation, elles pourront consentir personnellement toutes les fois où leur état le leur permet. Il est à noter que pour certaines

interventions, le consentement de la personne protégée n'est pas susceptible de représentation en ce qu'elles relèvent des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil. Il a déjà été évoqué l'interruption volontaire de grossesse pour laquelle, contrairement à la personne mineure, aucune disposition particulière n'est prévue pour les personnes majeures protégées. Néanmoins, l'article 223-10 du Code pénal, reproduit à l'article L.2222-1 du Code de la santé publique, punit de 75.000 € d'amende et de cinq ans d'emprisonnement l'interruption de grossesse pratiquée sans le consentement de l'intéressée. Le consentement personnel de la majeure protégée doit donc toujours être obtenu. Il en va de même du recours à l'assistance médicale à la procréation. L'article L.2141-2 du Code de la santé publique ne prévoit aucune modalité particulière pour les personnes protégées et le consentement qu'il requiert doit donc être personnel. Au demeurant, l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, qui permet, en cas de traitement susceptible d'altérer la fertilité, l'autoconservation des gamètes et des tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure d'une AMP, affirme clairement que « s'agissant des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, l'article 458 du code civil s'applique ».
A l'inverse, certains actes sont jugés trop invasifs et/ou irréversibles pour en laisser la totale discrétion au majeur protégé, quelle que soit la mesure de protection dont il bénéficie. C'est notamment le cas de la stérilisation à visée contraceptive, acte médical qui a pu par le passé être mis en œuvre à des fins eugénistes[309]. Le Code de la santé publique pose à titre de principe une interdiction générale : la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée « sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique ». Cet interdit peut être dépassé « lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ». Dans ce cadre, la personne protégée ou celle chargée de sa protection juridique avec représentation doit saisir le juge des tutelles. Pour parvenir à sa décision le juge doit consulter un « comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique » (article L.2123-1 du Code de la santé publique). Enfin, le juge ne peut se prononcer qu'après avoir recueilli la volonté du majeur, étant précisé que le refus de la personne protégée ou la rétractation de son consentement doivent impérativement être respectés.

En pratique, l'exercice de cette autonomie par la personne protégée soulève certaines difficultés au premier rang desquelles l'appréciation du caractère libre du consentement. En effet, les choix reproductifs d'une personne protégée peuvent, comme pour la personne mineure, inquiéter son entourage, la personne chargée de sa protection et, plus généralement, son environnement social, notamment l'institution où elle a été placée le cas échéant. La liberté de choix de la personne peut s'en trouver considérablement altérée.

Une autre difficulté importante peut provenir du caractère éclairé de ce consentement. En effet, l'accès à l'éducation sexuelle va souvent avoir été limité. Ce constat n'est pas propre aux personnes

[309] C. Bachelard-Jobard, *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, coll. Partage du savoir, 2001, 348 p., pp.135 à 164. Plus généralement, v. CCNE, *Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales* ; n°49, 3 avril 1996 ; M. Cointot, « Chapitre 19. La contraception chez les femmes atteintes de trouble mental », *in* M.-N. Vacheron éd., *Maternité et psychiatrie. Répercussions et prise en charge*, Lavoisier, 2015, pp. 184-190.

bénéficiant d'une mesure de protection juridique, mais concerne plus généralement les personnes affectées d'un handicap, qu'il soit physique ou psychique. Cette difficulté d'accès à l'information trouve plusieurs explications : la prise en charge de la personne, en dehors des établissements scolaires, dans des institutions n'organisant pas une telle éducation, la tendance de l'entourage à regarder, à tort, la personne comme dépourvue de sexualité, etc. Enfin, l'information délivrée ne pourra être utile que si elle est adaptée à la situation de la personne et notamment aux capacités d'interaction et de compréhension pour les personnes affectées d'un handicap mental.

Une dernière difficulté importante tient à l'accès aux professionnels de santé. La prise en charge des femmes en situation de handicap nécessite en effet des consultations adaptées[310], plus longues, requérant souvent la présence d'un aidant et du matériel adapté dont beaucoup de professionnels ne sont pas équipés. Il en résulte d'importantes disparités dans le suivi gynécologique de ces femmes par rapport à la population générale : selon une étude de l'ARS Île-de-France de 2017, seules 58% des femmes en situation de handicap déclarent un suivi gynécologique, contre 77% dans la population générale. Cette disparité dans le suivi gynécologique a corrélativement une incidence sur les actes de prévention, frottis du col de l'utérus et mammographies, et donc sur la santé des femmes en situation de handicap. L'importance de l'accès et du choix du professionnel de santé apparaît alors.

Chapitre 2. Permettre le choix du praticien

Il a été constaté précédemment comment le droit entend ménager l'autonomie de la personne dans sa relation avec les professionnels de santé. Nous avons montré, corrélativement, combien l'effectivité de ces dispositions légales dépend de la qualité de la relation qui s'établit entre la personne et le professionnel de santé. Dès lors, la question du choix du professionnel de santé apparaît déterminante. Si, dans la continuité du célèbre arrêt Mercier[311], la relation médicale était encore appréhendée comme une relation contractuelle, l'*intuitu personae* de ce contrat serait sans doute l'un des plus déterminants du paysage contractuel français. Autrement dit, au-delà de la qualité technique, de l'expertise du professionnel de santé, lesquelles sont en principe assurées par les exigences en termes de formations initiale et continue de tout professionnel de santé, il est indispensable de laisser une place à l'appréciation subjective de la personne : se sent-elle à l'aise, en confiance dans son échange avec ce professionnel ? L'approche relationnelle de ce professionnel répond-elle à ses besoins ? Faire une place à l'appréciation subjective de la personne signifie que si la réponse à l'une de ces questions est négative, la personne doit pouvoir changer d'interlocuteur sans avoir à s'en justifier. Une telle possibilité semble ne concerner que le champ des professionnels de santé exerçant leur activité en libéral, les contraintes organisationnelles des établissements, publics en particulier, ne pouvant permettre une aussi grande liberté. Néanmoins, hors les cas d'urgence, la possibilité de choisir l'établissement dans lequel les soins vont être dispensés constitue déjà une manifestation de cette autonomie (lorsqu'elle existe). Aussi, nous

[310] E. Dupont et al., « Le vécu de l'examen gynécologique de femmes en situation de handicap mental », *Médecine : de la médecine factuelle à nos pratiques*, vol. 16, n°3, mars 2020, pp.120-124 ; M.-A. Despeisse, *Statut gynécologique des femmes âgées de 18 à 49 ans hospitalisées au centre hospitalier psychiatrique Charles Perrens de Bordeaux*, thèse de médecine, Université Bordeaux 2, 24 mars 2016 ; S. Bahrami et al., *Parcours de soins gynécologiques de femmes atteintes d'un handicap moteur, sensoriel ou mental. Evaluation dans le cadre d'une démarche d'actions coordonnées en gynécologie*, rapport final, juin 2017, 17 p.

[311] Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter ; RTD civ. 1936.691, obs. Demogue ; GAJC, 12e éd., 2008, n°162-163

verrons tout d'abord le principe affirmé par la loi du libre choix par la personne de son praticien et de son établissement de santé et les limites légales à ce choix (section 1) pour ensuite nous arrêter sur les difficultés particulières (d'ordre économique, pratique et politique) qui existent quant au choix du lieu d'accouchement (section 2).

Section 1 – Le choix du praticien : principe et limites

La liberté pour chacun de choisir le praticien à qui il confie sa santé est reconnue par la loi (§1), mais son effectivité pratique connaît un certain nombre de limites (§2)

§1. Le principe et sa mise en œuvre

La loi affirme avec force le droit pour toute personne de choisir librement son praticien puisqu'elle le qualifie de principe fondamental de la législation sanitaire (A). Mais pour choisir de manière pertinente un professionnel de santé susceptible de correspondre à ses besoins, la personne doit pouvoir disposer d'informations (B).

A. Un principe fondamental de la législation sanitaire

Aux termes de l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique : « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, sous forme ambulatoire ou à domicile, en particulier lorsqu'il relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, est un principe fondamental de la législation sanitaire ».
Le caractère fondamental de ce principe, souligné par la Cour de cassation[312], se comprend au regard des enjeux du colloque singulier précédemment évoqués : pour que les objectifs de préservation et de rétablissement de la santé puissent être atteints, il est nécessaire que la personne qui consulte un professionnel de santé se sente suffisamment en confiance pour lui confier toutes les informations, parfois très intimes, nécessaires à sa bonne prise en charge ; qu'elle se sente libre de parler, mais aussi qu'elle se sente entendue et comprise pour accepter l'accompagnement proposé par le professionnel. La qualité de la relation est, nous l'avons déjà évoqué, tout à fait essentielle et justifie que la personne puisse choisir librement son praticien et, corrélativement, qu'elle ne puisse se faire imposer un professionnel de santé[313]. Au demeurant, le Code de déontologie médicale fait obligation aux médecins de favoriser l'exercice de ce droit, l'article R.4127-6 disposant que « Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit ».

Cette règle générale s'applique naturellement aussi bien pour le suivi gynécologique qu'obstétrical. Ainsi, le Code de déontologie des sage-femmes, qui a valeur réglementaire, évoque également ce principe du libre choix appliqué à l'accouchement. Aux termes de l'article R. 4127-306 du Code de la santé publique : « La sage-femme doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son praticien, sage-femme ou médecin, ainsi que l'établissement où elle souhaite recevoir des soins ou accoucher ; elle doit faciliter l'exercice de ce droit. »
Malgré le caractère fondamental de ce droit affirmé par l'article L.1110-8 du Code de la santé publique, il ne semble pas que le principe du libre choix du praticien dispose d'une valeur autre

[312] Civ. 1re, 6 mai 2003, n°01-03.259
[313] Civ. 1re, 22 septembre 2016, n°15-23.664

que législative. « En l'absence de position claire du droit positif, la question de la valeur constitutionnelle ou non de ces deux principes divise donc les auteurs. Pour certains, « la liberté de prescription comme le libre choix ont valeur constitutionnelle ». Pour d'autres au contraire, « le principe du libre choix du médecin par le malade, énoncé à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, résulte uniquement de la loi et ne revêt pas une valeur constitutionnelle »[314].
En tout état de cause, pour pouvoir mobiliser de manière effective sa liberté de choisir son praticien, la personne doit disposer d'informations pertinentes.

B. Les sources d'information

Plusieurs éléments peuvent influencer le choix de la personne. Un premier élément concerne bien sûr les tarifs pratiqués par le praticien ou l'établissement. Les tarifs vont ainsi varier selon que le professionnel de santé a passé ou un non une convention avec les caisses de sécurité sociale et selon son secteur d'activité[315]. Schématiquement, si le professionnel est conventionné secteur 1, cela signifie qu'il s'est engagé à respecter les tarifs de l'Assurance maladie et qu'il ne pratique donc pas de dépassements d'honoraires sur les prestations visées par l'assurance maladie. S'il est conventionné secteur 2, cela signifie qu'il peut pratiquer des dépassements d'honoraires, mais dans des limites modérées. Le patient est remboursé sur la base des tarifs de l'Assurance maladie, sa complémentaire santé, le cas échéant, prenant en charge le dépassement. S'il n'est pas conventionné, le professionnel détermine librement ses honoraires et les patients sont remboursés par l'Assurance maladie non pas sur la base du tarif conventionnel, mais selon un tarif dit d'autorité beaucoup moins favorable[316]. Depuis les années 1980, les caisses de sécurité sociale se sont engagées à donner aux assurés sociaux toutes les informations utiles sur la situation des praticiens de leur circonscription au regard de la convention. Cette information est donc accessible via le site ameli.fr. Elle est le plus souvent indiquée par le professionnel de santé dans la salle d'attente de son cabinet et renseignée sur les plateformes de prise de rendez-vous telles que Doctolib.
Le législateur a renforcé ce principe de transparence de l'information sur les tarifs pratiqués par les professionnels de santé et les établissements en introduisant dans le Code de la santé publique un droit à l'information sur ce point. L'article L.1111-3 du Code de la santé publique dispose ainsi : « Toute personne a droit à une information sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et, le cas échéant, sur les conditions de leur prise en charge et de dispense d'avance des frais. Cette information est gratuite ». Dans un contexte où le reste à charge est de plus en plus important et où la place des complémentaires santé ne cesse d'augmenter, la personne aura intérêt à doubler cette information en se rapprochant de son assureur ou de sa mutuelle. En effet, de nombreux assureurs fournissant des contrats complémentaires santé ont mis en place des réseaux de soins au sein desquels ils offrent à leurs assurés une prise en charge intégrale des frais. Par ailleurs, ils peuvent avoir des politiques de remboursement variées d'un assureur à l'autre et, pour un même assureur, d'un contrat à l'autre. Cela se vérifie de manière éclatante concernant la prise en charge des frais dépassant le forfait accouchement pour les femmes qui ne souhaitent pas donner naissance en maternité. Nous y reviendrons.

---

314 M. Joyau, « Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 1999.47

315 Pour une analyse critique de ce système tarifaire et son impact sur le système de santé, v. par exemple B. Dormont et A.- L. Samson. « Revenus des médecins libéraux et offre de soins en France : les leçons des analyses empiriques », *Les Tribunes de la santé*, vol. 59, no. 1, 2019, pp. 35-45 ; D. Tabuteau, « La santé publique en France, une histoire singulière », Pierre Suesser éd., *Conjuguer la santé de l'enfant et de la famille au singulier et au pluriel. Du soin individuel à la santé publique.* Érès, 2015, pp. 17-44 ; B. Marrot, « Administrer le système hospitalier ou administrer le système de santé ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 174, no. 2, 2020, pp. 443-458.

316 Arrêté du 9 mars 1966 fixant les tarifs d'autorité des praticiens et auxiliaires médicaux applicables en l'absence de convention pour les soins dispensés aux assurés sociaux, JORF du 27 mars 1966, modifié par arrêté du 1er décembre 2006, NOR : SANS0624853A, JORF n°291 du 16 décembre 2006, Texte n° 42

Cette information, aussi essentielle soit-elle, n'épuise pas les éléments qui peuvent être déterminants du choix de la personne. Cela s'est vérifié particulièrement dans le cadre du suivi gynécologique et obstétrical.
Rappelons tout d'abord que les femmes ne savent pas toujours que leur suivi peut être assuré aussi bien par leur médecin généraliste, s'il l'accepte, que par un gynécologue ou une sage-femme. Cela a déjà été évoqué dans le chapitre précédent.
Par ailleurs, il s'est développé une culture de la promotion et de l'évaluation des prestataires de services sur Internet à laquelle les établissements de santé et les professionnels de santé n'ont pas échappé[317]. Une femme cherchant à identifier un professionnel pourra ainsi être tentée de faire une recherche dans un navigateur de recherche pour lire les appréciations et commentaires que d'autres internautes ayant déjà consulté ce professionnel auront pu laisser sur celui-ci, le cas échéant, les réponses formulées par le professionnel aux éventuelles critiques qui lui sont adressées.
De manière plus spécifique, certaines associations, de patients notamment, ont pu élaborer à partir des retours d'expérience de leurs membres, des listes de médecins en raison de la qualité de leur accueil à l'égard de certaines situations. Le phénomène n'est, là encore, pas forcément propre à la gynécologie et à l'obstétrique. Ainsi des listes informelles de professionnels de santé identifiés comme moins jugeants ou plus ouverts dans la prise en charge de personnes homosexuelles, lesbiennes, trans notamment sont apparues. De même, des listes de professionnels de santé "féministes" recommandés par leurs patientes se sont développées[318] ou encore de professionnels acceptant de pratiquer certains actes comme la stérilisation[319]. Car en effet, certains professionnels refusent la réalisation d'actes pourtant ouverts par la loi aux femmes, compliquant parfois grandement leur prise en charge. Mais il s'agit là déjà des limites pratiques à la liberté de choix.

§2. Les limites à la liberté de choix

L'article L.1110-8 du Code de la santé publique prévoit certaines limitations au principe du libre choix de son praticien : « Les limitations apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale ne peuvent être introduites qu'en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux ». Mais ce texte n'épuise en réalité par les limites au libre choix du praticien qui peuvent, en pratique, s'avérer importantes. A tel point qu'un auteur écrivait en 2007 : « Le principe du libre choix est donc affirmé par de nombreux textes, sous des formes diverses. S'agit-il pour autant de droits concrets ? Rien n'est moins sûr »[320].

A. Limites pratiques : démographie médicale et rationalité économique

Pour être en mesure de choisir son praticien, encore faut-il avoir le choix, c'est-à-dire être en présence d'une ou de plusieurs alternatives, de plusieurs professionnels susceptibles d'assurer le suivi ou la consultation requise.
Or, c'est un truisme de souligner que la France connaît une répartition inégale des professionnels et des établissements de santé sur son territoire, des zones géographiques conséquentes constituant

317 V. par ex. D. Gladines, P. – A. Bonnet, et A. Durocher. « E-réputation : étude descriptive auprès de 240 médecins généralistes de région sud », *Santé Publique*, vol. 33, no. 3, 2021, pp. 379-392 ; J. – F. De Moya et al. « La communication institutionnelle d'un hôpital sur Twitter. Une visualisation de son réseau avec les graphes sociaux », *Revue française de gestion*, vol. 283, no. 6, 2019, pp. 51-72.
318 A. Maruani, « "Tu connais un bon gynéco ?" Sinon, il y a un site pour ça », *NouvelObs*, 21 nov. 2016.
319 https://www.sterilisezmoi.fr/trouver-un-gynecologue-qui-pratique-la-sterilisation-volontaire/
320 M. Dupont, « Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002 », *RDSS* 2007, p. 759.

de véritables déserts médicaux. Ainsi que le relevait le président de chambre honoraire Pierre Sargos « On peut raisonnablement se demander si le libre choix, nonobstant son aura de "principe général du droit" ou de "principe fondamental de la législation sanitaire" (V. n° 8) n'est pas pour le patient un droit plus "proclamatoire" que réel ou effectif tant les contraintes de fait ou de droit sont de plus en plus fortes [...] L'évolution désastreuse de la démographie médicale, maintes fois dénoncée mais restée sans solution réelle, qui crée de plus en plus de "déserts médicaux", prive de fait les habitants des parties du territoire en déshérence du moindre libre choix, y compris quant au médecin traitant généraliste. Le développement – à plusieurs égards bénéfique – de la médecine de groupe, comme l'organisation des établissements de santé privé, aboutit à des systèmes de "tour de garde" qui impose de fait au patient un praticien ou une structure de soins qui n'est pas nécessairement celui qu'il aurait choisi. Mais c'est l'organisation de la sécurité sociale et la réglementation européenne qui a le plus d'incidence sur le libre choix du patient [...] Le Conseil constitutionnel a en quelque sorte clos le débat en érigeant l'équilibre financier de la sécurité sociale au rang des exigences constitutionnelles (Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, consid. n° 25 : JurisData n° 1997-930238). Le libre choix, en tant que tel, ne peut faire obstacle à des mesures d'économie dès lors que de telles mesures ne sont pas manifestement disproportionnées »[321].

La gynécologie et l'obstétrique ne font pas exception : on a vu précédemment que la démographie des gynécologues avait considérablement réduit ces dernières années et, quoi que les sages-femmes soient désormais autorisées à assurer le suivi gynécologique, leurs compétences ne sont pas sans limite. Schématiquement, les sages-femmes sont autorisées à prendre en charge toutes les situations physiologiques, "normales", mais doivent adresser leurs patientes à un médecin gynécologue toutes les fois où la situation relève du pathologique.

Du côté des établissements de santé, la fermeture des petites maternités de niveau 1 se poursuit, concentrant ainsi les naissances dans des établissements plus importants de niveau 2 ou 3[322] mais aussi, pour nombre de femmes, plus éloignés géographiquement. Ainsi, aux termes de l'enquête périnatale 2021, le nombre global de maternité est en diminution constante depuis 1995 : « Au 15 mars 2021, la France métropolitaine comptait 456 maternités et 6 maisons de naissance contre 497 maternités en mars 2016 soit 8,2% de maternités en moins en 5 ans. Depuis 1995, le nombre de maternités a été réduit de près de 50% (816 maternités en 1995, 756 en 1998, 618 en 2003, 535 en 2010) (données issues des rapports des précédentes éditions de l'ENP, disponibles sur le site de l'ENP). Cette diminution du nombre de maternités est à mettre en parallèle avec une diminution régulière du nombre de naissances vivantes en France métropolitaine, d'environ 12% depuis 2010. Le nombre de naissances vivantes, passé sous le seuil des 698 000 en 2020 (remonté aux alentours de 702 000 en 2021), est historiquement le taux le plus faible enregistré depuis 1995, date de la première édition de l'enquête nationale périnatale (plus de 729 600 en 1995, 738 000 en 1998, 761 500 en 2003, 802 200 en 2010 et 744 700 en 2016) (INSEE, 2022) »[323]. Depuis 2016, le nombre de maternité de type 1 est le seul à avoir diminué, passant de 211 à 170[324]. La tendance devrait se poursuivre, le Dr. Yves Ville ayant récemment remis un rapport adopté par l'Académie de médecine[325] dans lequel il est préconisé de fermer plus d'une centaine de petites maternités en considération de ce qu'il serait « illusoire de soutenir » les établissements réalisant moins de 1 000

[321] P. Sargos, « Le libre choix du patient et du médecin », *Litec Droit médical et hospitalier*, mai 2015.
[322] Le décret n°98-900 du 9 octobre 1998, dit décret périnatalité, a défini trois niveaux de maternité en fonction des soins de néonatalogie.
[323] Enquête nationale périnatale, Les naissances, le suivi à deux mois et les établissements. Situation et évolution depuis 2016, rapport 2021, octobre 2022, 297 p., p.74
[324] Rapport *op. cit.*, p.17
[325] Académie de médecine, "Planification d'une politique en matière de périnatalité en France : Organiser la continuité des soins est une nécessité et une urgence", 28 février 2023.
https://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2023/03/RAPPORT-planification-de-la-pe%CC%81rinatalite%CC%81-.pdf

accouchements par an. Une telle fermeture reviendrait à réduire de 20 % le nombre de maternités en France[326]. Cette recommandation a suscité de nombreuses réactions critiques, soulignant l'importance de conserver un service de proximité pour l'accompagnement de la grossesse et de l'accouchement des femmes[327], mais repose néanmoins sur des questions de sécurité qui ne peuvent être négligées et qui résultent notamment de la difficulté à constituer des équipes pérennes, à pourvoir tous les postes et, corrélativement, au recours substantiel à l'intérim, déjà relevé dans le rapport périnatalité 2021[328]. Les difficultés et les insuffisances en termes de sécurité semblent ainsi corrélées, pour une part non négligeable, aux déserts médicaux et à la difficulté de convaincre les professionnels de s'installer dans les zones plus rurales[329].
Face à cette difficulté, les dispositifs mis en place par le gouvernement tendent à favoriser l'accouchement dans les grandes structures (plus qu'à soutenir les petites maternités). En 2019, le législateur créait un nouvel article L.6111-1-5 au Code de la santé publique prévoyant que les établissements de santé publics et privés « proposent aux femmes enceintes une prestation d'hébergement temporaire non médicalisé lorsque la situation de leur domicile implique une durée d'accès à une unité adaptée de gynécologie obstétrique supérieure à » quarante-cinq minutes de trajet motorisé[330].

L'organisation mise en place ou promue par le gouvernement entend assurer un maillage territorial répondant à la fois à la nécessité d'une couverture minimale en termes d'offre de soins et à une rationalisation des coûts par un regroupement des moyens mobilisés. Cette absence de choix peut, en elle-même, générer des situations de violence pour les femmes résultant moins des actes des professionnels de santé auxquels elles sont confrontées que de l'impossibilité de bénéficier d'un soin par défaut de praticien pour le réaliser.

B. Limites légales : démographie médicale et refus du praticien

Le médecin n'est pas un pur instrument soumis à la volonté de ses patients. S'il ne peut imposer à un malade de se soigner contre sa volonté, il doit au contraire refuser de satisfaire les demandes de son patient lorsque celles-ci l'exposeraient, sans justification thérapeutique, à un danger ou un risque injustifié[331]. L'autonomie du patient trouve ici sa limite dans celle du médecin, elle-même conditionnée par les obligations essentielles du corps médical : soigner et d'abord ne pas nuire[332].

---

326 V. Hunsinger, "Après le rapport choc de l'Académie de médecine, les praticiens de la naissance favorables à la fermeture des très petites maternités", *Le Quotidien du Médecin*, 6 mars 2023 ; sur les enjeux de santé soulevés par l'accroissement du temps de trajet entre le domicile et la maternité, v. E. Combier et al. « Temps d'accès aux maternités Bourguignonnes et indicateurs de santé périnatale », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 31, no. 6, 2013, pp. 348-368. V. également, A. Baillot et F. Evain. « Les maternités : un temps d'accès stable malgré les fermetures », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 31, no. 6, 2013, pp. 333-347.

327 V. le communiqué de presse de l'Association des Petites Villes de France du 2 mars 2023 « Fermetures de maternité : stop à l'hémorragie dans les petites villes », disponible sur www.apvf.asso.fr; F. Menguy, « À Guingamp, le rapport du Pr Yves Ville, préconisant la fermeture de la maternité, fait réagir », *Ouest France*, 6 mars 2023.

328 Rapport *op. cit.*, p.80 et s.

329 Pour une réflexion sur le manque d'attractivité et les moyens pour tenter d'y remédier : P. Taourel et al., « Comment passer de plans nationaux généraux à une politique locale concrète ? Favoriser l'attractivité pour les médecins de notre CHU », *in* M. Maury et P. Taourel, *Les médecins ont aussi leurs maux à dire*, Eres, Questions de société, 2019, 280 p., pp.207-217

330 Article R.6111-1-5 du Code de la santé publique

331 Article R.4127-40. V. Civ. 1ère, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n°187 ; RTD civ., 2004, n°4, p.641, P. Lokiec; *D.*, 1998, n°37, p.530, note F. Laroche-Gisserot. Cet arrêt se fonde sur l'article 18 du Code de déontologie dans sa rédaction issue du décret n° 79-506 du 28 juin 1979, reprise mot pour mot par l'article R.4127-40 du Code de la santé publique : « le médecin doit s'interdire, dans les investigations et les interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié ».

332 Selon le célèbre principe hippocratique *primum non nocere* ; Pour une analyse de ce principe, voir par exemple, C. Sandulescu, « Primum non nocere: Philological Commentaries on a Medical Aphorism », *Acta Antiqua Hungarica*, n°13, 1965, p.359-308.

Mais au-delà de cette limite déontologique, la loi ménage la possibilité pour les professionnels de santé de refuser de réaliser certains actes qui seraient en contradiction avec leurs convictions personnelles, indépendamment de toute considération pour la santé de la femme. C'est ce qui est désigné par l'expression "clause de conscience". Cette clause est reconnue de manière générale tant dans le Code de déontologie des sages-femmes que dans celui des médecins, respectivement aux articles R. 4127-328 et R.4127-47 du Code de la santé publique. Ces articles disposent en des termes identiques que, hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, le médecin/la sage-femme a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. Cette clause de conscience s'applique à n'importe quel acte de soin. Elle a surtout vocation à s'appliquer aux actes médicaux non thérapeutiques, qui peuvent heurter les convictions personnelles et professionnelles de chacun·e. Si cela emporte la rupture de la prise en charge de la personne, la continuité des soins doit néanmoins être assurée et les informations pertinentes transmises au professionnel de santé qui assure la reprise du suivi.

Cette clause de conscience est explicitement prévue par la loi pour deux actes qui relèvent du suivi gynécologique et obstétrical : l'interruption volontaire de grossesse et la stérilisation à visée contraceptive. Pour ces deux actes, le refus du professionnel de santé se trouve donc légitimé à la fois par la clause de conscience générale et par la clause de conscience spécifique.
Concernant l'interruption volontaire de grossesse, l'inscription dans la loi date de la légalisation même de cette intervention : la loi Veil de 1975[333]. Concession faite au corps médical lors de l'adoption de cette loi, le maintien de cette clause était encore défendu lors des débats parlementaires à l'occasion de la dernière révision de la loi de bioéthique[334]. Aujourd'hui donc, l'article L.2212-8 du Code de la santé publique dispose toujours qu'« Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse (...). Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux », seulement toutefois si « d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux »[335]. Cependant, dans le souci de favoriser l'accès des femmes à l'interruption volontaire de grossesse, ce texte fait également obligation au médecin d'« informer, sans délai, l'intéressée de son refus et [de] lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention ». Cette information est sans nul doute de nature à favoriser le parcours de soin de la femme qui souhaite bénéficier d'une interruption volontaire de grossesse, mais elle ne peut produire qu'un effet limité si, en pratique, le nombre de médecins acceptant de pratiquer cet acte s'avère insuffisant. De fait, des difficultés d'accès à l'interruption de grossesse sont toujours constatées en France[336].

Concernant la stérilisation à visée contraceptive, chaque année, environ 35 000 stérilisations féminines et 2 000 masculines seraient pratiquées en France, selon une enquête de l'Ined[337]. Et pour les femmes qui font ce choix, le parcours est souvent long et compliqué[338]. En effet, l'article

[333] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.
[334] Le Conseil de l'Ordre s'était ainsi clairement exprimé contre la suppression de la clause de conscience spécifique à l'IVG. V. https://www.conseil-national.medecin.fr/publications/communiques-presse/clause-conscience-livg
[335] Pour une analyse critique de cette clause spécifique, v. par exemple : T. Gründler, « La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ? », *Droit et cultures*, n°74, 2017-2, pp.155-178, https://doi.org/10.4000/droitcultures.4329
[336] V. par ex. R. Imbach et A. Maad, « Accès à l'IVG : dans la pratique, des obstacles perdurent en France », *Le Monde*, 2 février 2023.
[337] N. Bajos et al., « La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ? », *Population et sociétés*, 2012, n°492, disponible sur www.ined.fr
[338] M. Thomas, « Stérilisation : la France peine à sauter le pas », *Libération*, 18 janvier 2018 ; L. Lagaurie, « En France, malgré la loi, se faire ligaturer les trompes est un parcours du combattant », *Slate*, 6 octobre 2021 ; Podcast Bonjour Docteur sur « La stérilisation contraceptive : une démarche compliquée », diffusé le 3 mars 2023 sur France bleu, disponible sur www.radiofrance.fr.

L. 2123-1 du Code de la santé publique, qui encadre cette pratique[339], précise *in fine* qu'« un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation ». L'information sans délai concerne ici uniquement le refus du médecin de pratiquer la stérilisation à visée contraceptive, la communication à la patiente des coordonnées de professionnels acceptant la prise en charge d'un tel acte, quant à elle, n'a pas été reprise. Or les réticences des professionnels à donner suite à la demande d'une patiente sollicitant une stérilisation à visée contraceptive sont très importantes, notamment si la femme est jeune et sans enfant[340], et ce, malgré les précautions prises par la loi pour garantir une prise de décision réfléchie de la part de la personne (consentement à réitérer par écrit, après un délai de réflexion de quatre mois minimum). Les témoignages sont nombreux. Ainsi, dans les courriers de réclamation qui nous ont été transmis, une patiente de 44 ans et mère de deux enfants se plaint de ce que le gynécologue a refusé de pratiquer la stérilisation définitive sollicitée. La patiente évoque une attitude « paternaliste » du professionnel qui souhaite d'abord essayer des méthodes contraceptives « raisonnables ». Et ce refus peut être opposé sans considération des difficultés rencontrées par la femme avec les contraceptions classiques. Laura-Marina, 33 ans, mère de 2 enfants de 10 et 3 ans dans le sud de la France, témoigne : « Cela fait trois ans que je bataille pour avoir recours à la stérilisation. J'ai vu plus de 10 médecins : aucun n'a accepté de me le faire. Ils me disent que je suis soi-disant trop jeune, ou que je n'ai pas assez d'enfant, et que je pourrais regretter. Pourtant, c'est un choix mûrement réfléchi. J'ai de gros soucis avec mes cycles menstruels, d'énormes douleurs, des migraines. Je tombe aussi enceinte très facilement, même sous contraceptif. La solution serait de me faire ligaturer les trompes, mais on choisit à ma place que ce n'est pas possible ! »[341]. Ce paternalisme transparaît dans de nombreux témoignages, lesquels révèlent également une approche au moins partiellement genrée puisque les hommes souhaitant recourir à une stérilisation auraient moins de difficultés à trouver un professionnel acceptant de les prendre en charge (mais la pression sociale peut rester importante). Ainsi, Aude, 34 ans et mère de 2 enfants de 3 et 6 ans, témoigne : « Après nos 2 enfants, on savait avec mon conjoint que c'était fini pour nous les bébés ! J'ai fait de nombreuses démarches pour pouvoir me faire stériliser. Au bout du 5ème refus d'un gynécologue – toujours pour les mêmes raisons : j'étais « trop jeune » et je pouvais le regretter, selon eux – mon conjoint m'a dit qu'il allait faire une vasectomie. Il a rapidement trouvé un médecin qui était d'accord pour pratiquer l'intervention. Quand un homme ne veut pas d'enfant, on dit que c'est un choix. Par contre, quand c'est une femme, on lui dit qu'elle est trop jeune ou qu'elle changera d'avis! »[342]. Les motivations de ce refus – et en particulier l'idée que la femme pourrait le regretter par la suite[343] – et des pistes de réflexion pour améliorer la prise en charge de ces demandes de stérilisation ont pu être étudiées ailleurs[344]. Quoi qu'il en soit, le constat est bien là : alors que le législateur ouvre cette possibilité technique comme choix de contraception aux hommes et aux femmes et que la HAS rappelle dans ses recommandations que la stérilisation constitue une option contraceptive à présenter aux femmes si elle peut correspondre au besoin qu'elles expriment, la

339 La stérilisation à visée contraceptive a été reconnue et organisée par la loi à compter de 2001 après de nombreux débats, dont l'avis n°50 du CCNE rend compte. CCNE, *Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, 3 avril 1996

340 Sur les motivations des femmes sans enfant à recourir à une stérilisation à visée contraceptive, v. par ex. E. Tillich, « "Pas d'enfant si je veux". Stérilisée et sans enfant, un refus par corps de la maternité », *Sextant*, n°36, 2019, p.73-89, https://doi.org/10.4000/sextant.353

341 M. Cousin, « Stérilisation contraceptive : mon corps, mon choix ? », *La maison des maternelles*, 9 septembre 2022, disponible sur www.lamaisondesmaternelles.fr

342 La maison des maternelles, « Stérilisation contraceptive : mon corps, mon choix ? », 9 septembre 2022, disponible sur www.lamaisondesmaternelles.fr

343 H. Boufettal et al. « Facteurs déterminants le regret après ligature tubaire », *Pan Afr Med J.* 2014 ; 17 : 244. DOI : 10.11604/pamj.2014.17.244.4157

344 M.-A. Masella et E. Marceau, « La stérilisation volontaire chez les femmes sans enfant de moins 30 ans : dilemme éthique et déontologique », *Revue canadienne de bioéthique*, Volume 3, numéro 1, 2020, p. 58-69. https://doi.org/10.7202/1068764ar

pratique médicale entrave la possibilité pour les femmes d'accéder à ce mode de contraception, trouver un professionnel acceptant de réaliser l'intervention s'avérant souvent très difficile.

Section 2 – Les difficultés particulières en matière d'accouchement

Il résulte clairement de l'article L.1110-8 du Code de la santé publique la possibilité de choisir le lieu de son accouchement : à domicile, en maternité, en plateau technique ou en maison de naissance. Cette possibilité d'accoucher hors maternité trouve au demeurant une confirmation indirecte dans les dispositions de l'article 56 du Code civil qui envisage comme une exception le fait pour la femme de ne pas accoucher à son domicile[345].

De fait, la possibilité pour une femme d'accoucher en dehors d'une maternité existe, mais, pour l'heure, elle n'est ni encouragée, ni facilitée. En pratique, l'accouchement en maternité reste très majoritaire (§1) en raison, notamment, de la faible connaissance des alternatives possibles et de la faible disponibilité de ces alternatives dont le développement est entravé par diverses difficultés (§2). Ces difficultés s'expliquent, en partie au moins, par « un désaccord profond entre les parties [acteurs des différentes formes d'accompagnement de la natalité], concernant le bien-fondé des protocoles hospitaliers et la systématisation des techniques de surveillance basée sur la notion de "gestion du risque" »[346] ou, pour reprendre les termes de l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM), par les "idéologies obstétricales en tension"[347].

§1. Le service de maternité : institution privilégiée, mais pas toujours choisie

Le mouvement de dénonciation des "violences gynécologiques et obstétricales" a mis en lumière un certain nombre de pratiques peu ou pas respectueuses des droits des patientes, des actes contraires aux recommandations de bonnes pratiques et, plus généralement, des situations regrettées par les femmes et délétères à la relation de confiance médecins-patientes. Le terme de "violences" utilisé par les femmes et les associations de patientes a pu fortement choquer nombre de professionnels, mais a également permis une véritable prise de conscience et une évolution des pratiques perceptibles dans de nombreuses études de terrain et notamment dans le dernier rapport sur la périnatalité en France[348]. Outre la question du financement des maternités (A), la prévention contre les violences obstétricales se manifeste dans la publication obligatoire d'indicateurs sur l'activité des maternités (B) et la valorisation des établissements par l'octroi de labels s'ils remplissent un certain nombre de conditions (C).

A. Le financement des soins en établissement de santé : la T2A et les "violences gynécologiques et obstétricales"

Dans un article publié en 2020, Ghada Hatem-Gantzer, gynécologue-obstétricienne, faisait le lien entre les « violences gynécologiques et obstétricales » et le financement des soins par le système dit

[345] « et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée »
[346] C. Thomas, *Sage-femme, gardienne de l'eutocie ? Approche anthropologique du savoir-faire des sages-femmes*, Erès, collection Trames, 2022, 360p., p.159-160
[347] ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles. La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre*, juin 2008
[348] Enquête nationale périnatale, *Les naissances, le suivi à deux mois et les établissements. Situation et évolution depuis 2016*, rapport 2021, octobre 2022, 297 p.

de la « tarification à l'activité »[349]. L'auteur indiquait qu'eu égard aux « violences gynécologiques et obstétricales », « les pouvoirs publics, notamment par le biais du financement, ont un rôle majeur à jouer, car la tarification actuelle à l'activité va à l'encontre d'une démarche bientraitante ». Le mode de financement des soins serait donc un facteur supplémentaire participant aux « violences gynécologiques et obstétricales ».
Le principe de la tarification à l'activité veut que l'établissement de santé ne perçoive pas une dotation globale pour son financement, mais une dotation spécifique à laquelle va s'ajouter une partie variable indexée sur l'activité de l'établissement. Ainsi, chaque acte de soin, d'investigation ou de traitement fait l'objet d'une tarification, laquelle permet de financer grâce à la solidarité nationale l'établissement. Le principe de la tarification à l'activité, ou T2A, est récent pour les établissements publics puisqu'il est issu de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 (art. 22 à 34). En 2003, le communiqué de presse du ministre de la Santé précisait que la T2A devait « faire entrer l'hôpital dans une dynamique vertueuse, ses ressources dépendant désormais de l'évaluation objective de son activité ». C'est bien le principe au cœur de la T2A : abandonner un financement par dotation générale à l'année pour les établissements de santé (quels qu'ils soient – publics ou privés) au profit d'un financement correspondant aux actes effectués.
Dans ce cadre, le financement des hôpitaux publics pouvait être schématisé ainsi :

- Une dotation générale maintenue qui correspond au financement de la recherche et de l'enseignement
- Une tarification à l'activité pour le soin.

Selon Vincent Vioujas, il s'agit d'une véritable révolution : « en déterminant les recettes en fonction de l'activité produite, [la T2A] a introduit une logique médico-économique jusqu'alors peu présente, du moins dans les établissements anciennement sous dotation globale »[350]. La révolution de la T2A n'est pas passée inaperçue dans les établissements, certains dénonçant l'effet pervers consistant à mener une course à l'acte de soin et sa facturation afin d'assurer le financement des services de soin[351]. Et c'est cette course aux actes qui serait génératrice de violence, le soin effectivement prodigué aux patients dans un cadre serein devenant l'accessoire de son financement. À cet égard, Ghada Hatem-Gantzer indique que la T2A ne correspond pas à une démarche bientraitante « tant le temps relationnel accordé au patient ne correspond à aucun code en T2A », aussi elle s'interroge : « Combien coûte la réflexion quand seuls le geste et la tâche sont rémunérés ? »[352]. Ainsi, la T2A ne conduit pas à rémunérer le temps passé avec les patientes, ce qui correspond pourtant à un besoin significatif notamment au moment d'un accouchement. Toutefois, il reste complexe d'étudier le phénomène liant T2A et "violences gynécologiques et obstétricales", les données manquant. Si certains de nos entretiens auprès des professionnels de santé ont mis en lumière le rôle possible de la T2A dans les "violences gynécologiques et obstétricales", d'autres témoignages recueillis, notamment auprès d'associations de soutiens des patientes victimes sont moins tranchés. Ces derniers font état du fait que les établissements privés

---

[349] G. Hatem-Gantzer, « Violences obstétricales et gynécologiques, L'expérience du Cercle d'études des gynécologues obstétriciens d'Île-de-France (Cegorif) », Périnat. (2020) 12:178-182.
[350] V. Vioujas, « La tarification à l'activité des établissements de santé, une législature plus tard », *RDSS* 2017 p.498
[351] V. par ex. M. Thollet, « Les effets pervers de la tarification à l'activité (T2A) », *Infomed*, 2020, Systèmes de santé, 1 (5). ⟨hal-02876154⟩ ; A. Grimaldi, « Crise de l'hôpital public, la T2A pas si innocente », *Les Tribunes de la santé*, vol. 74, no. 4, 2022, pp. 91-94 ; R. Cash, « La T2A dans les établissements de santé de court séjour : réforme inachevée ? », *Les Tribunes de la santé*, vol. 57, no. 4, 2017, pp. 35-55 ; Ph. Burnel, « L'impact de la T2A sur la gestion des établissements publics de santé », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 35, no. 2-3, 2017, pp. 67-79 ; v. également, L. Jay-Passot et A. Lefebvre, « Stratégie médicale et T2A dans un Centre Hospitalier de proximité. Est-il possible de transformer la contrainte en opportunité ? », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 33, no. 2, 2015, pp. 129-136.
[352] G. Hatem-Gantzer, *op. cit.* ; Dans le même sens, v. par ex. « L'accompagnement des femmes à la maternité des Lilas. Entretien avec Marie-Laure Brival, gynécologue-obstétricienne, chef de service à la maternité des Lilas », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 121, no. 1, 2014, pp. 117-121.

étaient, avant 2004, soumis à la T2A et n'étaient pas pour autant réputés pour des faits de "violences gynécologiques et obstétricales". Dans le même sens, le dernier rapport de la Cour des comptes sur la tarification à l'activité rappelle que « depuis la création de la T2A, des tarifs présentant d'importants écarts aux coûts moyens ont été décidés, dans le but de (…) favoriser une pratique médicale (par exemple, l'accouchement par voie basse plutôt que la césarienne) », césarienne dont il avait toutefois été constaté une augmentation du taux suite à l'introduction de la T2A[353]. Aussi, le lien de cause à effets entre la T2A et les "violences gynécologiques et obstétricales" seraient en réalité plus à la recherche d'optimisation des dépenses conduisant à la réduction du nombre de personnels dans les maternités ou les fermetures de certaines d'entre elles[354] imposant aux autres un surcroît de travail et donc moins de temps par patientes. Ainsi, en 2012, le Dr. Subtil, après avoir évoqué la fermeture des petites maternités au profit du développement de grosses structures, constatait que « Cette tension réelle entre sécurité et humanité s'accompagne en outre depuis 2005 d'un autre type de contrainte, économique celui-là, avec l'arrivée à l'hôpital de la tarification à l'activité (la fameuse TAA ou « T2A »). Dans notre pôle maternité du CHRU de Lille – où sont pratiqués 5 600 accouchements par an – l'obligation de réduire le déficit enregistré par le service nous a conduits, d'une part, à diminuer les effectifs et, d'autre part, à augmenter l'activité, soit + 25 % sur trois-quatre ans. Dans un premier temps, les soignants ont réagi en disant : « C'est impossible, on n'y arrivera pas. Ça va craquer, on va perdre des bébés. Et peut-être même des mères. » Nécessité faisant loi, nous avons néanmoins, comme la plupart des maternités concernées, exploré plusieurs pistes pour concilier ces impératifs – apparemment antinomiques – de sécurité et d'humanité, dans le cadre d'un budget décroissant »[355].

Le législateur a souhaité faire évoluer la T2A devenue synonyme de « quantité ». En effet, le Parlement tente depuis 2014 de sortir de ce paradigme en proposant des indicateurs « qualité »[356], chaque établissement public de santé étant tenu de mettre à la disposition du public les résultats, publiés chaque année, de ces indicateurs de qualité et de sécurité, conformément aux dispositions de l'article L. 6144-1 du Code de la santé publique[357]. Ces indicateurs, étudiés par la suite dans le rapport, permettent, s'ils sont atteints, un complément de financement de l'activité des établissements. Leur non publication fait au contraire encourir à l'établissement le risque d'une diminution de sa dotation[358]. Ainsi, le financement des établissements publics de santé correspond à ce schéma général :

- Une dotation générale maintenue qui correspond au financement de la recherche et de l'enseignement
- Une tarification à l'activité pour le soin
- Une dotation complémentaire en fonction du respect des indicateurs « qualité »

[353] « S'agissant de la césarienne programmée, l'évolution globale est à la hausse, avec deux observations là aussi : un taux de recours qui varie de 1 à 3 selon les départements, et un recours de 3 points supérieur dans le secteur privé (9,4% contre 6,6%) », IGAS, *Évaluation des effets de la tarification à l'activité sur le management des établissements de santé*, Rapport, mars 2012, 97p., p.45. Également, M. Thollet, *ibid.*

[354] « la rémunération de l'activité obstétricale à l'acte (T2A) conduit à rendre difficile, pour un centre hospitalier, de maintenir une maternité en dessous de 1 000 accouchements par an » selon Ph., Charrier et G. Clavandier, « Chapitre 4 - Lieux et organisation de la naissance », *Sociologie de la naissance.* sous la direction de Charrier Philippe, Clavandier Gaëlle. Armand Colin, 2013, pp. 103-139.

[355] D. Subtil, « L'obstétrique aujourd'hui nouvelles demandes, nouvelles contraintes », *Laennec*, vol. 63, no. 4, 2015, pp. 16-26.

[356] V. L. Cluzel-Métayer, « L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS* 2014. 1002

[357] H. Bertillot, « Comment les indicateurs de qualité s'imposent à l'hôpital : les mécanismes d'une institutionnalisation en douceur », *Sociologies*, 2020, https://doi.org/10.4000/sociologies.13499

[358] Article D.6111-23 du Code de la santé publique.

B. Les indicateurs de qualité

Les indicateurs sur les soins prodigués par les établissements de santé constituent une source d'information nouvelle pour les patientes leur permettant de faire un choix plus éclairé pour s'inscrire, lorsqu'elles peuvent avoir le choix, dans la maternité qui semble convenir à leurs besoins pour l'accouchement. En ce sens, la publication des résultats de ces indicateurs participe de l'autonomie décisionnelle des patientes. Ici les indicateurs publiés par les Agences régionales de santé sur l'activité des établissements offrent des statistiques sur l'activité des maternités. Pour la région Île-de-France, l'ARS publie par établissement les indicateurs suivants : le pourcentage d'accouchements par voie basse (spontanés[359] et assistés[360]), par césarienne, le pourcentage de péridurales, d'épisiotomies. Ces statistiques permettent la comparaison entre les maternités et donc leur mise en concurrence en fonction de leurs pratiques, par exemple en fonction du pourcentage d'épisiotomies pratiquées chaque année.

Des indicateurs sont également proposés par la Haute autorité de santé afin de certifier les établissements de santé[361] au regard d'un certain nombre de qualités d'organisation et de prise en charge. Ces indicateurs et la certification correspondante participent de l'image de qualité de l'établissement qui les communique donc à ses patients. Cette certification est renouvelée tous les quatre ans et « a pour objet d'évaluer la qualité et la sécurité des soins dispensés et l'ensemble des prestations délivrées par les établissements de santé. Elle tient compte notamment de leur organisation interne et de la satisfaction des patients »[362]. Différents éléments sont appréciés de manière globale, c'est-à-dire sans distinguer les départements et services des établissements :

- Management stratégique, gouvernance
- Management de la qualité et des risques
- Gestion du risque infectieux
- Droits des patients
- Parcours du patient
- Dossier patient
- Management de la prise en charge médicamenteuse du patient
- Prise en charge des urgences et des soins non programmés
- Management de la prise en charge du patient au bloc opératoire

On trouve également la traçabilité de l'évaluation de la douleur ou encore le suivi des infections liées au soin[363]. Certains indicateurs intéressent donc particulièrement cette étude, notamment celui relatif aux droits des patients. À l'égard de ce dernier, la HAS précise que « L'évaluation de cette thématique vise à s'assurer que l'établissement a mis en place une démarche globale visant à garantir le respect des droits des patients, dimension essentielle de la qualité. La certification constitue ainsi l'un des leviers de la mise en œuvre de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui réaffirme un certain nombre de droits fondamentaux de la personne malade, notamment des droits relatifs au respect de l'intégrité et de la dignité de la personne et de la confidentialité des informations la concernant. Elle souligne l'obligation de respect des libertés individuelles ». Les travaux de la HAS vont alors porter sur les procédures internes mises en place pour assurer le respect du droit des patients : existe-t-il un médiateur, un

[359] L'accouchement par voie basse spontanée est défini comme « Accouchement simple, où la seule poussée de la maman permet la naissance de son bébé par la voie vaginale » https://accouchements.sante-idf.fr/accouchements/
[360] « On parle de voie basse assistée quand il est nécessaire d'aider le bébé à sortir soit à l'aide de manœuvres avec les mains, soit à l'aide d'instruments qui guident la tête de l'enfant pour accélérer son expulsion (forceps, spatules ou ventouse). » https://accouchements.sante-idf.fr/accouchements/
[361] https://www.has-sante.fr/jcms/c_1725555/fr/qualiscope-qualite-des-hopitaux-et-des-cliniques
[362] https://www.has-sante.fr/jcms/2819_FicheEtablissement/fr/chi-poissy-st-germain-site-de-poissy
[363] https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034157404/2022-05-05/

directeur des relations entre les usagers et les établissements ? Quels sont les outils de prévention utilisés ? Comment sont prises en compte les réclamations ? La HAS analyse quelles sont les ressources humaines et financières attachées à la mise en œuvre des procédures. Le critère « dossier patient » évalue la gestion de ce dernier. Ce critère vise à assurer la complétude du dossier comme son accès dans un délai raisonnable et permet, dans le cadre des "violences gynécologiques et obstétricales", de participer à la preuve de ces dernières[364].

D'autres notations concernent des champs particuliers :

- Management de la prise en charge du patient en radiothérapie
- Management de la prise en charge du patient en imagerie interventionnelle
- Management de la prise en charge du patient en endoscopie
- Management de la prise en charge du patient en salle de naissance.

Et, concernant spécifiquement les services de maternité, l'arrêté du 10 février 2017[365] prévoit que soient publiés au titre des indicateurs obligatoires les données relatives à la :

- Prévention de l'hémorragie lors de la délivrance après un accouchement (DEL) ;
- Surveillance clinique minimale en salle de naissance après l'accouchement (SURMIN);
- Prise en charge initiale de l'hémorragie du post-partum immédiat (PECI HPPI).

Le critère "management en salle de naissance" vise à assurer la qualité des soins dans ce cadre. Chaque établissement soumet à la HAS un plan de gestion des risques comprenant par exemple le nombre de personnes nécessaires pour assurer un soin, la gestion du dossier médical de la parturiente, le règlement intérieur de la maternité. Le matériel ainsi que le nombre de personnels permanents affectés font partie des critères à analyser. Par exemple, l'absence de salle de pré-travail ou leur faible nombre (une salle pour une maternité importante) sera relevé dans le bilan de la certification[366]. Ces critères participent de la lutte contre les "violences gynécologiques et obstétricales". Par exemple, la gestion du dossier patient comprend son accès par la patiente, le report d'informations pour les différents professionnels de santé investis dans la prise en charge de la patiente. La gestion du matériel et du personnel vise aussi à assurer la qualité de la prise en charge de la patiente et normalement son bon traitement. Bien entendu, la pratique peut différer de ces critères mais ils n'en demeurent pas moins utiles pour guider les établissements et leurs maternités vers une prise en charge optimale des parturientes. À ces indicateurs présentés comme objectifs, s'ajoutent des questionnaires transmis aux patients. Le site internet de la HAS précise que « la mesure de la satisfaction et de l'expérience des patients est effectuée via des questionnaires remplis par les patients après leur séjour. Le questionnaire est adapté au type de séjour et concerne différentes étapes du parcours de soin »[367]. Les critères soumis sont les suivants :

- Satisfaction de l'accueil
- Satisfaction de la prise en charge infirmiers/aides-soignants
- Satisfaction de la prise en charge par les médecins/chirurgiens
- Satisfaction de la chambre
- Satisfaction des repas
- Satisfaction de la sortie

Ces questionnaires doivent permettre une remontée d'information sur l'expérience de la patiente et d'identifier les situations de "violences gynécologiques et obstétricales" lorsque la prise en charge n'est pas jugée optimale.

---

[364] V. Infra sur le dossier médical.

[365] Arrêté du 10 février 2017 fixant la liste des indicateurs obligatoires pour l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins et les conditions de mise à disposition du public de certains résultats par l'établissement de santé.

[366] Voir la certification de la maternité de Poissy : https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2016-06/30008_rac1_vd.pdf, p.67.

[367] https://www.has-sante.fr/jcms/2819_FicheEtablissement/fr/chi-poissy-st-germain-site-de-poissy

Les patients sont également invités à indiquer s'ils recommanderaient la maternité à un proche. Les résultats peuvent être éloquents et pousser les établissements à réorganiser leurs services, ou changer les procédures internes. Toutefois, la mesure de telles évolutions est encore difficile à quantifier, d'autant qu'elle se confronte à une réalité délicate à appréhender quand il s'agit de "violences gynécologiques et obstétricales" : la variabilité du contexte de survenance des faits dénoncés et le vécu personnel de la patiente. En effet, une prise en charge peut être mal effectuée à un moment T dans un établissement ou par un professionnel de santé ou une équipe de soin, pour des raisons diverses (manque de temps à ce moment-là pour prendre en charge correctement la patiente, nervosité de l'équipe déjà aux prises de disputes internes[368], fatigue, etc.), mais peut se dérouler très sereinement pour une autre patiente prise en charge à un autre moment.

Dans une perspective plus globale d'évolution des services de maternité, l'impact de ces indicateurs mérite également d'être interrogé. Ces indicateurs peuvent en effet être des outils de lutte contre les "violences gynécologiques et obstétricales" notamment concernant la tenue du dossier patient, mais ils doivent être enrichis pour saisir la grande variété des situations. En outre, issus de l'univers du *New Public Management*, fait de courbes, d'objectifs et de valorisation de ces derniers, les indicateurs perpétuent une culture du chiffre à atteindre qui peut pousser à faire passer l'objectif de la prise en charge bientraitante des patientes au second plan, d'autant que le respect de ces indicateurs permet d'obtenir davantage de financement. Aussi, au-delà de ces indicateurs, certaines instances compétentes en matière d'obstétrique ont développé des labels indiquant une politique de l'établissement soucieuse de différents aspects du bien-être de la famille accueillie dans le service de maternité.

C. Les labels

Le terme "label" vient de l'anglais et désigne une étiquette ou une marque attestant de la qualité d'un produit. Face à des patientes en demande d'une prise en charge plus chaleureuse, plus respectueuse de leur subjectivité et plus individualisée et qui, dès lors qu'elles en ont la possibilité, procèdent à des comparaisons entre maternités, voire s'orientent vers des alternatives aux services de maternité pour leur accouchement, plusieurs organismes ont mis en place des labels attestant de la qualité particulière des établissements auxquels ils les délivrent, sur des critères de qualité souvent différents et complémentaires des indicateurs[369].

La mise en place de ces labels a pu être accueillie de façon circonspecte, y compris par les professionnels de santé. En témoigne Clotilde Bertrand, pédiatre : « Les maternités soumises à rentabilité et concurrence doivent se démarquer et mettre en avant des qualités supplémentaires à la sécurité des naissances. Ainsi naissent les labels, telles les initiatives "Hôpital ami des bébés", "Ami des papas", "Maternys", "Maternité saine". Pas de mauvaises intentions dans ces démarches. Il s'agit avant tout de créer une dynamique autour de l'objectif de la bientraitance des femmes, des familles et des bébés. Les équipes soignantes s'engagent à respecter une série de recommandations et cet engagement doit être visible par tous. De multiples réunions conduisent à la rédaction de nombreux protocoles fièrement mis en avant. Mais les bonnes intentions sont rattrapées par la réalité des couples ou des accouchements. Le label collectif s'oppose parfois au soin individuel : la douleur est trop intense pour être maîtrisée ; le risque d'un danger pour le bébé conduit à une césarienne en urgence ; les cris du bébé conduisent la mère à demander à ce que quelqu'un d'autre s'en occupe pendant quelque temps. Le soignant doit alors choisir entre le respect total de la philosophie du label et faire appel à ses "anciennes pratiques" »[370].

---

368 Cf l'affaire de l'anesthésiste qui quitte la salle d'accouchement.

369 Pour une perspective historique incluant notamment le recours aux labels dans le cadre de l'accouchement, v. S. Topçu, *op. cit.*

370 Cl. Bertrand, « Soigner en maternité : un choix? », *Spirale*, 2019/3, n°91, p.101-103

Quelle que soit la motivation à l'origine de la démarche de labellisation des établissements, le développement de ces labels et la valorisation qu'en font les établissements ne peuvent que participer d'une évolution des pratiques en réponse, notamment, aux actes dénoncés comme des "violences gynécologiques et obstétricales".

L'extrait précité fait référence à plusieurs labels développés pour les services de maternité[371]. En 1991, l'Organisation mondiale de la santé et l'Unicef ont créé l'initiative Hôpital ami des bébés, le label IHAB. Ce label repose sur 12 recommandations tournées essentiellement (et logiquement au regard de l'objet du label) sur le bien-être du nouveau-né et sur les bienfaits de l'allaitement[372]. En 2015 avait été lancé le label "maternité saine" tourné quant à lui davantage sur des questions environnementales. Depuis 2012, la maternité de l'Hôpital Saint Maurice a lancé son label "Maternité, amie des papas" qui favorise « la présence du conjoint auprès de sa compagne, à toutes les étapes de la maternité, en créant un environnement favorable à l'épanouissement de la famille »[373]. Ces labels, quoi qu'ils puissent avoir des répercussions sur des pratiques génératrices de "violences gynécologiques et obstétricales" ne sont pas centrés sur la prévention de ces dernières.

Au contraire, le label Maternys est une réponse directe à la dénonciation des "violences gynécologiques et obstétricales". En effet, le collège national des gynécologues et obstétriciens de France (CNGOF) l'a créé en 2019 en réponse à la vague de dénonciations et à leurs répercussions, notamment au travers du rapport du HCEhf. En avril 2022, 47 maternités et 3 praticiens avaient reçu ce label qui repose sur 12 recommandations[374] :
1. Transparence des maternités sur : Taux d'épisiotomie, taux d'accouchement par césarienne, taux d'accouchement instrumental, taux de déclenchement : comparés aux taux nationaux pour les maternités de même niveau de soin.
2. Améliorer l'information : grâce à la plateforme MATERNYS® qui porte l'ensemble des éléments d'information en relation avec une prise en charge bientraitante établie par le CNGOF. Cette plateforme propose des vidéos explicatives sur les étapes de la grossesse et guide la patiente dans son dialogue avec le professionnel de santé.
3. Entretien prénatal précoce : Consultation spécifique d'orientation et d'information en début de grossesse pour les patientes qui le souhaitent.
4. Confort du nouveau-né : Aide à l'allaitement pour les femmes qui le souhaitent ; Préoccupation sur le confort du nouveau-né ; Respect de ses rythmes de sommeil dans l'organisation des soins
5. Autonomie des patientes : Possibilité de vivre un accouchement respectant le plus possible la physiologie, dans un milieu sécurisé permettant de faire face aux problèmes inopinés
6. Toute intervention en urgence donne lieu à une explication avant la sortie de maternité : Soutien psychologique à disposition en cas de besoin
7. Formulaires de satisfaction : A la sortie de la maternité ; Et trois mois après la date d'accouchement
8. Projet de naissance modèle proposé à toutes les patientes
9. Disponibilité H24 d'une analgésie démédicalisée
10. Pertinence des soins : Tableau de bord annuel de pertinence des pratiques.
11. Accompagnement des patientes : Possibilité de présence pour la (ou les) personne(s) désignée(s) pour l'accouchement ou la césarienne sauf urgence.

[371]https://www.sfmp.net/wp-content/uploads/2022/11/Labels-en-pe%CC%81rinatalite%CC%81_SFMP_CS.pdf
[372] https://www.i-hab.fr/le-programme-ihab/12-recommandation-s-ihab/
[373] C. Nèves, « La maternité lance un label Amie des papas », *Le Parisien*, 18 juin 2016 ; https://www.perinat-ars-idf.org/downloads/JDR/2018/Topo%20Frederic%20PACHY_08%2011%2018.pdf
[374] http://www.cngof.fr/label-du-cngof; https://www.maternys.com/wp-content/uploads/2023/01/Label-2023-final.pdf

12. Formation du personnel : Projet de Formation de tous les personnels à la bientraitance ; Accompagnement psychologique des soignants en difficulté.

Le caractère novateur des recommandations n'est pas frappant, mais il est néanmoins possible de remarquer le souci d'une information plus accessible pour les femmes, d'un recueil des vécus (qui devrait logiquement permettre des ajustements dans le service), la facilitation des projets de naissance et la référence visant à accompagner et respecter les demandes d'accouchement physiologique (autant que faire se peut)[375]. En cela, le label semble faire écho à la recommandation émise en 2017 par la HAS « que toutes les femmes puissent bénéficier d'un soutien continu, individuel et personnalisé, adapté selon leur demande, au cours du travail et de l'accouchement »[376]. Ce label vient ainsi en soutien du développement dans les établissements de santé de salles dites "nature" ou "physiologiques". Si l'apparition et le développement croissant de ces salles attestent de la prise en compte du souhait de certaines femmes d'avoir un accouchement physiologique et donc aussi peu médicalisé que possible, leur effectivité pratique reste limitée. Matériellement tout d'abord, puisque les établissements ne disposent souvent que d'une salle physiologique. Aussi, dès lors que deux femmes se présentent en même temps à la maternité avec un projet d'accouchement physiologique, une seule d'entre elles pourra bénéficier de la salle "nature". Par ailleurs, les femmes témoignent souvent de la grande solitude dans laquelle elles sont laissées : la "démédicalisation" de l'accouchement peut conduire à une réduction, voire une absence d'accompagnement de la part des équipes soignantes qui, à leur décharge, ne disposent généralement ni d'un personnel suffisant pour pouvoir assurer un véritable soutien à la femme qui accouche sans analgésique, ni d'un personnel suffisamment formé aux accouchements physiologiques et notamment aux postures favorisant un tel accouchement (allongée sur le dos avec les pieds dans les étriers n'en faisant pas partie). Aussi, beaucoup de femmes se voient contraintes, en fin de travail, de sortir de la baignoire ou de changer de position et de revenir sur une table d'accouchement classique pour faciliter les opérations de contrôle de la part des personnels soignants[377]. Ces difficultés pratiques pour accompagner un accouchement physiologique peuvent au demeurant expliquer une autre tendance qui transparaît dans les témoignages : l'absence de soutien psychologique face à la douleur et l'insistance parfois lourde, voire menaçante de certains soignants pour inciter la femme à accepter la pause d'une péridurale, y compris alors que le travail est très avancé[378].

Les propositions récentes visant à revoir l'organisation des services pour favoriser la mise en place d'un suivi *one to one*, une femme-une sage-femme iraient incontestablement dans le sens d'un meilleur accompagnement de ces accouchements, mais leur aboutissement ne semble pas acquis et ne constituerait de toutes façons qu'une réponse partielle aux demandes formulées par les femmes qui, au-delà de la question de l'accouchement physiologique, sont de plus en plus nombreuses à souhaiter bénéficier d'un accompagnement global, lequel est au cœur des alternatives à l'accouchement en maternité.

§2. Des alternatives limitées aux services de maternité

375 Ch. Durif-Bruckert, et al., « Évaluation qualitative de l'application du décret périnatalité. Un renforcement des mécanismes de la surmédicalisation », *Santé publique*, 2077/3, vol. 19, pp.229-239
376 HAS, *Accouchement normal*, *op. cit.*, p.17
377 C. Thomas, *Sage-femme, gardienne de l'eutocie ? Approche anthropologique du savoir-faire des sages-femmes*, Erès, collection Trames, 2022, 360p., p.104 et s. ; v. également à propos de l'accompagnement des patientes tout au long de la grossesse et des suites de couches, Y. Knibiehler, *Accoucher. Femmes, sages-femmes et médecins depuis le milieu du XX^e siècle*, Presses de l'EHESP, 2016, pp. 105-126.
378 *Ibid.*

Accouchement à domicile, maisons de naissance, accouchement en plateaux techniques, toutes ces alternatives ont en commun une limitation de l'intervention médicale au strict nécessaire et un accompagnement global de la femme par la sage-femme. L'un des enjeux de cet accompagnement est de rassurer la femme sur sa capacité à enfanter, de contribuer à son *empowerment*. Cela ressort clairement de ce témoignage d'une sage-femme qui pratiquait l'AAD : « Les femmes qui viennent accoucher avec moi, c'est pour l'accompagnement, mais ils ne l'ont pas compris, ça ! On peut leur faire toutes les salles nature, tant qu'elles auront peur d'accoucher, qu'elles n'ont pas compris que c'est elles et elles toutes seules, elles avant tout, avec leur force interne. Alors, est-ce qu'il faut avoir soi-même, en tant que professionnel, sa tranquillité en les anesthésiant ou les accompagner pour qu'elles grandissent ? Le problème, il est là. »[379]. La demande des femmes et des couples pour accéder à ces alternatives aux services de maternité est, pour l'heure, beaucoup plus importante que l'offre en la matière. Cela s'explique par les réticences persistantes qui existent face à ces alternatives (A) et qui se traduisent notamment par des difficultés juridiques et pratiques tant en ce qui concerne l'accouchement à domicile (B) que pour les options intermédiaires entre l'hôpital et le domicile que sont les accouchements en plateaux techniques ou en maison de naissance (C).

A. Des réticences persistantes aux alternatives à l'accouchement en maternité

Notion d'accompagnement global. L'accompagnement global à la naissance a été défini par l'Association nationale des sages-Femmes libérales (ANSLF) en 2002 : « Un seul praticien, la sage-femme libérale, assure la surveillance médicale de la grossesse lors des consultations prénatales, propose des séances de préparation à la naissance, surveille et est responsable de l'accouchement, de la naissance, effectue les soins postnataux de la mère et de l'enfant »[380]. Un tel accompagnement « a été relativement accessible sur tout le territoire jusque dans les années 1970, notamment grâce à la présence des sages-femmes dans les cliniques ouvertes »[381]. Il a ensuite progressivement reculé, corrélativement à la concentration accrue des naissances dans les services de maternité toujours plus gros.

L'accompagnement global est une caractéristique commune à toutes les alternatives proposées à l'accouchement en maternité. Dans cet accompagnement, la femme est suivie par une même sage-femme (deux si elles travaillent en binôme) durant toute sa grossesse et c'est également cette sage-femme qui l'accompagnera lors de son accouchement[382]. Le suivi est ainsi global à plusieurs titres : il l'est tout d'abord dans la durée puisque la sage-femme assure la prise en charge de la femme en *pré-partum*, dans le suivi de grossesse et la préparation à l'accouchement ; durant le *partum*, la sage-femme assistant la femme pendant toute la durée de l'accouchement ; et en *post-partum*, la sage-femme vérifiant que les suites de couches se passent bien et pouvant prendre en charge le cas échéant une rééducation périnéale. L'accompagnement global constitue ainsi le « suivi le plus complet qu'une sage-femme, de par sa formation, puisse proposer à ses patientes »[383]. La continuité de la prise en charge dans le cadre de l'accompagnement global est par ailleurs plébiscitée par les femmes qui ont pu en bénéficier et fait partie des points d'amélioration relevés par le CIANE dans son dernier rapport sur la prévention de l'insécurité maternelle[384]. Elle est plébiscitée car elle permet une autre dimension de l'accompagnement global : l'individualisation et l'humanisation des

379 C. Thomas, *op.cit*, 172.
380 ANSFL (Association Nationale des Sages-Femmes Libérales). *L'accompagnement global* Disponible sur : http://ansfl.org/document/
381 C. Thomas, *op.cit*.
382 V. l'entretien avec une sage-femme rapporté dans l'article : « Aux antipodes de la reproduction artificielle : la « naissance respectée » », *Écologie & politique*, vol. 65, no. 2, 2022, pp. 149-163.
383 C. Thomas, *op.cit*.
384 CIANE, rapport, *op. cit*.

rapports[385]. La femme et la sage-femme tissent, tout au long de la grossesse, un lien de confiance réciproque. La femme va pouvoir faire part de ses attentes, mais aussi de ses peurs tant vis-à-vis de la grossesse que de l'accouchement ou de l'accueil de l'enfant à naître. La sage-femme va ainsi pouvoir entendre et comprendre de manière fine les enjeux particuliers de cette naissance pour la femme qu'elle accompagne, ses besoins particuliers et répondre aux attentes exprimées pour les satisfaire ou pour expliquer à la femme l'impossibilité humaine ou technique d'y répondre. La décision d'un transfert en maternité ou d'une instrumentalisation de l'accouchement qui n'aurait pas été initialement souhaitée est ainsi bien mieux acceptée et vécue par les femmes qui témoignent de ce qu'elles ont la certitude que si leur sage-femme leur présente une telle décision, c'est qu'elle était absolument nécessaire et inévitable[386].

Décalage entre l'offre et la demande. L'accompagnement global désigne donc un mode d'accompagnement de la femme enceinte dont l'accouchement pourra intervenir à son domicile, sur le plateau technique d'une maternité partenaire de la sage-femme ou dans la maison de naissance où exerce la sage-femme. Quel que soit le cadre considéré (AAD, plateau technique ou maison de naissance), le nombre de sollicitations par des parents qui souhaitent pouvoir en bénéficier excède largement l'offre. Ainsi, par exemple, la maison de naissance parisienne, *Comme à la Maison* (Calm), indique sur son site : « Le nombre de demandes de suivi est de plus en plus nombreux et dans le même temps le nombre de refus s'accroît au regard de notre impossibilité d'y répondre (rappelons qu'il n'y a que 6 sages-femmes au CALM et 2 salles de naissance), nous avons dû à contrecœur, réduire la distance domicile-CALM en transports en commun dans les conditions d'inscription. Les futurs parents doivent désormais habiter à 30 minutes maximum de la maison de la naissance »[387].
Pourtant, la volonté politique, sans être hostile aux accouchements hors maternité, ne semble pas prête à apporter un véritable soutien aux développements des alternatives. Ainsi, interrogé par une sénatrice du Nord le 30 mars 2023 sur les moyens que le Gouvernement entend déployer pour développer effectivement et dans les meilleurs délais les maisons de naissance[388], le ministère de la Santé et de la Prévention a répondu le 6 avril 2023 en commençant par souligner que « Moins de 1 % des naissances ont eu lieu hors d'une structure de soins en 2016, regroupant à la fois les accouchements survenus de façon inopinée hors structure hospitalière et les accouchements à domicile souhaités par les femmes, ce qui confirme le caractère marginal de ces dernières situations en France. Cela s'explique par l'effort important fait depuis plusieurs décennies dans notre pays pour sécuriser la naissance et réduire la mortalité maternelle et néonatale susceptible de survenir à cette occasion. Cette politique a porté ses fruits puisque, par exemple, la mortalité maternelle qui s'élevait à 13,2 pour cent-mille femmes en 1996 s'établit aujourd'hui à 10,3. La sécurisation de la naissance continue d'animer la politique gouvernementale actuelle, dans un contexte où les indicateurs de morbi-mortalité périnatale sont en stagnation depuis plusieurs années en France. Le Gouvernement s'attache ainsi prioritairement à conforter la place et les conditions de fonctionnement des maternités »[389].
La réponse est éloquente à plusieurs égards. Tout d'abord, on pourra relever que le ministère s'appuie, non sans une certaine ironie, sur le nombre de naissances en maternité pour justifier un soutien limité aux dispositifs d'accouchement hors maternité alors même, précisément, que ce développement insuffisant des dispositifs alternatifs conduit les femmes qui souhaiteraient en bénéficier à aller, à défaut, accoucher en maternité. Enfin, cette réponse laisse apparaître un

[385] V. en ce sens Eva Vitrai. Accouchement en plateau technique lors de l'accompagnement global à la naissance : motivation et satisfaction des patientes : étude réalisée sur le territoire auvergnat auprès de 209 sages-femmes. Médecine humaine et pathologie. 2018. dumas-01993183
[386] V. par exemple les extraits d'entretien dans C. Thomas, *op. cit.*, p.
[387] http://www.mdncalm.org/conditions-de-suivi-et-de-naissance-au-calm/
[388] Question Publiée dans le JO Sénat du 30/03/2023 - page 2115
[389] Réponse Publiée dans le JO Sénat du 06/04/2023 - page 2405

argument récurrent pour s'opposer au développement de ces prises en charges alternatives : la sécurité.

Des réticences quant à la sécurité. Comme le relevait le docteur Vercoustre « l'argument de l'hémorragie, c'est celui que les opposants à l'accouchement à domicile saisissent en premier, qu'ils exhibent, qu'ils brandissent triomphalement, avec une certitude tranquille. Car ils sont convaincus que cet argument est imparable et que, grâce à lui, ils vont triompher » et le médecin d'expliquer ensuite pourquoi cette certitude mérite d'être interrogée et comment sa pratique lui a appris au contraire les risques d'une médicalisation à tous crins, mobilisée sans discernement, sans réflexion et partant souvent à mauvais escient. Il poursuit à cette fin l'exemple de l'hémorragie de la délivrance :

> « Dans le sens commun, la technique est toute-puissante, elle résout tous les problèmes. Mais dans le cas de l'hémorragie de la délivrance, c'est le contraire, parce qu'on utilise trop rapidement et sans discernement des moyens disproportionnés à la pathologie que l'on traite. Quatre-vingt-dix neuf fois sur cent, ces hémorragies pourraient se résoudre avec des moyens simples non chirurgicaux. Et d'ailleurs, il y a deux ans, un ami obstétricien me parle d'une nouvelle technique qui consiste à introduire un ballonnet dans la cavité utérine pour tamponner. Je lui dis que j'aimerais bien essayer cette technique dans notre service, et j'ajoute que je préfèrerais que mes jeunes assistants jouent au ballon plutôt qu'ils infligent ces interventions qui ont assez souvent des complications graves. Depuis que le ballon est disponible dans le service, je n'ai plus eu à déplorer de passage au bloc pour ces interventions mutilatrices »[390].

Par ailleurs, les études comparatives réalisées sur des grossesses à bas risques montrent un niveau de sécurité équivalent entre un accouchement hors maternité et un accouchement en maternité et un taux de transfert en cours de travail vers une maternité relativement bas[391]. Au contraire, l'accompagnement global et l'accouchement hors maternité semble limiter les risques iatrogènes, favoriser l'établissement du lien parent-enfant et limiter les risques de dépression du *post-partum*.

> Ainsi, par exemple, « les complications maternelles observées dans la patientèle des maisons de naissance se sont situées à des taux très faibles et dans la moyenne des résultats observés dans les maisons de naissance européennes. Il n'est rapporté aucune situation particulièrement "critique" en 2018 (...), alors que le nombre total de parturientes prises en charge l'année considérée aurait pu y conduire, selon les taux habituellement constatés. S'agissant de la principale cause de morbi mortalité maternelle en population générale (l'hémorragie du post partum), on peut noter que les situations rencontrées pendant l'expérimentation n'ont pas excédé la fréquence habituelle. L'hémorragie sévère du post-partum a concerné 1,4% des femmes accompagnées en maisons de naissance pendant le travail : même si les grossesses concernées sont uniquement des grossesses à bas risque, sans facteur prédisposant à l'hémorragie identifié, il est intéressant de noter que ce taux est inférieur à celui répertorié en population générale. Aucune n'a de surcroît nécessité d'acte de traitement de deuxième ligne, tels qu'une ligature vasculaire, hystérectomie ou embolisation. Les mêmes constats sont posés concernant les nouveau-nés: seulement 6,2% d'entre eux ont nécessité un transfert immédiat ou secondaire en maternité ou néonatalogie, alors que le taux de transfert pour les bébés nés en maternité s'élève à 9,9% (...) En conséquence, même si ces données doivent être analysées en considérant que la population cible est une population à "bas risque", elles ne mettent pas en évidence un

[390] L. Vercoustre, « Dénouer les liens entre la naissance et l'hôpital ? », *in* M.-F. Morel, *Naître à la maison. D'hier à aujourd'hui*, Eres, 2016, pp.189-202.

[391] Ministère des Solidarités et de la Santé, Rapport au Parlement relatif à l'expérimentation des maisons de naissance, janvier 2020, 25p., p.17 et s.. Apaad, "L'accouchement accompagné à domicile. Pratique des sages-femmes françaises accompagnant les naissances à domicile. État des lieux 2018", septembre 2019

"sur risque" évident lié à la prise en charge en maison de naissance, ce qui est d'ailleurs conforme à ce qui est considéré à l'étranger par la littérature internationale »[392].

Il ne s'agit cependant pas de dire que toutes les naissances devraient intervenir en dehors d'une structure hospitalière. Non seulement ce cadre permet de répondre aux besoins et attentes de nombreuses femmes qui souhaitent bénéficier d'une prise en charge médicamenteuse de la douleur, mais encore et surtout le cadre hospitalier permet la prise en charge sécurisée de grossesses à hauts risques ou d'accouchements qui sont l'objet de complications grâce, précisément, à l'utilisation de la technique, ici indispensable et salvatrice. Il s'agit seulement de souligner que les alternatives qui existent présentent elles-aussi des avantages : « Si toutes les sages-femmes de France étaient comme les sages-femmes hollandaises, libérales, travaillant en binôme, faisant à peu près chacune une centaine d'accouchements, y'aurait du monde qui serait satisfait, la sage-femme professionnellement et les femmes…et la sécurité sociale… mais ça, on n'en veut pas »[393].

Volonté politique et soutien financier. En effet, et c'est le troisième et dernier enseignement qui peut être tiré de la réponse précitée du ministère, le tropisme tendant à associer sans nuance accouchement sécurisé et système hospitalier conduit à des allocations budgétaires orientées vers les maternités à l'exclusion d'un soutien financier réel pour le développement des alternatives.
Or, un tel soutien financier est demandé par les professionnels et les associations de parents et de patients. Ont ainsi pu être sollicitées une revalorisation du montant de la prise en charge de l'accouchement par la Sécurité sociale ou la mise en place d'un forfait pour l'accompagnement global des femmes[394]. Ce soutien financier participerait certainement d'une meilleure attractivité pour les sages-femmes libérales de l'accompagnement global et partant une meilleure répartition de la charge de travail. Car, en effet, l'accompagnement global est un suivi qui exige une grande disponibilité, peu respectueuse de la vie privée de la sage-femme si elle ne peut compter sur une ou plusieurs collègues en renfort, et réservé aux personnes disposant de ressources suffisantes pour assumer les dépassements d'honoraires que la sage-femme facture pour que sa pratique reste viable financièrement. Un tel soutien financier n'épuisera toutefois pas les difficultés juridiques et pratiques auxquelles se heurte le développement des alternatives à l'accouchement en maternité et qu'il convient maintenant d'envisager.

B. L'accouchement à domicile, un choix suspect

La lecture du droit en présence donne l'impression d'un va et vient entre la reconnaissance de la liberté de choix et la limitation de la portée pratique de cette dernière en matière d'accouchement à domicile, qu'il s'agisse de l'accouchement assisté à domicile (AAD), c'est-à-dire de l'accouchement à domicile réalisé avec l'assistance d'une sage-femme (1) ou de l'accouchement non assisté (ANA), c'est-à-dire sans la présence d'un professionnel (médecin ou sage-femme) (2).

---

[392] Ministère des solidarités et de la santé, Rapport au Parlement relatif à l'expérimentation des maisons de naissance, janvier 2020, 25p., p.17 et s.. Pour l'AAD, v. V. Saget, *L'accouchement accompagné à domicile comparé au bas risque en milieu hospitalier*, mémoire de Sage-femme, Université de Clermont-Auvergne, 2019, 80 p. par ex. « Cette étude a montré que les issues maternelles sévères ainsi que les issues néonatales défavorables semblaient significativement diminuées pour les enfants des mères ayant prévu d'accoucher à domicile par rapport à l'ensemble des naissances en maternité ».

[393] Citée par C. Thomas,

[394] Si un tel forfait n'existe pas pour l'heure, il est à noter que l'avenant 6 à la convention nationale des sages-femmes, conclu le 22 décembre 2022 et publié au Journal officiel le 28 mars 2023 tend à valoriser financièrement l'intervention des sages-femmes libérales réalisant des accouchements en maisons de naissance ou dans le cadre de la location de plateaux techniques dans les établissements de santé. Pour les accouchements réalisés en plateau technique, il crée un forfait de 80 euros visant à rémunérer la disponibilité et l'astreinte de la sage-femme sur le dernier mois de grossesse. Pour les accouchements réalisés en maison de naissance, il crée des forfaits visant à rémunérer la surveillance du travail d'accouchement (300€) et la surveillance du post-partum immédiat (150 euros).

1. Le cas de l'AAD

L'AAD est l'objet d'une réception mitigée par le droit. La prudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière en est une parfaite illustration (a) et se retrouve dans les dispositions de la Kouchner de 2002 lues à l'aune du droit des assurances (b). Cette situation peut s'avérer génératrice de violences pour les femmes (c).

a) La CEDH : la liberté de choix des parturientes conciliée à la protection de la santé des nouveaux-nés

La Cour européenne des droits de l'Homme fait du principe du choix de la patiente un droit relevant du respect de sa vie privée et familiale. À cet égard, l'arrêt *Ternovszky c. Hongrie* est sans équivoque[395]. Dans cette espèce, une femme hongroise avait choisi d'accoucher à domicile sans assistance médicale mais avec la possibilité de la solliciter en cas de nécessité[396]. À première lecture, le droit hongrois ne semblait pas s'opposer à ce choix. En effet, il reconnaît, tout comme le droit français, la liberté de choix du patient. Toutefois, les autorités hongroises avaient limité la portée de ce principe dans le champ des soins obstétricaux en interprétant une disposition qui sanctionne le professionnel de santé n'agissant pas de manière compatible avec l'exercice de sa profession ou avec le droit. Pour les autorités, les accouchements à domicile sont incompatibles avec l'activité de médecin, ce qui les a conduites alors à diligenter une enquête dans une espèce similaire aux fins de sanctionner le professionnel de santé. Ainsi, l'interprétation faite du droit hongrois conduisait en pratique à dissuader les accouchements à domicile assistés par un professionnel, ce que la requérante dénonçait en l'espèce. L'argument fut suivi par la Cour européenne des droits de l'Homme, pour qui cette situation contrevient à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale, lequel comprend le respect de l'autonomie décisionnelle du patient. En effet, la patiente n'avait pas pu accoucher comme elle le souhaitait. Ainsi, toute limitation de ce droit devait être sanctionnée à défaut d'être dûment justifiée. L'arrêt de la Cour semblait faire de l'autonomie décisionnelle de la parturiente un principe auquel il serait difficilement dérogé.

Toutefois, quelques années plus tard, la Cour a mis en balance cette autonomie avec une autre liberté fondamentale : la protection de la santé du nouveau-né, limitant la portée du principe posé. En effet, dans un arrêt *Dubská et Krejzová c. République Tchèque* (2016) [397], deux femmes alléguaient la violation du droit au respect de leur privée en raison de la législation tchèque sanctionnant disciplinairement et pénalement les sages-femmes pratiquant des accouchements à domicile ce qui avait conduit la première femme à accoucher seule à domicile et la seconde à donner naissance dans une maternité. En 2014, la CEDH avait jugé dans cette espèce l'absence de violation de l'article 8 de la Convention au motif que l'ingérence dans la vie privée des intéressées était justifiée par la volonté de protéger la santé et la sécurité des nouveaux-nés. Pour les juges, en l'absence de consensus sur l'autorisation des accouchements à domicile en Europe, les États disposent d'une large marge d'appréciation pour limiter ces pratiques. Aussi, selon les juges, l'argument visant à faire primer la protection de la santé des nouveau-nés sur le choix de leurs mères d'accoucher dans des conditions satisfaisantes pour elles pouvait être entendu.

En appel la Grande Chambre réitère les arguments développés en 2014 et indique tout d'abord que : « si l'article 8 ne peut être interprété comme conférant un droit d'accoucher à domicile en tant que tel, le fait qu'il soit impossible en pratique pour les femmes de se faire assister pour

[395] CEDH, affaire TERNOVSZKY c. HONGRIE, 14 décembre 2010 (requête n° 67545/09), D. Roman, « L'accouchement non médicalisé devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDSS*, 2011 p.441 ; J.-P. Marguénaud, « Le droit d'accoucher chez soi », *RTD civ.*, 2011, p. 309.
[396] Décision, paragraphe 20.
[397] Dubská et Krejzová c. République Tchèque (requêtes nos 28859/11 et 28473/12), 15 novembre 2016.

accoucher à leur domicile privé relève de leur droit au respect de la vie privée et, dès lors, de l'article 8. En effet, donner la vie est un moment unique et délicat dans la vie d'une femme. La mise au monde d'un enfant englobe des questions touchant à l'intégrité physique et morale, aux soins médicaux, à la santé génésique et à la protection des informations relatives à la santé. Ces questions, y compris le choix du lieu de l'accouchement, sont donc fondamentalement liées à la vie privée d'une femme et elles relèvent de cette notion aux fins de l'article 8 de la Convention »[398]. La Cour note que la situation dans laquelle ont été placées les plaignantes est bien une ingérence dans le droit protégé par l'article 8. La Cour passe alors au deuxième temps de sa réflexion : l'analyse de la justification de la République Tchèque. Pour la Cour une première question se pose : l'État Tchèque dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour limiter, dans ce cadre, la portée de l'article 8. À cet égard, la Cour précise que la gestion et la prise en charge des accouchements à domicile a des implications importantes en matière de santé publique et constitue une « question complexe de politique de santé exigeant une analyse par les autorités nationales de données spécialisées et scientifiques sur les risques respectifs de l'accouchement à l'hôpital et de l'accouchement à domicile »[399]. Les juges notent alors que l'organisation des accouchements à domiciles implique de soustraire des ressources financières étatiques aux maternités afin de les allouer à ces soins particuliers. En somme, les accouchements à domicile, bien que ne soulevant aucune question morale ni éthique selon la Cour, semblent être un casse-tête économique, social et de santé publique, offrant une large marge de manœuvre aux États pour contraindre la liberté des patientes, d'autant que cette pratique ne fait pas l'unanimité dans les autres états parties à la convention.

Une marge d'appréciation importante est donc laissée aux États parties pour contraindre les patientes à accoucher en dehors de leur domicile et la justification visant à indiquer qu'une maternité sera mieux à même de prendre en charge techniquement et matériellement les urgences fœtales, qu'une sage-femme seule à domicile est alors difficilement parable[400]. La CEDH pose donc un principe, celui du respect des droits des patientes mais en limite la portée en retenant l'argument tchèque insistant sur la meilleure prise en charge médicale des nouveaux-nés en maternité et aux enjeux économiques de santé publique. Au détour de cet arrêt, la Cour fait de l'accouchement à domicile, et des accouchements en général, une « question complexe de politique de santé publique » pourtant très peu relayée comme tel dans les états nationaux.
Ces hésitations se retrouvent en France dans le cadre juridique applicable à l'accouchement assisté à domicile.

b) Les dispositions de la loi Kouchner : le droit des patients c. le droit des assurances

Contrairement au droit tchèque, le droit français n'interdit pas la pratique de l'AAD mais est suffisamment ambivalent pour la décourager et la marginaliser[401]. Il est frappant de noter que c'est la loi Kouchner relative aux droits des malades de 2002, laquelle impose avec force le principe de l'autonomie décisionnelle des patients, qui conduit, par d'autres dispositions, à ce phénomène de découragement nuisant à cette même autonomie décisionnelle en matière d'accouchement. En effet, la loi de 2002 introduit des obligations assurantielles pour les professionnels de santé lesquelles semblent insurmontables pour les sages-femmes pratiquant des AAD, les empêchant de proposer de tels soins et accompagnements aux patientes. Le droit impose en effet à tout professionnel de santé de souscrire, pour son activité libérale, une assurance couvrant sa responsabilité civile. L'article L.1142-2 du Code de la santé publique (CSP) précise qu'« en cas de manquement à l'obligation d'assurance prévue au présent article, l'instance disciplinaire

398 *Ibid.* § 163.
399 *Ibid.* § 182
400 *Ibid.* § 186.
401 Sur le nombre comparatif d'AAD dans différents pays, voir Apaad, « L'accouchement accompagné à domicile » *op.cit* ; ANESF, Accouchement Accompagné à domicile, novembre 2020

compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires ». Des décrets successifs sont venus encadrer les montants minimums de garantie de ces assurances sans distinguer les professions de santé ou les pratiques médicales. Le dernier décret en date du 29 décembre 2011 (n° 2011-2030) impose aux polices d'assurance de couvrir au minimum 8 millions d'euros par sinistre (au lieu de 3 millions précédemment) et au minimum 15 millions de garantie totale par an[402]. De telles conditions ont eu pour conséquence de relever le montant des primes d'assurance notamment pour les pratiques jugées les plus à risques, les AAD entrant, selon les assureurs, dans ce champ. Ainsi, les assureurs semblent frileux à l'idée de souscrire de telles polices, s'inquiétant de la sinistralité des AAD. Aussi, pour l'heure, les assureurs français tendent à refuser purement et simplement de proposer ces garanties aux sages-femmes pour les AAD[403].

Pour contourner le refus des assureurs de proposer ces polices, les sages-femmes ont la possibilité de saisir le Bureau central de tarification (BCT) qui a pour rôle de trouver une police d'assurance pour les professionnels ayant une obligation légale de se faire assurer. Le Bureau fixe la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance désignée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. La pratique témoigne que si le BCT permet d'obtenir une police d'assurance, son coût reste élevé pour les sages-femmes. L'une d'entre elles a saisi le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel pour contester le montant fixé par le BCT[404] mais sans obtenir gain de cause. En effet, pour la cour le montant élevé de la prime (22 099, 39 euros TTC) était justifié, des études soulignant que « l'accouchement programmé à domicile présente au mieux des risques équivalents à ceux d'un accouchement dans un établissement de santé (...) voire des risques plus élevés » et « qu'en cas d'accouchement à domicile un transfert rapide vers un établissement de santé n'est pas garanti, si bien qu'aux risques que peut présenter l'accouchement d'une femme même dont la grossesse est apparue sans risque ou à faible risque, s'ajoute celui de ne pouvoir traiter d'éventuelles complications avec toute la célérité qui s'imposerait, ce qui peut être un facteur d'aggravation ». L'activité est bien risquée selon la cour et les assureurs, ce qui justifie des polices élevées. Cette argumentation semble convaincante. Toutefois, il existe très peu de données concernant la sinistralité des AAD et les projections offertes par les assureurs et reprises pas les juges sont contestées par les sages-femmes qui ne les jugent pas représentatives de la réalité[405]. Il est cependant logique que le manque de données fiables sur les AAD ainsi que l'absence de recommandations de bonnes pratiques pour ces accouchements conduit à marginaliser ces AAD qui se mettent en place en l'absence de procédures officielles (par exemple sans convention entre les sages-femmes et les centres hospitalier et les services du SAMU pour la prise en charge en urgence de leurs patientes). Mais, il peut être regretté l'absence de mobilisation sur ces deux points, notamment de la HAS. Aussi, les AAD demeurent une pratique jugée comme en dehors des cadres, justifiant alors à la fois ces pratiques assurantielles mais aussi le manque de soutien du législateur qui pourrait intervenir comme il l'a fait dans d'autres instances pour cofinancer ces primes d'assurances. En effet, les difficultés assurantielles des sages-femmes sont partagées par d'autres professionnels de santé exerçant dans diverses spécialités. À cet égard, le législateur est intervenu pour que l'Assurance maladie prenne en charge une partie de la prime d'assurance des médecins lorsqu'elle est trop importante à supporter[406]. Le pouvoir exécutif ne semblait pas, jusque récemment, enclin à porter des réformes en la matière pour étendre ce soutien aux sages-femmes. Ainsi, en 2019 le gouvernement répondait à une question parlementaire posée sur ce thème en indiquant que la politique gouvernementale se penche plutôt en faveur de l'ouverture de maisons de naissance, plus protectrice de la santé des nouveaux-nés[407]. Mais là encore, le mouvement de dénonciation des

[402] Décret du 29 décembre 2011 (n° 2011-2030).
[403] C. Thomas, *op. cit*.
[404] CAA Paris, 8ème chambre, 04/07/2019, 18PA01305.
[405] V. Apaad, « L'accouchement accompagné à domicile », *op. cit*.
[406] Article D185-1 Code de la sécurité sociale.
[407] https://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ191012644.html

"violences gynécologiques et obstétricales", les demandes accrues d'un accompagnement plus personnalisé et d'un accouchement moins médicalisé et les difficultés liées à la désertification médicale semblent avoir ouvert la porte à une réflexion des Parlementaires sur ce sujet. Au début de l'année 2023, une proposition de loi a été déposée au Sénat le 12 janvier 2023 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bientraitant[408]. Cette proposition prévoit en son article 6 l'extension aux sages-femmes pratiquant l'accouchement à domicile l'aide financière de l'Assurance maladie dont disposent notamment les gynécologues pour payer les primes de l'assurance obligatoire de responsabilité civile. Le débat pourrait donc être rouvert dans un contexte plus favorable à la reconnaissance de l'AAD.

L'élaboration d'un cadre juridique plus clair pour la pratique de l'AAD paraît au demeurant souhaitable. Les sages-femmes qui acceptent de faire de l'AAD attestent d'un accroissement des demandes face auquel le manque de soutien et d'encadrement peut conduire à des pratiques plus dangereuses que ce soit de la part des femmes qui, découragées de trouver une sage-femme pour les accompagner, décident d'accoucher seules ; de la part des sages-femmes qui peuvent retarder le transfert en raison des répressions auxquelles elles s'exposent de la part des professionnels hospitaliers et de l'accueil souvent peu chaleureux réservé à leur patiente ; ou de la part des équipes des établissements de santé qui, ne voyant pas d'un bon œil le choix de l'AAD, peuvent manquer de bienveillance dans la prise en charge de la patiente transférée. Ainsi, le manque d'encadrement institutionnel des AAD peut être générateur de "violences gynécologiques et obstétricales".

c) Le manque d'encadrement institutionnel des AAD : une situation génératrice de "violences gynécologiques et obstétricales" ?

À ces obstacles s'ajoutent l'absence de soutien institutionnel pour ce type d'accouchement qui se traduit par le très faible taux de conventions passées entre les hôpitaux et les sages-femmes libérales pour la prise en charge des urgences et des suites de couches lors des AAD. L'Association professionnelle de l'accouchement accompagné à domicile, qui milite activement pour la reconnaissance de ces pratiques et mène des entretiens auprès de sages-femmes, indique dans un rapport publié en 2019, que les accords lorsqu'ils sont conclus entre les centres hospitalier, les services du SAMU et les sages-femmes demeurent non officiels. Le rapport indique ainsi que :

> « 6 sages-femmes ont réussi à mettre en place des accords avec les services d'urgences mobiles dans le cadre des transferts d'AAD, malgré l'absence de politique nationale. Dans tous ces cas, les accords sont passés avec le SAMU. Parmi ces 6 sages-femmes, une seule a passé un accord écrit direct et une autre un accord via la maternité partenaire. Les accords reposent sur 2 fonctionnements principaux :
> - Enregistrement de la patiente auprès du SAMU comme patiente « remarquable » durant la grossesse
> - Appel de la régulation pour avertir d'un AAD en cours et ouvrir un dossier, puis rappel pour clôturer le dossier en fin de surveillance. »[409]

De même, le rapport de l'association fait état de difficultés à organiser officiellement la prise en charge des suites de couche des patientes ayant accouché à domicile, du moins auprès des sages-femmes interrogées[410]. Ainsi, le droit en vigueur ne crée pas un climat propice à l'acceptation et à l'encadrement des AAD, mais un environnement donnant lieu à leur marginalisation notamment institutionnelle. C'est en filigrane ce qui transparaissait de l'arrêt de la CEDH *Dubská et Krejzová c. République Tchèque* de 2016 évoqué plus haut. Dans cet espèce la Cour notait que la République tchèque n'avait « pas mis en place de système d'assistance d'urgence spécialisée pour les

[408] Proposition de loi, Sénat, n°238, visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bientraitant.
[409] APAAD, Pratique des sages-femmes françaises accompagnant les naissances à domicile, État Etat des lieux 2018, sept. 2019, p.21.
[410] *Ibid*, p.22.

accouchements à domicile ». Selon les juges, « l'absence d'un tel système est de nature à accroître les risques pesant sur les femmes qui accouchent à domicile ainsi que sur leurs bébés »[411]. La Cour relevait, au paragraphe 187 de son arrêt, que la prise en charge des AAD est formalisée dans d'autres États parties à la Convention, lesquels imposent institutionnellement des règles :

- « la grossesse doit être à « faible risque » ;
- il faut qu'une sage-femme qualifiée soit présente lors de l'accouchement et puisse déceler toute complication et, si nécessaire, faire transporter la mère à l'hôpital pendant le travail ;
- enfin, ce transfert doit être assuré dans un délai très court »

Pour les juges, cette structuration institutionnelle est un gage de prise en charge médicale et donc sécurisée des AAD.

En France, il n'y a pas de structuration institutionnelle de l'AAD et l'intégration de celui-ci au système de santé fait partie des revendications des sages-femmes qui le pratiquent. Pour l'heure donc, tout dépend des conventions que la sage-femme aura pu conclure sur sa zone géographique d'activité. Certaines arrivent à conclure des conventions de partenariat avec une maternité. La signature de telles conventions de transfert est à la discrétion des chefs d'établissement. Si beaucoup restent très hostiles par principe à l'AAD et refusent donc également par principe la mise en place de telles conventions, un mouvement semble ici encore s'être amorcé et certains chefs de service s'être sensibilisés à la question. « En témoigne l'expérimentation lancée en 2018 par le gynécologue obstétricien Jacky Nizard, à l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière, à Paris. Estimant que l'accouchement à domicile restait un impensé politique en France, malgré les demandes de femmes, il a entrepris de faire dialoguer les différents acteurs médicaux concernés (sages-femmes, SAMU et pompiers appelés en cas de transfert, hôpital de rattachement…). *« Si ça se passe mal, c'est nous, à l'hôpital public, qui accueillons les complications. Autant travailler en amont »*, explique-t-il. Ces acteurs se parlent désormais sur une base mensuelle, et les patientes suivies par des sages-femmes pratiquant l'AAD sont également examinées, en fin de grossesse, par Jacky Nizard. Une cinquantaine de femmes sont ainsi accompagnées, à la fois par une sage-femme et un hôpital, dans leur projet de naissance à domicile »[412]. Mais on est encore loin d'une véritable intégration de l'AAD dans la prise en charge de la grossesse et de l'accouchement.

Une telle intégration serait favorisée par diverses mesures telles que :

- une tarification au forfait du suivi de la grossesse et de l'accouchement qui permettrait une revalorisation de l'accouchement hors maternité pour lequel le reste à charge pour les familles est souvent important, contrairement à l'accouchement en maternité où il est souvent nul, alors même qu'un accouchement à domicile coûte beaucoup moins cher à la sécurité sociale qu'un accouchement à l'hôpital.
- l'élaboration de recommandations de la HAS sur les conditions permettant un AAD et celles nécessitant un transfert, ainsi que l'autorité a pu le faire pour les maisons de naissance
- l'élaboration d'un modèle de convention de transfert
- l'extension de l'aide financière à la prime de responsabilité civile par l'Assurance maladie avec, le cas échéant, élaboration de maxima de primes sur la base d'une étude de la sinistralité de l'AAD en France et dans les pays où l'AAD est intégré au système de santé.

Un tel encadrement serait de nature à favoriser un développement de l'AAD plus conforme à l'importance de la demande des couples et, corrélativement, d'éviter que certaines femmes ne fassent, pas défaut, le choix d'un accouchement non assisté à domicile qui présente quant à lui des risques accrus pour la santé de la mère et de l'enfant et aiguise la suspicion des autorités.

[411] §186.

[412] I. Deroeux, « L'accouchement à domicile est-il autorisé, et dans quelles conditions ? », *Le Monde*, 17 juin 2022

2. Le cas de l'accouchement non assisté (ANA)

Les accouchements à domicile sans assistance font l'objet de réticences encore plus grandes que l'AAD. Celles-ci sont notamment révélées par l'application faite du droit civil relatif aux déclarations des naissances auprès des officiers d'état civil. Ces derniers imposent le plus souvent de leur produire un certificat d'accouchement émis par un professionnel de santé pour recueillir la déclaration de naissance. Or, le droit n'impose pas ce document. L'article 56 du Code civil indique que « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront accompagné à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée » et que « L'acte de naissance sera rédigé immédiatement ». Ainsi, la déclaration du père, d'un témoin de l'accouchement ou de la personne chez qui la femme a accouché est suffisante pour enregistrer la naissance. La presse se fait pourtant écho des refus opposés par les officiers d'état civil de prendre en compte certaines déclarations, faute de certificat d'accouchement[413], voire de situations où ces mêmes officiers saisissent les services sociaux qui retirent, pour ainsi dire à titre conservatoire, l'enfant à ses parents. Les faits rapportés relatifs aux espèces concernées témoignent souvent de situations complexes où l'absence du certificat se combine à d'autres difficultés pratiques qui interpellent les autorités qui craignent soit des mauvais soins ou dans le pire des cas le trafic d'êtres humains dissimulé sous le prétexte d'un accouchement à domicile. Ces craintes doivent être prises au sérieux mais conduisent à restreindre la liberté de choix des patientes[414].

Ces exemples soulignent donc combien la question de l'autonomie individuelle dans le champ des soins obstétricaux et gynécologiques dépend de politiques de santé. En ce sens, chaque à-coup en faveur de l'autonomie décisionnelle des patientes nécessite de penser l'organisation des soins des patientes, leur financement et leur encadrement pour garantir aussi la sécurité des femmes et des enfants.

C. Les maisons de naissance et les plateaux techniques : une offre insuffisante

Dès la fin des années 1980, les sages-femmes libérales réunies autour de l'association nationale des sages-femmes libérales (ANSFL) se sont battues « pour que leur travail soit reconnu et pour qu'il leur soit possible de proposer aux couples qui les sollicitent pour l'accompagnement des naissances des enfants un lieu autre que le domicile permettant d'assurer des conditions favorables au moment de l'accouchement »[415]. Le souci de l'ANSFL était donc de permettre aux femmes de bénéficier de l'accompagnement global à la naissance qu'elles recherchent et qui ne leur est pas proposé en maternité tout en leur offrant, au moment de l'accouchement un cadre différent de leur domicile, facilitant la médicalisation de l'accouchement lorsque celle-ci est nécessaire et permettant aux femmes qui souhaitent un accompagnement global, mais ne veulent pas accoucher à domicile, un lieu alternatif. Dans un premier temps, cette possibilité s'est résumée à l'accès à un plateau technique (1). La femme vient à la maternité accompagnée de sa sage-femme libérale et une salle d'accouchement est mise à leur disposition. L'accompagnement global est donc respecté, l'équipe médicale et les protocoles médicaux du service n'intervenant qu'en cas de complication de l'accouchement et donc de "transfert" de la patiente vers une prise en charge par l'équipe du service

[413]https://www.nouvelobs.com/societe/20210618.OBS45439/separee-de-son-enfant-apres-avoir-accouche-a-domicile-deux-versions-s-affrontent.html

[414] Il est à noter qu'un certificat médical peut être exigé par les services de l'état civil, dans le cas de la déclaration d'un enfant décédé avant que sa naissance soit déclarée à l'état civil. L'article 79-1 du Code civil exige la production d'un « certificat médical » pour attester de la naissance et du décès.

[415] C. Thomas, *op.cit.*,

de la maternité au sein de laquelle se déroule l'accouchement. Par la suite, une autre alternative a été mise en place, la maison de naissance (2), lieu accolé à une maternité mais qui est géré par des sages-femmes libérales. Les alternatives existent donc, mais sont confrontées à d'importantes difficultés qui en entravent le développement et l'accessibilité pour les femmes.

1. Plateaux techniques

La femme peut souhaiter bénéficier d'un accompagnement global et se lancer dans l'aventure d'un accouchement physiologique sans pour autant vouloir renoncer à la sécurité que peut procurer un environnement médicalisé. En ce cas, le choix d'un accouchement en plateau technique paraît une alternative intéressante pour elle. La femme sera alors suivie pendant toute sa grossesse par une sage-femme libérale qui assurera donc la préparation à l'accouchement. C'est cette même sage-femme qui assiste la femme pour son accouchement, mais celui-ci a lieu dans une maternité et, en cas de complications, l'équipe de la maternité pourra prendre le relai. Cet accès aux locaux et au matériel à titre locatif doit être validé par l'ARS et le comité médical d'établissement.
Grâce à la mobilisation de l'association nationale des sages-femmes libérales (ANSFL), cette forme d'accompagnement a pu trouver une assise légale dès le début des années 1990. Cette légalisation est passée par différents décrets et circulaires, mais reposait surtout sur la loi hospitalière (n°91-748) du 31 juillet 1991 qui prévoit que « les médecins et les autres professionnels de santé non hospitaliers peuvent être associés au fonctionnement des établissements assurant le service public hospitalier ; ils peuvent, par contrat, recourir à leur plateau technique afin d'en optimiser l'utilisation ». Cette disposition a d'abord été inscrite à l'article L.711-5 du Code de la santé publique, lequel deviendra ensuite l'article L.6112-4 qui, en son dernier état, disposait : « Les médecins et les autres professionnels de santé non hospitaliers peuvent (...) par contrat, recourir à leur plateau technique afin d'en optimiser l'utilisation. Toutefois, lorsque ce plateau technique appartient à un centre hospitalier et est destiné à l'accomplissement d'actes qui requièrent l'hospitalisation des patients, son accès aux médecins et sages-femmes non hospitaliers s'effectue dans les conditions définies à l'article L. 6146-2 ». Ce texte venait donc donner une assise explicite à la possibilité pour les sages-femmes libérales de passer avec un établissement de santé une convention de mise à disposition d'un plateau technique. La réforme de l'hôpital a conduit à la suppression de ce texte spécifique en 2016, mais la possibilité offerte aux établissements de santé de conclure des conventions avec des professionnels non hospitaliers a été maintenue, notamment par l'article L.6146-2 du Code de la santé publique. L'assise légale de l'accouchement en plateau technique ne soulève donc pas de difficultés, lesquelles s'avèrent en réalité d'ordre pratique.

En 2009, l'ordre national des sages-femmes regrettait « que peu de structures de santé n'ouvrent actuellement leurs plateaux techniques aux sages-femmes pour qu'elles effectuent des accouchements »[416]. Les difficultés à la conclusion, mais aussi à la mise en œuvre et donc à la pérennité de telles conventions, sont de plusieurs ordres : tout d'abord une méconnaissance encore trop grande de l'accompagnement global qui conduit de nombreux professionnels qui ne le pratiquent pas à le déconsidérer[417] ; la réticence des collègues des établissements de santé qui n'apprécient pas que les sages-femmes libérales puissent exercer leur activité dans les locaux du service, mais en toute autonomie, donc sans être soumises à la hiérarchie ni à tous les protocoles de l'établissement et qu'elles ne les sollicitent qu'en cas de problème ; l'opposition des médecins qui invoquent des problèmes de responsabilités médico-légales et des démarches administratives trop complexes, qui s'opposent aux sorties précoces des femmes et surtout des enfants, etc[418]. De

[416] Livre vert sur le personnel de santé. Contribution de l'Ordre des Sages-femmes français, 30 mars 2009, p.3, disponible sur https://ec.europa.eu/health/ph_systems/docs/onsf_fr.pdf
[417] C. Thomas, *op. cit.*
[418] V. sur ce point, B. Lafont, *Accès des sages-femmes libérales aux plateaux techniques,* mémoire de fin d'études, université Claude Bernard, Lyon 1, 2010, 83 p.

fait, les chefs de service et les établissements ignorent bien souvent le cadre juridique et administratif à appliquer pour un accès au plateau technique et invoquent des questions de responsabilité pour justifier l'impossibilité d'une collaboration. En outre, les suspicions à l'encontre de l'accompagnement global de certains chefs de service et établissements peuvent les conduire à vouloir imposer à la sage-femme libérale, dans le cadre de la convention, de nombreuses obligations visant en réalité à forcer la sage-femme à réintroduire de la médicalisation dans son suivi indépendamment de son appréciation de la situation. Or, de telles obligations portent atteinte à l'indépendance professionnelle des sages-femmes en violation des dispositions de l'article R.4127-307 du Code de la santé publique qui affirment avec force : « La sage-femme ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». Le conseil de l'ordre des sages-femmes, garant de cette autonomie, a donc été amené à censurer nombre de ces conventions.

> « À chaque fois que la clinique proposait un contrat, ça entamait tellement son autonomie professionnelle que ça a toujours été refusé par le Conseil de l'Ordre. Là, on voulait essayer d'en mettre un en place. Or, dans leurs doléances il y avait des choses très concrètes, dans le suivi de grossesse : s'il y a un diagnostic de jumeaux, vous devez envoyer chez le gynécologue, s'il y a un diagnostic de siège à trente-deux semaines, vous devez envoyer chez le gynécologue, il doit y avoir une consultation systématique au huitième mois par le gynécologue, tout ça, ce n'est pas légal… Donc je savais que si je signais ça et que ça passait au Conseil de l'Ordre, ça allait être refusé. » (Entretien avec Anne, sage-femme libérale)[419].

Au-delà des seules difficultés juridico-administratives, la pérennité d'une convention d'accès au plateau technique suppose, également une bonne intégration de la sage-femme libérale au sein de l'équipe de l'établissement de santé. En atteste le témoignage de Maïtie Trélaün, sage-femme libérale, qui partageait en 2003 son expérience dans un article intitulé « L'accès au plateaux techniques en question » : « avec les anesthésistes par exemple, nous ne parlons pas le même langage, les mots n'ont pas le même sens (à commencer par le mot prévention : pour moi, prévenir, c'est ne pas perturber, pour eux c'est faire une péridurale systématique) » : « une tension s'installe autour de "ma" salle de naissance quand nous y sommes déjà depuis un certain nombre d'heures. […] Pourtant je sais qu'en respectant un peu plus que "la normale" le temps de naître, je ne mets personne en danger et que ma conduite est fondée sur du bon sens » [420].

Ainsi, les démarches d'accès à un plateau technique demeurent encore souvent sans issue. A l'entente nécessaire entre la direction et la sage-femme libérale s'ajoutent l'acceptation par le reste de l'équipe, les questions d'assurance et de responsabilités, les limites de l'autonomie par la soumission aux protocoles, la cotation des actes et le pourcentage des revenus à verser à la structure. Une clarification du cadre par voie réglementaire après consultation des parties intéressées et sur la base de recommandations de bonnes pratiques de la HAS pourrait favoriser le développement de conventions équilibrées. La cotation des actes et/ou l'application du forfait de prise en charge (s'il venait à être adopté) en présence et en l'absence de transfert ; les situations imposant un transfert ; en dehors de ces situations, l'affirmation de l'autonomie non négociable des sages-femmes libérales ; un modèle de convention comprenant les règles de responsabilité applicables, etc. Si, dans un premier, un tel cadre réglementaire ne permettrait pas de lever toutes les difficultés, une partie d'entre elles étant d'abord d'ordres relationnel et culturel, il pourrait néanmoins contribuer à légitimer la pratique, d'autant que les bons résultats de ces accouchements (tant sur le plan technique que sur le plan humain) bénéficient à l'établissement qui peut s'en prévaloir dans ses statistiques.

---

[419] Entretien réalisé par C. Thomas, *op. cit.*
[420] Cité par C. Thomas, *op. cit.*

2. Maisons de naissance

Les maisons de naissance sont la seule alternative aux maternités réellement intégrée au réseau de santé périnatale du territoire concerné. Aux termes de l'article L.6323-4 du Code de la santé publique, « les maisons de naissance sont des structures sanitaires au sein desquelles des sages-femmes (...) assurent l'accouchement des femmes dont elles ont suivi la grossesse. Les maisons de naissance s'inscrivent dans une offre de soins diversifiée pour assurer aux femmes le choix de l'accouchement le plus adapté à leurs besoins. La direction médicale des maisons de naissance est assurée par des sages-femmes ». Ce texte est issu de la loi n°2020-1576 du 14 décembre 2020[421] qui a pérennisé l'expérimentation des maisons de naissance autorisée par la loi n°2013-1118 du 6 décembre 2013[422]. Aux termes de cette loi, « La maison de naissance doit être contiguë à une structure autorisée pour l'activité de gynécologie-obstétrique avec laquelle elle passe obligatoirement une convention et avec laquelle un accès direct est aménagé, permettant, notamment, un transfert rapide des parturientes en cas de complication. L'activité de la maison de naissance est comptabilisée avec celle de cette structure » (article 1, al. 2). Pour la mise en œuvre de cette loi, la HAS a publié, en septembre 2014, un cahier des charges définissant un cadre de nature à assurer la qualité et la sécurité des soins pour la mère et l'enfant[423]. Par ailleurs, le décret n°2015-937 du 30 juillet 2015 a fixé « les conditions de l'expérimentation, et notamment les conditions d'établissement de la liste des maisons de naissance autorisées à fonctionner, les conditions de prise en charge par l'assurance maladie de la rémunération des professionnels et les conditions spécifiques de fonctionnement des maisons de naissance ». En application de ces textes et après appel à candidature, neuf sites expérimentateurs avaient été retenus, dont huit ont débuté de façon effective leur activité[424]. Ces maisons sont donc aujourd'hui pérennisées et la HAS vient de prendre position sur la définition de "grossesse à bas risque" permettant la prise en charge dans une maison de naissance en publiant ses recommandations de bonnes pratiques quant aux « critères d'éligibilité à une prise en charge en maisons de naissance »[425]. Rappelons que ces critères sont assez restrictifs, écartant par principe les grossesses gémellaires et les femmes ayant un utérus cicatriciel et conduisant au transfert d'environ 40% des femmes vers la maternité partenaire, dans la très grande majorité des cas au cours de la grossesse et sans situation d'urgence (en raison d'un diabète gestationnel, d'un taux de fer trop bas persistant, etc).

Les maisons de naissance ainsi développées en France se distinguent des structures du même nom existant dans d'autres pays, notamment par l'exigence légale d'une implantation attenante à une structure partenaire. Aussi, quoique la maison de naissance soit une entité juridique distincte de l'établissement de santé à laquelle elle est adossée, son existence est en réalité tributaire du bon vouloir dudit établissement à signer et renouveler une convention de partenariat.

---

421 Loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021 (1), NOR : ECOX2023815L, JORF n°0302 du 15 décembre 2020

422 Loi n° 2013-1118 du 6 décembre 2013 autorisant l'expérimentation des maisons de naissance (1), NOR : AFSX1316565L, JORF n°0284 du 7 décembre 2013: Article 1: A titre expérimental, et pour une durée de deux ans après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement peut autoriser la création de structures dénommées « maisons de naissance », où des sages-femmes réalisent l'accouchement des femmes enceintes dont elles ont assuré le suivi de grossesse, dans les conditions prévues aux articles L. 4151-1 et L. 4151-3 du code de la santé publique. Ces autorisations portent sur une durée maximale de cinq ans

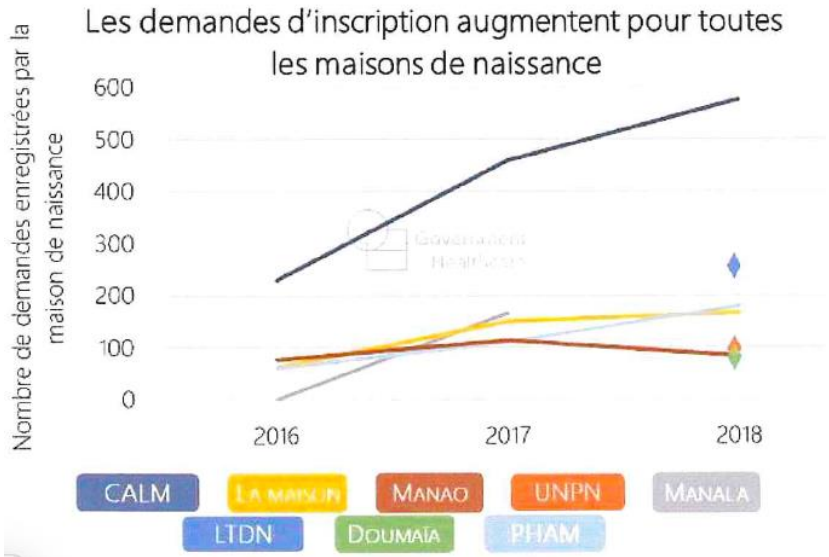
423 HAS, *Maisons de naissance. Cahier des charges de l'expérimentation*, septembre 2014, 32p.

424 CALM - Maison de naissance à Paris ; Premier cri à Vitry sur Seine (projet abandonné depuis) ; Maison de naissance DOUMAIA à Castres; La Maison à Grenoble; Le Temps de Naître à Baie-Mahault (Guadeloupe); Joie de naitre à Saint Paul (La Réunion); Premières heures au monde à Bourgoin-Jallieu; MANALA, Maison de naissance Alsace à Sélestat; Un nid pour Naitre à Nancy

425 HAS, *Critères d'éligibilité à une prise en charge en maisons de naissance*, recommandation de bonnes pratiques, note de cadrage, 1er février 2023, 6 p.

Ce qui distingue la maison de naissance de la maternité, c'est aussi le suivi qui y est proposé : un accompagnement global[426]. Le suivi est donc centré sur la femme enceinte et s'adapte à ses besoins particuliers tout au long de la grossesse ; il est assuré par une sage-femme référente, parfois deux, avec en appui au moins une autre sage-femme. La femme est donc en lien avec un interlocuteur unique pour sa prise en charge. Enfin, ce suivi entend limiter autant que faire se peut les interventions médicales. En cela, le modèle "français" des maisons de naissance est conforme à ce qui se retrouve à l'étranger et répond « au contexte relativement récent de remise en cause de la médicalisation de la grossesse et de recherche de modes de prise en charge alternatifs à ceux développés dans les structures hospitalières »[427]. De fait, les maisons de naissance ont connu un développement de leur activité au cours de la période d'expérimentation corrélatif à l'importance de la population dans la zone géographique où elles sont implantées.

Rapport au Parlement sur l'expérimentation des maisons de naissance- Janvier 2020



(Source : rapport remis par Government Healthcare, décembre 2019)

A l'instar des plateaux techniques, les maisons de naissance se présentent donc comme un intermédiaire entre l'accouchement à domicile et l'accouchement en maternité, mais alors que les plateaux techniques sont en réalité la mise à disposition de salles d'accouchement pour la femme et sa sage-femme libérale, les maisons de naissance accueillent les femmes pour leur accouchement dans une atmosphère qui se veut proche de celle d'un domicile. Par ailleurs, les femmes, sauf en cas de transfert pendant l'accouchement, ne sont pas hospitalisées et repartent chez elles après une période de surveillance de plusieurs heures pour s'assurer qu'il n'y a pas de complications en suites de couches.

[426] Ch. Birman, « Entre raison et liberté : les maisons de naissance ou la création impossible d'un espace possible », Marie-France Morel éd., *Accueillir le nouveau-né, d'hier à aujourd'hui.* Érès, 2013, pp. 375-384 ; Ph. Charrier et G. Clavandier, *Sociologie de la naissance,* Armand Colin, 2013, pp. 189-215 ; S. Yapaudjian, « Une maternité à la Winnicott, ou le droit de rêver… », *Spirale*, vol. 98, no. 2, 2021, pp. 38-46.
[427] Ministère des solidarités et de la santé, rapport, *op. cit.*

Chambre d'accouchement à la MDN Calm

Chambre d'accouchement à la MDN Manala

Quoique l'intégration des maisons de naissance dans les réseaux de santé locaux favorise incontestablement la reconnaissance de leur légitimité, les difficultés auxquelles elles sont confrontées pour leur fonctionnement ou pour leur déploiement par l'ouverture de nouvelles maisons sont encore nombreuses. Elles portent tout d'abord sur le statut juridique des maisons de naissance. Aux termes de l'article L.6323-4-1 du Code de la santé publique, « Les maisons de naissance sont créées et gérées par : 1° Plusieurs sages-femmes associées pour leur exercice professionnel ou pour la mise en commun de moyens nécessaires à cet exercice ; 2° Un organisme à but non lucratif autre qu'un établissement de santé ; 3° Un groupement d'intérêt public, un groupement d'intérêt économique ou un groupement de coopération sanitaire ». La loi interdit donc aux maisons de naissance de prétendre à la qualité d'établissement de santé ce que ces maisons déplorent. En effet, en pratique, les maisons de naissance reposent le plus souvent sur des associations loi 1901, structure juridique facile à constituer et relativement souple dans son fonctionnement, mais qui ne correspond pas parfaitement aux activités des maisons de naissance (suivi de la grossesse et de l'accouchement et, pour celles qui le souhaitent, des activités de prévention, de préparation complémentaires, telles que des cours de yoga, de massages, etc). Or, cette question du statut juridique n'est pas neutre, notamment en ce qui concerne le financement. Celui-ci doit couvrir bien sûr les activités des sages-femmes. Celles-ci sont réalisées à titre libéral, mais, comme pour l'AAD ou les suivis en plateau techniques, les sages-femmes vont souvent être dans l'obligation de réaliser des dépassements d'honoraires générant pour beaucoup de couples un reste à charge conséquent (sauf complémentaire santé bienveillante), alors même que le montant total de cet accompagnement est bien moindre que celui résultant d'une prise en charge dans un service de maternité (même sans complication). Le temps n'est en effet pas un acte côté et donc rémunéré par l'assurance maladie. Ici encore, la mise en place d'un forfait pour le suivi de la femme enceinte pourrait peut-être améliorer la situation[428]. Mais au-delà de la rémunération des sages-femmes libérales, et donc contrairement à l'AAD ou au plateau technique, le fonctionnement de la maison de naissance suppose l'acquisition ou la location de locaux, leur aménagement et leur entretien, la rémunération le cas échéant de personnel administratif, etc. Et la question n'est pas mince compte tenu des exigences géographiques pour l'implantation des maisons de naissance qui leur laisse *in fine* souvent peu de marges de manœuvre et donc de négociation financière. A cette fin, notamment, un financement des maisons de naissance est prévu, mais il doit être reversé par les ARS et la dotation effectivement perçue par la maison de naissance va dès lors grandement dépendre de ses relations avec l'ARS territorialement compétente. Certaines maisons reçoivent le plein et entier soutien de l'ARS qui va les accompagner dans leurs démarches, d'autres ont du mal à obtenir leur financement et n'obtiennent aucune aide de l'ARS.

[428] V. Ordre des sages-femmes, *Fiche technique : réforme du financement et des autorisations des activités de soins*, 2022, disponible sur https://www.ordre-sages-femmes.fr/wp-content/uploads/2022/04/Fiche-technique-Financement-et-autorisations-de-activites-de-soins.pdf

Par ailleurs, et ceci est la dernière difficulté d'importance pour les maisons de naissance, elles sont totalement dépendantes du bon vouloir de la direction de l'établissement partenaire. Les maisons de naissance créées lors de l'expérimentation ont *a priori* toutes eu affaire à des directions ouvertes au projet et donc favorisant l'établissement et la conclusion de la convention de partenariat. Mais depuis, la direction a pu changer et certaines maisons de naissance se trouvent en difficulté pour renouveler leur convention face à une nouvelle direction qui ne fait preuve d'aucune réactivité sur le projet ou face à une direction rétive au projet ou peut-être méfiante qui exige un renouvellement annuel de la convention, la loi ne précisant rien en faveur des maisons de naissance sur ce point. Aussi, des précisions du cadre normatif mériteraient sans doute encore d'être apportées.

Conclusion Partie 1

Au terme de cette première partie, nous pouvons faire le constat que les dispositions légales sont de nature à assurer l'autonomie de la femme dans son suivi gynécologique et obstétrical, les principales difficultés résultant en réalité pour partie d'une méconnaissance de la loi tant par les professionnels de santé que par les usagers du système de santé ; pour partie de conditions matérielles d'exercice rendant parfois purement et simplement impossible la bonne application des principes légaux par les professionnels de santé, quand bien même ils auraient à cœur de le faire ; pour partie de restrictions légales à ces principes résultant d'un manque d'encadrement ou au contraire de dispositions laissant la porte ouverte à des dérogations importantes aux principes érigés comme fondamentaux. Ainsi, le cadre juridique peut être perfectionné pour rendre plus effectif les principes qu'il érige et qui sont en soi préventifs de situations de « violences gynécologiques et obstétricales ». Mais on retrouve en réalité ici les limites du droit : son effectivité dépend notamment de la manière dont les acteurs s'en saisissent et les évolutions résultant de la loi Kouchner de 2002 sont toujours en cours, vingt ans plus tard. L'imprégnation du droit s'inscrit dans un temps long. A cet égard, le mouvement de dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales » favorise, à n'en pas douter, la diffusion et la connaissance du droit et des droits auprès des professionnels et des patientes dans le champ de la gynécologie et de l'obstétrique.
Mais le droit n'est pas que prévention et en réalité il est même souvent connu dans son autre versant, complémentaire, la sanction.

Partie 2 - Le droit comme instrument de sanction des violences gynécologiques et obstétricales

Outre que la grande majorité de situations ne feront simplement pas l'objet de plainte, tous les actes dénoncés au titre des « violences gynécologiques et obstétricales » ne sont pas susceptibles d'être sanctionnés juridiquement. La gynécologie et l'obstétrique touchent à l'intime et à certains moments exceptionnels de l'existence. Ces disciplines médicales sont ainsi le théâtre de grandes déceptions et d'immenses douleurs pouvant résulter des circonstances de l'annonce (annonce d'une infertilité, d'une interruption de la grossesse, d'une pathologie de la mère ou de l'enfant, d'une séparation de son nouveau-né imposée pour des raisons médicales, par exemple) ou d'actes portant atteinte à l'intégrité physique et sexuelle que peuvent s'imposer à l'occasion d'un accouchement notamment (épisiotomie, déchirure, extraction instrumentale de l'enfant, révision utérine…). Ainsi, l'annonce faite par les professionnels de santé à des parents d'une mort fœtale *in utero* à 9 mois de grossesse va générer une douleur et un choc indéniables. De fait, une telle annonce est d'une grande violence pour la famille. Pour autant, le terme de violence est employé ici dans le sens commun de « ce qui se manifeste, se produit ou produit ses effets avec une force intense, brutale et souvent destructrice »[429], et n'emporte pas *a priori* de conséquences sur le terrain de la responsabilité juridique des professionnels de santé. Notamment, si l'annonce a été faite avec humanité et précaution, dans un environnement adapté et en employant des termes adéquats, la situation objectivement violente dont il est question n'a pas vocation à être appréhendée par le droit. En revanche, le droit s'intéresse aux comportements contraires aux normes qu'il véhicule en ce qu'ils sont susceptibles de générer des dommages aux personnes qui en sont victimes. C'est toute la question de la ou des qualifications juridiques applicables aux "violences gynécologiques et obstétricales" telles qu'elles sont dénoncées.

Par ailleurs, afin que le droit soit mobilisé pour sanctionner ces violences, une procédure doit être engagée par la personne plaignante. Ces procédures sont nombreuses et de différentes natures. La prédominance de la procédure ordinale est à rappeler en matière médicale. Elle semble d'ailleurs agir comme un filtre en amont du contentieux judiciaire, décourageant fréquemment les victimes, déçues des décisions ordinales peu enclines à condamner les professionnels de santé[430]. Sont concernés tant l'ordre des sages-femmes que l'ordre des médecins. Cette procédure constitue généralement un premier recours vers lequel pourront s'orienter les patients. Outre cette procédure auprès des ordres professionnels existent aussi des procédures amiables de règlement des différends propres (ou non) au domaine médical. Cependant, ces procédures ne sont pas exclusives des recours judiciaires de droit commun dont les finalités peuvent être indemnitaires ou répressives.

Aussi, pour que le droit puisse être mobilisé comme instrument de sanction des « violences gynécologiques et obstétricales », la violence doit tout d'abord être établie en application des règles

[429] Violence, *Larousse.fr*.
[430] Sur cette thématique, v. le récent documentaire LCP, Débat Doc / Violences sexuelles par les médecins : la fin de l'Omerta ?, disponible depuis le 12 janv. 2023.

de droit (chapitre 1) ; une voie procédurale devra ensuite être choisie pour que le comportement dénoncé soit effectivement sanctionné (chapitre 2).

Chapitre 1 - Établir l'acte à l'origine des « violences gynécologiques et obstétricales »

Si toutes les situations dénoncées au nom des « violences gynécologiques et obstétricales » ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées par le droit, toutes les violences pouvant être sanctionnées juridiquement ne le seront pas au titre d'une qualification de "violence". En effet, parmi les comportements susceptibles d'être appréhendés par le droit – comme instrument de sanction – tous ne correspondent pas à la définition de "violences" au sens du droit. Aussi, toutes les qualifications susceptibles d'être mobilisées seront ici évoquées, comme différents moyens juridiques de saisir les « violences gynécologiques et obstétricales ». L'établissement d'un acte violent susceptible d'être sanctionné par le droit suppose plusieurs opérations : la première consiste en la qualification juridique de l'acte en cause, la deuxième exige que cet acte puisse être imputé à une personne pour permettre d'engager une responsabilité, la troisième implique que cet acte et son imputation puissent être prouvés. Envisageons donc ces trois étapes, indispensables à l'appréhension par le droit de certaines situations dénoncées. Il s'agira tout d'abord de qualifier la violence (section 1), puis d'imputer la violence (section 2), et enfin de prouver la violence (section 3).

Section 1 : Qualifier juridiquement les **«** violences gynécologiques et obstétricales **»**

La violence dénoncée doit correspondre à une qualification juridique pour pouvoir être sanctionnée par le droit. Les qualifications juridiques susceptibles d'être mobilisées sont nombreuses et pourront fonder l'ouverture d'actions diverses[431]. Cependant, le droit ne peut être mobilisé à titre de sanction que lorsqu'une défaillance dans le parcours de soin de la personne plaignante est constatée. Seuls les comportements contraires au droit, donc illégaux, sont sanctionnés. Aussi, les qualifications juridiques susceptibles d'être mobilisées sont généralement dotées de deux composantes : un comportement en violation de la norme (déontologique, médicale, pénale…) ayant eu des conséquences en termes d'atteinte à la personne plaignante ou encore de dommage pour reprendre une terminologie bien connue du droit de la responsabilité. Les qualifications juridiques des comportements sanctionnés par le droit peuvent ainsi reposer sur deux conditions : la violence doit toujours pouvoir être caractérisée dans le comportement de l'auteur (sous-section 1) mais il faut aussi parfois la rechercher dans ses conséquences pour la victime (sous-section 2).

Sous-section 1 : Qualifier le comportement de l'auteur

[431] V. infra - chapitre 2 choisir la procédure.

La qualification juridique des situations nécessite que les comportements visés soient contraires à la norme juridique. Il peut s'agir de comportements qui seront simplement qualifiés de fautes (§1) ou qui pourront également constituer des infractions pénales (§2).

§1. Les comportements qualifiés de fautes

La notion de "violences gynécologiques et obstétricales" est inconnue du droit positif. Elle est d'autant plus étrangère aux droits de la responsabilité – civile, administrative et déontologique – que la notion même de violence, à la différence du droit pénal, en est totalement absente[432]. Cette situation se comprend aisément s'agissant de la responsabilité civile et administrative. L'une et l'autre font en effet de la victime, et non du responsable, leur centre de gravité. Dès lors, sans se désintéresser de l'acte lui-même, nécessaire car générateur de responsabilité, ces droits se focalisent plutôt sur ses conséquences. Il n'est donc guère étonnant d'observer que le terme "violences gynécologiques" ou celui de "violences obstétricales" est absent du contentieux. Cela ne signifie pas pour autant que ces droits sont incapables de se saisir des actes dénoncés au titre des "violences gynécologiques et obstétricales". Ces violences trouvent leur source dans des comportements qui peuvent être qualifiés de "fautes" parce qu'ils constituent une violation des bonnes pratiques en matière médicale.

L'examen du Code de déontologie médicale, conjugué à celui de la jurisprudence et des réclamations formulées par les patientes auprès des services juridiques des établissements de santé, permet de dégager une typologie des actes générateurs de « violences gynécologiques et obstétricales » pouvant être qualifiées de fautes médicales : aux côtés de la faute technique et d'information, bien connues de la responsabilité médicale, apparaît grâce à la spécificité de ce contentieux, la question de la faute d'humanisme. A cet égard, les "violences gynécologiques et obstétricales" opèrent un déplacement du contentieux de la responsabilité médicale. La source de ce contentieux se trouve non seulement dans le soin en tant que tel mais encore, et peut-être même surtout, dans la relation de soin. Il convient donc, tout d'abord, de formuler quelques remarques générales sur la diversité des fautes génératrices de responsabilité en ce domaine (A) avant de dessiner ensuite les contours de plusieurs d'entre elles à savoir la faute technique (B), la faute liée au défaut d'information (C) et la faute d'humanisme (D).

A. Remarques générales sur la diversité des fautes

Avant d'envisager chaque catégorie de faute susceptible d'engager la responsabilité des personnes intervenant dans le cadre du suivi gynécologique ou obstétrical d'une patiente ou d'un patient, il convient de formuler quelques remarques générales à la fois sur la diversité des comportements sanctionnés (1) mais aussi sur les spécificités de la faute déontologique (2).

1. Diversité des comportements sanctionnés

[432] On notera toutefois, en matière contractuelle, la violence parmi les vices du consentement.

Planiol définissait la faute comme un manquement à une obligation préexistante[433]. En droit civil, tout individu est soumis à une norme de comportement, que l'on pourrait qualifier d'obligation de prudence, édictée par l'article 1240 du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Dès lors, toute maladresse, même légère, peut être considérée comme fautive et engager la responsabilité de son auteur. Le statut de soignant n'apporte aucune immunité particulière à celui ou celle qui commettrait une faute. Tant ses abstentions fautives que ses agissements pourraient constituer une faute, dès lors qu'ils révèlent un manquement à une obligation préexistante. Néanmoins, la spécificité de l'art médical justifie que des normes de comportement plus précises, et davantage en adéquation avec cet art que ne l'est la norme de comportement générale et abstraite de l'article 1240 du Code civil, aient été édictées. Ces normes de comportement spécifiques prennent notamment la forme d'obligations déontologiques auxquelles les professionnels de santé sont soumis et trouvent leur source dans les Codes de déontologie médicale qui ont été intégrés au Code de la santé publique et ont une valeur réglementaire.

Obligations du médecin	Obligations de la sage-femme	Fondement (Code de la santé publique)
Donner au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science	S'interdire dans les investigations ou les actes qu'elle pratique comme dans les traitements qu'elle prescrit de faire courir à sa patiente ou à l'enfant un risque injustifié. Elle ne peut proposer aux patientes ou à leur entourage, comme salutaires ou efficaces, des remèdes ou des procédés insuffisamment validés sur le plan scientifique.	Médecin : article R.4127-32 Sage-femme : article R.4127-314
Respecter la vie humaine, la personne et sa dignité	Exercer sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine	Médecin : article R. 4127-2 Sage-femme : Article R 4127-302

[433] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3e éd., n°947.

Ne jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée	Traiter avec la même conscience toute patiente et tout nouveau-né quels que soient son origine, ses mœurs et sa situation de famille, son appartenance ou sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, son handicap ou son état de santé, sa réputation ou les sentiments qu'elle peut éprouver à son égard, et quel que soit le sexe de l'enfant.	Médecin : article R. 4127-7 Sage-femme : article R4127-305
Délivrer au patient une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins proposés.	Pas d'équivalent mais tout professionnel de santé est soumis à une obligation d'information à l'égard de la patiente (L. 1111-2 CSP).	Médecin : article R. 4127-35
Rechercher en toutes circonstances le consentement de la personne examinée	La volonté de la patiente doit être respectée dans toute la mesure du possible. Lorsque la patiente est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent être prévenus et informés, sauf urgence, impossibilité ou lorsque la sage-femme peut légitimement supposer que cette information irait à l'encontre des intérêts de la patiente ou de l'enfant.	Médecin : article R. 4127-36 Sage-femme : R. 4127-306 (alinéa 2)
En toutes circonstances, s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement	Pas d'équivalent	Médecin : article R. 4127-37

Il y a faute du soignant lorsque celui-ci manque à l'une des obligations citées. Les violences trouvant leur source dans ces manquements pourront être appréhendées par la responsabilité – civile, administrative ou déontologique, nous le verrons par ailleurs.

Une typologie des fautes médicales résultant de ces manquements, dans lesquels « les violences gynécologiques et obstétricales » peuvent trouver leur source, se dégage. Trois types de fautes peuvent être envisagées : la faute technique, la faute d'information et la faute d'humanisme.

Classiquement, le contentieux de la responsabilité médicale trouve sa source dans le soin en tant que tel. Le médecin doit donner au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science. Tout manquement à cette obligation s'analyse en une faute technique, la faute médicale la plus classique. Il est admis que le professionnel de santé n'est pas tenu d'obtenir la guérison du malade ; il n'a donc pas d'obligation de résultat. En revanche, il doit mettre en œuvre les moyens appropriés pour ce faire ; il est donc tenu d'une obligation de moyens.

Le développement jurisprudentiel a par la suite permis de faire émerger une autre faute : la faute d'information. Il s'agit de la conséquence directe de la reconnaissance d'un droit à l'information au profit du patient par la loi du 4 mars 2002, droit qui est source d'obligation pour le professionnel de santé. Cette obligation a une portée médicale, d'une part[434], et juridique, d'autre part. C'est la portée juridique du défaut d'information qui monopolise l'attention doctrinale. Cette obligation illustre l'évolution de la relation patient-médecin et de la place du patient au sein de cette relation. Elle s'attache à rendre effective la fin d'un paternalisme médical qui tendait à assimiler le patient à un simple enfant privé de toute capacité de discernement, justifiant qu'il soit écarté de la prise des décisions le concernant. Cette obligation conduit à faire du patient un acteur de sa santé et à intégrer dans le champ de la relation patient-médecin la notion d'autonomie de la volonté du premier que doit respecter le second. Juridiquement, l'obligation d'information vise donc à donner à la personne tous les éléments utiles pour comprendre et apprécier la situation médicale qui est la sienne et, le cas échéant, lui permettre de consentir ou non à un acte médical qui lui est proposé. Les décisions médicales concernant le patient se prennent donc avec lui et non pour lui[435].

Un autre type de faute devra encore être envisagé même s'il se confond partiellement avec la faute liée à l'obligation d'information : il s'agit de la faute d'humanisme qui tend à se déployer dans le contentieux relatif à la responsabilité médicale. En effet, elle correspond au manque d'égard dont peuvent faire preuve certains soignants à l'égard de leurs patients et qui peut parfois se manifester par un défaut ou un manque d'information sur la situation médicale de la personne. Cependant, son champ est également plus étendu car elle correspond aussi à divers comportements défaillants dans la relation de soin, méritant à ce titre des développements plus approfondis.

[434] Cette obligation a une finalité médicale en ce sens qu'elle exige de porter à la connaissance du patient l'existence de risques susceptibles de se réaliser, lui permettant ainsi de les identifier et d'adopter le comportement adéquat le cas échéant.
[435] Cf. Partie 1

2. Spécificité de la faute déontologique

La commission d'une faute contraire à la déontologie peut permettre d'engager la responsabilité disciplinaire des personnels de santé concernés. Lorsque la faute déontologique est sanctionnée par les ordres professionnels, il est à noter qu'elle peut l'être indépendamment de tout préjudice causé à la victime. L'établissement de la faute peut être suffisant à justifier le prononcé d'une sanction. Il est important de rappeler qu'une même faute peut générer des responsabilités de nature différentes en raison de l'autonomie des ordres juridiques concernés[436]. En effet, la violation d'une règle déontologique peut générer une sanction qui sera prononcée par l'ordre professionnel mais elle pourrait aussi être considérée comme le fait générateur d'un préjudice dont l'indemnisation sera demandée devant une juridiction administrative ou civile voir même être constitutive d'une infraction pénale.

B. La faute technique à l'épreuve des « violences gynécologiques et obstétricales »

On l'a vu, le médecin doit donner au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science[437].

La notion de données acquises de la science a émergé au sein de la jurisprudence, dans l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936[438]. Depuis lors, ces données « irriguent la totalité du processus de soins »[439]. Le terme de règles de l'art peut également être employé. Les données acquises de la science comprennent « toute norme faisant l'objet d'un consensus »[440]. Parmi ces normes, on peut citer les recommandations de bonnes pratiques et les références médicales opposables[441]. Il s'agit de « critères scientifiques reconnus qui définissent les soins et les prescriptions médicalement inutiles, redondants, voire dangereux »[442]. Elles sont établies par la Haute autorité de santé (HAS) notamment, afin d'accompagner les professionnels dans leur pratique[443]. Les recommandations de bonnes pratiques sont des données acquises de la science selon le Conseil d'État[444]. Bien que ces outils se présentent généralement comme des instruments de *soft law*[445], ils n'en constituent pas moins un critère d'appréciation central du comportement du médecin afin de déterminer si celui-

436 V. Infra sur la typologie des procédures.
437 Article R.4127-32 du Code de la santé publique.
438 Cass.civ, Nicolas c/Mme Mercier, 20 mai 1936. Sur la question v. G. Canselier, *Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2006.
439 P. Sargos, « L'intelligence du droit », *D.* 2016, p. 1024.
440 P. Sargos, « L'intelligence du droit », *D.* 2016, p. 1024.
441 J-C. Dosdat, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, Thèse, Les Études Hospitalières, 2008, 1138 ; Ch. Rolland et F. Sicot. « Les recommandations de bonne pratique en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique*, vol. 1, no. 3, 2012, pp. 53-75 ; G. Rebecq, *La prescription médicale*, Thèse, Préface L. Dubouis, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 167.
442 H. Allemand, M-F. Jourdan, « Sécurité sociale et références médicales opposables », *Revue médicale de l'Assurance Maladie*, n° 3, juillet-septembre 2000, p. 47. Sur les RMO v. encore G. Rebecq, *La prescription médicale*, Thèse, Préface L. Dubouis, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 170.
443 C. Grenier et al. « Haute Autorité de santé et normalisation de la médecine », *Les Tribunes de la santé*, vol. 64, no. 2, 2020, pp. 37-47.
444 CE, 12 janvier 2005, n° 256001. Obs. : J. Moret-Bailly, « Médecin, discipline, recommandations de bonnes pratiques », *RDSS* 2005, p. 496.
445 D. Krzisch, « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS* 2014, p. 1087.

ci est fautif ou non. Les données acquises de la science sont également constituées de la pratique médicale courante. Selon un auteur, « une théorie médicale n'est une donnée acquise de la science qu'autant qu'elle est reçue (…) par la partie la plus considérable de l'opinion scientifique »[446]. Les recommandations élaborées périodiquement par les organisations professionnelles ont notamment pour vocation la diffusion de ces données acquises et actualisées de la science au sein de la communauté des professionnels concernés. A titre d'exemple, à partir des études scientifiques existantes sur la question, le CNGOF a publié un « Consensus formalisé » sur « la prise en charge des nausées et des vomissements gravidiques et de l'hyperémèse gravidique » pendant la grossesse sous la forme d'une « recommandation pour la pratique clinique »[447]. Mais il existe des recommandations de ce type sur plusieurs sujets et notamment la pratique de la césarienne ou encore la prise en charge des ménorragies[448]. D'une manière générale, un acte qui ne serait pas proscrit ou déconseillé mais qui serait tombé en désuétude en raison des risques qu'il comporte doit être considéré comme contraire aux données acquises de la science. En cas de dommage, un manquement pourra être reproché au professionnel. Tel fut, par exemple, le cas du professionnel de santé qui avait réalisé une manœuvre de Bracht ayant entraîné une lésion du rachis cervical du fœtus[449]. L'expert avait observé que la manœuvre était devenue moins courante en raison des risques de lésions qu'elle comportait. Aussi, chaque fois que l'acte réalisé n'est pas conforme aux données acquises de la science, le médecin est fautif et sa responsabilité peut être engagée. Mais l'acte de soin doit aussi être dévoué et l'absence de satisfaction de cette exigence peut s'analyser comme un manquement fautif. Par dévoué, on entend un soin donné par un soignant qui se consacre à sa patiente, un soin adapté à ses besoins. La faute technique en matière gynécologique et obstétricale peut ainsi résulter de l'absence de conformité d'un acte ou d'un comportement avec les données acquises de la science (1) ou avec l'exigence des soins "consciencieux et dévoués" (2).

1. La réalisation d'un acte non conforme aux données acquises de la science

Dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales", sont observées des pratiques non conformes aux données acquises de la science. Cette absence de conformité peut être révélée par diverses situations. L'acte peut être proscrit ou déconseillé, de sorte qu'il n'aurait pas dû être accompli (a). Il se peut également que l'acte n'ait été ni proscrit ni déconseillé, mais qu'il n'aurait pas dû être accompli dans ces circonstances (b). Il se peut aussi que cet acte soit recommandé et qu'il ait été approprié dans le contexte médical, mais mal exécuté, révélant ainsi une maladresse (c). Il se peut enfin que le recours à l'acte s'impose dans le cas de la patiente, mais que le soignant s'abstienne d'y recourir (d).

a. L'accomplissement d'un acte proscrit ou déconseillé

Un acte médical peut être proscrit, ou au moins déconseillé, par les données acquises de la science ou les règles de l'art. Sauf à ce qu'elle soit justifiée par des circonstances exceptionnelles, sa réalisation manque à l'obligation de donner à la patiente des soins consciencieux et est fautive. Elle

[446] J. Carbonnier, « Note sous Montpellier, 14 décembre 1954 », *D.* 1955, 745.
[447] Recommandation publiée le 21 septembre 2022.
[448] V. Les recommandations pour la pratique clinique sur le site cngof.fr.
[449] CA Paris, 21 décembre 2017, n°16/04289.

engage donc la responsabilité du soignant. Parmi les « violences gynécologiques et obstétricales » dénoncées, certaines trouvent leur source dans ce manquement précis. Indépendamment de la considération d'éventuelles difficultés probatoires, il s'agit sans doute du type de faute technique le plus simple à caractériser puisqu'il suffit de constater la réalisation d'un acte explicitement déconseillé. Il s'agit également, fort heureusement, du type de faute le moins souvent observé. En matière obstétricale, le recours à l'expression abdominale constitue un exemple topique d'une telle faute. L'abandon de cette pratique a été préconisé par la HAS en 2007 au regard des risques encourus[450]. Sa réalisation apparaît donc contraire aux données acquises de la science et, partant, constitutive d'une faute technique. Tel est le raisonnement adopté par les juges civils et administratifs[451]. Or elle était encore largement pratiquée jusqu'à récemment, une étude réalisée auprès de 25 000 femmes ayant mis en évidence que 83% d'entre elles avaient été concernées[452]. A cet égard, même si l'unanimité semble acquise sur la question devant les juridictions étatiques, certaines décisions persistent à témoigner une forme de tolérance ou de minimisation à l'égard de cette technique longtemps ancrée dans pratiques obstétricales. En particulier, une décision de l'ordre des sages-femmes explique : « s'agissant de l'expression utérine considérée comme abusive par la plaignante, il y a lieu de constater que les parties sont en total désaccord sur la signification du geste pratiqué, dont il ressort qu'il était seulement destiné à encourager, par un contact toutefois reconnu comme appuyé et énergique, la patiente a pousser en raison de son état de fatigue »[453].

b. L'accomplissement d'un acte admis mais dont le recours n'est pas justifié dans le cas de la patiente

En dehors des actes proscrits ou déconseillés en toutes circonstances, un acte peut avoir un intérêt médical dans un certain contexte. Pour être conforme aux données acquises de la science, il ne doit donc être réalisé que dans le contexte dans lequel il est jugé pertinent. Aussi, dès lors qu'un professionnel de santé recourt à un acte médical qui n'apparaît pas opportun au regard de la situation clinique de la patiente, il doit être regardé comme commettant une faute.

Par exemple, le déclenchement d'un accouchement peut se justifier médicalement par le risque encouru par la mère ou l'enfant. Mais recourir à un tel acte sans justification médicale n'est pas conforme aux données acquises de la science. Il s'agit d'une faute technique. La Cour de cassation a statué en ce sens dans une affaire dans laquelle le déclenchement de l'accouchement avait eu lieu alors qu'il « n'était pas nécessaire en l'absence d'urgence à déclencher un accouchement à 38 semaines et alors même que rien ne permettait de penser que l'enfant allait plus mal se présenter si l'on attendait plus longtemps ». De la même façon, l'extraction par forceps est un acte médical

[450] https://www.has-sante.fr/jcms/c_517853/fr/l-expression-abdominale-durant-la-2eme-phase-de-l-accouchement
[451] CA Versailles, 3ème chambre, 11 mars 2021, n°19/00732 ; CAA Bordeaux, 2ème chambre, 3 novembre 2020, n°18BX02473 ; CAA Paris, 3ème chambre, 23 juin 2020, n°17PA03179.
[452] Entre 2010 et 2016, le collectif inter-associatif autour de la naissance, suite à une enquête menée auprès de 25 000 femmes, dénonce que « une femme sur cinq affirme qu'on lui a appuyé sur le ventre pour aider l'expulsion du bébé ». Selon 82 % des femmes interrogées, l'expression abdominale a été pratiquée sans qu'on leur demande leur avis et sans leur consentement (Sénat, Question écrite n° 20826 de Mme Laurence Cohen (Val-de-Marne - CRCE).
[453] Ordre des sages-femmes, 5 janv. 2018, n° 2017-02.

admis et même courant[454]. Néanmoins, elle peut être jugée fautive dans certaines circonstances. En ce sens, au sujet d'une extraction par forceps d'un enfant se présentant par le siège ayant entrainé une lésion de l'urètre et une incontinence pour la mère, qui a nécessité deux autres interventions chirurgicales, la cour administrative d'appel retient comme fautive la « manœuvre de rotation de l'enfant de 180° par forceps, pourtant déconseillée par les auteurs de référence pour une primipare ». Dans cet arrêt, tant « la manœuvre inappropriée effectuée par l'obstétricien que son retard de diagnostic doivent être regardés comme constituant des fautes qui sont à l'origine du préjudice dont a souffert la requérante »[455].

Cependant, en matière d'actes non nécessaires, les pratiques routinières pour de nombreux soignants peinent à être remises en question alors même qu'elles ont pu être à l'origine d'un préjudice pour la patiente. A titre d'illustration, une femme qui devait accoucher par voie basse après une césarienne s'est vu administrer de l'ocytocine pendant le travail, alors même qu'il est admis que cette administration multiplie par deux la probabilité d'une rupture utérine. Elle reprochait à l'hôpital cette administration, affirmant que ce médicament lui avait fait perdre 50 % de ses chances d'éviter la rupture utérine dont elle a finalement été victime. Dans cet arrêt, la probabilité accrue de rupture utérine est admise, mais l'administration du médicament n'est pas pour autant considérée comme fautive[456]. En effet, le recours à ce médicament est d'une telle banalité, même dans les cas où rien n'indique qu'il répond à une nécessité, que la juridiction affirme que les requérants n'étaient pas fondés à rechercher la responsabilité pour faute du centre hospitalier. S'agissant de gestes routiniers dont finalement la nécessité ne sera finalement pas analysée par les juridictions, l'exemple du déclenchement sans indication médicale particulière permet de prendre conscience de la difficulté. Un déclenchement sans raison médicale, et même parfois non souhaité par la famille, ne sera pas considéré comme fautif[457] tant qu'il n'intervient pas de manière trop précoce ou dans une situation particulière. A cet égard, une réflexion approfondie des juridictions sur la nécessité de l'acte permettrait une extension du champ de la responsabilité des soignants face à ce type d'actes très courants, mais parfois totalement inutiles voire délétères.

c. L'accomplissement d'un acte admis mais mal réalisé

La non-conformité d'un acte aux données acquises de la science peut résulter de sa mauvaise réalisation. Contrairement aux situations précédentes, l'acte est admis et son recours est médicalement justifié, mais il a été mal exécuté, autrement dit, il n'a pas été réalisé dans les règles de l'art. Il n'est donc pas conforme aux données acquises de la science, de sorte qu'il est fautif. Il y a par exemple faute technique lorsque les forces et contraintes exercées au cours de l'accouchement le sont en méconnaissance des règles de l'art, le geste étant brutal et excessif. Une affaire l'illustre parfaitement dans laquelle un enfant est né avec de graves séquelles (paralysie gauche liée à une lésion sévère du plexus brachial) que ses parents imputent aux manœuvres réalisées par les professionnels de santé lors de l'accouchement. La cour administrative d'appel

[454] V. not. CAA Bordeaux, 15 novembre 2011, n° 11BX00693. L'arrêt indique que "l'utilisation des forceps était conforme aux données actuelles de la médecine et que l'intervention a été réalisée par un obstétricien compétent et apte et qui, d'autre part, ne fait mention d'aucun retard fautif dans la prise de décision ou dans la réalisation de l'extraction ni d'aucun échec fautif pour qualifier les deux tentatives vaines d'extraction ».
[455] CAA Nantes, 24 novembre 2011, n°09NT01647.
[456] CAA Lyon, 25 Novembre 2021, n° 20LY01104.
[457] CAA Lyon, 2 Avril 2020, n° 18LY03333.

ayant relevé l'existence d'une faute à l'origine du dommage subi par l'enfant octroie à celui-ci une indemnisation. Le manquement constaté par les juges ne réside pas tant dans le fait d'avoir eu recours à certains actes dont l'usage est déconseillé que dans la mauvaise exécution de certaines manœuvres. L'arrêt fait ainsi référence à un rapport d'expertise selon lequel « en l'absence de toute autre cause envisageable, l'arrachement constaté n'a en effet pu être que la conséquence d'un geste trop brutal, excessif et inadapté, d'une contrainte exercée en méconnaissance des règles de l'art et dès lors fautive »[458]. De même, la cour administrative d'appel de Nancy a pu considérer que « la mise en hyper-flexion des cuisses la patiente » au moment de l'accouchement n'avait pas été réalisée correctement et caractérisait une faute technique[459].

d. L'absence de recours à un acte

La faute technique peut résider dans la réalisation d'un acte, ainsi que nous l'avons vu. Mais elle peut également résulter d'une abstention. Le soignant ne recourt pas à un acte médical alors qu'il était médicalement indiqué, autrement dit que les règles de l'art l'y invitaient. L'acte peut comporter des risques ou des inconvénients pour la patiente, mais ceux-ci apparaissent moindres que ceux auxquels elle sera vraisemblablement exposée en son absence. Dès lors, un soignant "normalement diligent" aurait eu recours à l'acte. L'abstention doit être regardée comme n'étant pas conforme aux données acquises de la science et doit donc être jugée fautive. Par exemple, l'absence de recours à l'épisiotomie a été jugée fautive par une juridiction, dans la mesure où elle aurait permis d'éviter les lésions subies (en l'occurrence une rupture du sphincter) par la patiente du fait des manœuvres pratiquées, à savoir la manœuvre de Jacquemier[460]. Il est à noter toutefois que, de façon assez classique, l'urgence peut expliquer l'absence de recours à un acte, de sorte que l'abstention ne pourra alors pas être regardée comme fautive[461]. Une autre hypothèse pourrait être assimilée à ce type d'inertie fautive. Dans certaines réclamations, il est reproché au personnel soignant de ne pas avoir accepté de faire une anesthésie, ou de ne pas avoir pris en compte le fait que l'anesthésie administrée ne faisait pas effet. En dehors de toute urgence, ces situations peuvent être considérées comme une abstention fautive, à l'origine d'une souffrance de la patiente qui aurait pu être évitée[462].

2. La réalisation d'un acte non conforme à l'exigence de soins « consciencieux et dévoués »

Le médecin doit donner à tout patient des soins consciencieux et dévoués[463.] Par soins, on entend les actions réalisées par les professionnels de santé visant à maintenir, rétablir ou améliorer la santé d'une personne"[464]. Le soin est donc une prise en charge globale, un processus aboutissant à la réalisation ou non d'un acte médical. Par dévoués, on entend des soins donnés par un soignant qui

458 CAA Paris, 23 juin 2020, n°17PA03179.
459 CAA Nancy, 6 février 2018, n°16NC00447.
460 CAA Douai, 29 mars 2016, n°14DA1869. Selon le dictionnaire médical de l'Académie de médecine, cette « manœuvre obstétricale, pratiquée en cas de dystocie des épaules, consiste à abaisser le bras postérieur du fœtus pour supprimer le relief des épaules. Après une large épisiotomie, l'opérateur introduit sa main dans la concavité sacrée pour remonter jusqu'au détroit supérieur. Le bras postérieur est alors saisi, puis abaissé jusqu'à la vulve, permettant de transformer un diamètre bi-acromial en un diamètre acromiothoracique plus petit. Il peut être nécessaire de renouveler l'opération sur le bras antérieur du fœtus après l'avoir transformé en bras postérieur par rotation fœtale de 180° ».
461 CAA Marseille, 17 mai 2018, n°16MA00690, toujours à propos d'une épisiotomie.
462 V. infra sur les préjudices.
463 Article R.4127-32 du Code de la santé publique.
464 G. Durand, G. Dabouis (s/dir de), *Philosophie du soin. Santé, autonomie, devoirs*, VRIN 2019, p. 10.

se consacre à sa patiente, un soin adapté aux besoins de cette dernière tant d'un point de vue technique qu'humain. L'absence de satisfaction de cette obligation peut s'analyser comme un manquement fautif, lequel peut être source de violence. Nombre de réclamations de patientes traitées relatent des faits susceptibles de relever de cette catégorie. Ainsi par exemple d'une patiente qui se présente à la maternité, l'accouchement étant imminent et à laquelle il est demandé de remplir un dossier administratif. L'accouchement débutera quinze minutes plus tard alors qu'elle constituait le dossier, provoquant la panique du personnel. La patiente évoque également le fait qu'un soignant aurait « enfoncé son poing dans le col pour repousser la tête du bébé ». Ou encore de la patiente invitée à quitter l'hôpital dans l'attente de son opération sans bénéficier d'une prise en charge pour les vives douleurs résultant des fibromes diagnostiqués. Elles apparaissent ainsi comme une source importante de « violences gynécologiques et obstétricales ».

L'exigence d'un soin consciencieux suppose que celui-ci soit exécuté sérieusement. Les réclamations suivantes paraissent illustrer un manquement à cette exigence :

- Le soignant qui ne consulte pas le dossier de la patiente, ne prend pas connaissance des antécédents de cette dernière et se contente d'appliquer une procédure abstraite.
- La réalisation d'examens médicaux de façon expéditive, voire lacunaire au regard de ce qui était prévu.
- L'absence d'examen médical en dépit des plaintes de douleurs de la patiente.
- La patiente enceinte qui consulte en urgence pour des contractions et pertes de sang. Après un examen qu'elle qualifie de « rapide », il lui est demandé de rentrer chez elle. Les symptômes perdurent l'après-midi, ce qui conduit l'époux à rappeler les urgences qui lui réaffirment que l'examen était rassurant. L'enfant était mort *in utero*.
- Une patiente consultant un spécialiste de l'endométriose afin d'obtenir un second avis médical et qui ne fait l'objet d'aucun examen clinique ou interrogatoire médical. Le médecin s'est contenté de lire les conclusions du premier praticien et de les reprendre.
- La prescription d'acide acétylsalicylique (Kardegic) à la patiente enceinte, en dépit de la contre-indication connue.

La prise en charge de l'endométriose peut illustrer la problématique des soins qui ne seraient pas consciencieux et dévoués. Nombre de patientes témoignent ainsi de leur long parcours médical, de ce qui s'apparente à une errance diagnostique, et de soins ne satisfaisant pas les exigences déontologiques. L'une d'elle relate ainsi « 10 ans durant, j'ai enchaîné les gastro-entérologues, les neurologues et autres spécialistes qui n'ont jamais rien trouvé ou même eu l'envie de chercher plus loin. Bref, j'étais confrontée à des médecins qui ne trouvaient aucune explication et me fournissaient des réponses assez farfelues avant de me renvoyer chez moi sans solution. Je me souviens encore de cette fois où un médecin m'a livré une rapide psychanalyse sur le fait que mes douleurs lombaires et dans les jambes étaient liées à mon adoption. Pour lui, les douleurs exprimaient un problème avec ma mère et étaient le signe que je ne voulais plus avancer dans la vie »[465].

[465] https://chroniques-endometriose.com/diana-endometriose-est-handicapante-au-quotidien/

Les différents faits dénoncés ci-dessus illustrent un manque de sérieux dans la prise en charge de la patiente. Ces manquements peuvent avoir plusieurs causes. Certaines peuvent être liées aux soignants, qu'il s'agisse d'une indifférence ou d'une non prise en compte de la parole de la patiente. D'autres encore peuvent être liées au fonctionnement hospitalier et aux contraintes qui s'y exercent sur les professionnels[466]. On peut aussi émettre l'hypothèse que ces manquements ont des causes multiples, le manque de conscience d'un soignant pouvant être généré ou accentué par ses conditions de travail. Mais sur le plan de la responsabilité, la cause de ces manquements importe peu ; tout au plus est-elle susceptible d'influer sur la question de l'imputation[467]. Ces manquements apparaissent fautifs et peuvent donc fonder une action en responsabilité déontologique mais aussi administrative ou civile s'ils causent un préjudice à la patiente. C'est ainsi que le Conseil d'État a considéré fautive l'absence de suivi de la patiente qui avait quitté l'hôpital après son accouchement, alors qu'elle faisait état de douleurs au périnée et de difficultés pour marcher[468]. De la même façon, la cour administrative d'appel de Nantes a considéré que l'insuffisance du suivi médical de la grossesse pathologique de la patiente, qui a par ailleurs perdu son enfant, était fautive[469]. Dans l'un et l'autre de ces cas, il y a manquement à l'obligation de donner un soin consciencieux et dévoué et celui-ci doit être regardé comme fautif.

C. Les manquements dans le recueil du consentement en matière gynécologique et obstétricale

Le recueil du consentement constitue une obligation déontologique. Ainsi, le médecin doit rechercher en toutes circonstances le consentement de la personne examinée. La volonté de la patiente doit être respectée [par la sage-femme] dans toute la mesure du possible. Plus généralement et plus clairement, l'article L. 1111-4 alinéa 4 du Code de la santé publique 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. Cette règle est claire : elle institue un droit en faveur de la patiente. Pourtant, sa mise en œuvre est sujette à discussion et est au cœur des vécus de violence.

Les « violences gynécologiques et obstétricales » peuvent trouver leur source dans un manquement fautif d'un soignant à cette obligation de recueillir le consentement de la patiente. Ce manquement se dédouble. Une faute dans le recueil du consentement de la patiente peut résider dans le fait que celui-ci était non libre ou non éclairé (1) ou que la volonté de la patiente n'a pas été respectée (2)

1. Le recueil du consentement non libre ou non éclairé de la patiente

L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique exige que la patiente consente de façon libre et éclairée à tout acte médical. Un tel consentement suppose que le soignant exécute avec diligence l'obligation d'information à laquelle il est tenu par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Cet article dispose que toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont

[466] V. supra Partie 1
[467] V. infra
[468] CE, 25 mars 2021, n°20PA00197.
[469] CAA Nantes, 21 décembre 2017, n°16NT00842. Dans le même sens v. CAA Paris, 26 novembre 2002, n°98PA02369.

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. À la différence du Code de la santé publique, le Code de déontologie envisage cette information au travers des qualités qu'elle doit revêtir : elle doit être loyale, claire et appropriée sur son état et porter sur les investigations et les soins proposés. Si les contours de l'obligation de respecter le consentement des patientes et des patients ont déjà été explorés[470], il convient de rappeler que la violation de cette obligation est constitutive d'une faute susceptible d'être génératrice de responsabilité. Il convient notamment de rappeler que le consentement ne sera valable que s'il est libre et éclairé. *A contrario*, une patiente peut consentir à un acte par lassitude, se sentant pressée par un soignant de le faire. Une réclamation adressée à un service de maternité fait par exemple part d'un rendez-vous avec une spécialiste de l'endométriose qui juge nécessaire de réaliser une hystérectomie partielle ou une endométrectomie. Tout en annonçant laisser à la patiente un mois de réflexion, la spécialiste réserve devant elle le bloc opératoire, ce que la patiente a perçu comme une forme de pression. Dès lors la patiente se sent obligée de se conformer au choix de son praticien et le caractère libre de son consentement peut être interrogé.

La patiente peut aussi consentir à un acte de manière non éclairée, pour deux raisons :

- Parce qu'elle n'est pas en capacité d'exprimer un choix éclairé, en raison des circonstances dans lequel ce consentement est donné. Par exemple, une juridiction a considéré que la patiente qui consent à une stérilisation définitive alors qu'elle se trouve sous rachianesthésie lors de son accouchement ne l'a pas fait de façon éclairée[471].
- Parce qu'elle n'est pas en capacité d'exprimer un choix éclairé, en raison de l'information qui lui a été délivrée. Le soignant est tenu d'une obligation d'information destinée notamment à permettre à la patiente de faire un choix en connaissance de cause. Le risque est de voir celui-ci communiquer une information partiale, afin d'orienter la décision de sa patiente vers sa propre décision, de sorte qu'elle ne satisferait pas la condition de la loyauté. Le cas de la patiente enceinte de jumeaux siamois évoqué par ailleurs est topique. Il est possible de voir dans le fait que la patiente s'est présentée à l'intervention d'IMG avec un consentement implicite de sa part à l'acte médical, mais ce consentement n'est ni libre (il est le résultat d'une usure, la soignante ayant tout mis en œuvre pour parvenir à ce résultat), ni éclairé (la soignante ayant dressé un tableau clinique très défavorable et jugé que la seule décision médicale à prendre était l'interruption de grossesse).

2. L'absence de prise en compte de la volonté de la patiente

Deux situations doivent être distinguées ici. La patiente peut n'avoir manifesté aucune volonté de se soumettre à un acte, auquel cas le consentement est absent (a) ou au contraire avoir manifesté sa volonté de se soumettre à un acte (b). Mais dans les deux situations, cette volonté n'a pas été prise en compte.

[470] V. supra P1.
[471] TA Rouen, 19 novembre 2020, n°1804820.

a. L'absence de volonté de la patiente de recourir à un acte

La volonté nécessaire. Par principe, la patiente doit consentir à tout acte médical. La réalisation d'un acte sans le recueil de son consentement est donc fautive et engage la responsabilité du soignant, peu importe que cet acte puisse présenter un intérêt thérapeutique à ses yeux. Les juridictions, civiles comme administratives, sont très claires sur ce point. Dès lors, les stérilisations à visée contraceptive pratiquées sur des patientes lors de leur accouchement sans que celles-ci y aient consenti sont fautives[472].

La loi permet également à la patiente de changer d'avis. Elle peut ainsi consentir à un acte puis retirer son consentement et ce choix doit être respecté par les soignants. La stérilisation pratiquée sur une patiente alors qu'elle avait exprimé son souhait de ne plus subir une telle intervention est donc logiquement sanctionnée par les juridictions[473].

La jurisprudence considère également que le consentement donné ne vaut que pour l'acte considéré. Il est donc indifférent que le résultat auquel conduit un acte soit le même que celui pour lequel la patiente a donné son consentement. On peut citer le cas d'une patiente qui avait consenti à une stérilisation à visée contraceptive par pose de clips. Cet acte n'avait pu être réalisé en raison de l'indisponibilité du matériel nécessaire. En lieu et place, le chirurgien avait procédé à une ablation des deux trompes utérines (salpingectomie bilatérale). Les juges du fond ont ici caractérisé une absence de consentement et donc une faute du soignant[474]. De même, saisi d'une affaire dans laquelle la patiente avait été informée des risques d'une anesthésie péridurale dans le cadre de son accouchement à venir par voie basse lors de la consultation pré-anesthésique mais avait en définitive subi une césarienne et une rachianesthésie, intervention au cours de laquelle elle est décédée, le Conseil d'État a désapprouvé la chambre disciplinaire nationale qui avait observé que les risques associés étaient comparables pour conclure à l'absence de manquement fautif, retenant qu'une information spécifique à l'acte pratiqué n'avait pas à être délivrée. Selon la juridiction, il fallait s'assurer que la patiente avait été informée des risques liés à la rachianesthésie ou, le cas échéant, que ces risques étaient les mêmes que ceux liés à une anesthésie péridurale pour lesquels elle avait été informée[475].

La volonté indifférente. Le défaut de recueil du consentement de la patiente est une source importante de « violences gynécologiques et obstétricales » lesquelles trouvent une traduction sur le terrain contentieux. Mais il n'est pas nécessairement fautif et n'engage donc pas automatiquement la responsabilité des soignants. Il est des cas dans lesquels la volonté de la patiente est indifférente à la réalisation d'un acte médical. Deux situations doivent être envisagées. D'une part, la volonté de la patiente peut ne pas être recherchée, d'autre part, la volonté exprimée par la patiente peut ne pas être prise en compte.

[472] CAA Douai, 19 juin 2006, n° 06DA00660 (ligature des trompes) ; CAA Versailles, 15 septembre 2009, n°08VE00461 (ligature des trompes).
[473] CAA Versailles, 18 juin 2019, n°1704582.
[474] CAA Lyon, 20 avril 2021, n°19LY03449.
[475] CE, Section du contentieux, 1er juillet 2019, n°411263.

La volonté n'a pas été recherchée. Le principe du recueil du consentement est assorti d'une exception qui a été envisagée par ailleurs[476] : l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil admet que le consentement du patient ne soit pas recherché lorsque son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. Dans ce cas, l'article L. 1111-4 alinéa 5 impose que ses proches soient consultés avant que l'acte ne soit réalisé, sauf urgence ou impossibilité. Il y a donc une hiérarchie qui est instaurée par le législateur. Le consentement de la patiente prime. Si elle n'est pas en état de manifester sa volonté, ses proches doivent être consultés. En cas d'urgence ou d'impossibilité, l'acte peut être réalisé s'il existe une nécessité thérapeutique et que la personne ne peut pas y consentir. Fort logiquement, les juridictions qualifient de fautives les interventions réalisées sans nécessité thérapeutique, donc sans urgence. Ce fut le cas pour des stérilisations sans aucune "nécessité thérapeutique"[477] et pour lesquelles le consentement de la patiente devait donc être recherché[478]. Des considérations, telle que le fait que la patiente soit proche de la ménopause, ne sont pas de nature à justifier que le consentement de cette dernière n'ait pas été recherché dès lors qu'aucune urgence vitale n'a été caractérisée[479].

Par ailleurs, il fut considéré par une juridiction que « l'information au cours du travail, préalable aux manœuvres sur le risque de lésions n'était plus possible et la patiente ne pouvait plus se soustraire aux risques d'un accouchement par voie basse compte tenu des risques d'anoxie du "fœtus" ». L'urgence étant caractérisée, les risques encourus, en particulier pour le fœtus, étant jugés supérieurs en cas d'abstention, la mère est mise au service du bébé à naître et son consentement n'est pas requis[480]. Il fut encore considéré par une juridiction que « l'épisiotomie n'était pas prévisible avant le début de l'accouchement, une fois l'accouchement débuté, la patiente ne pouvait renoncer à cet acte, nécessaire pour éviter une déchirure périnéale et faciliter l'extraction fœtale. Cette information, qui n'a pas pour objet de permettre à la parturiente de faire un choix, n'entre pas dans le champ de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique »[481]. Outre la lecture erronée des dispositions du Code de la santé publique, l'information ayant bien pour objet de permettre à la patiente de faire le choix qui lui revient[482], l'impossibilité pour la patiente de renoncer à un tel acte, au même titre que l'imprévisibilité de l'acte justifiant l'absence de discussion préalable, peuvent être discutées. Avant l'accouchement, ces actes sont certes le plus souvent hypothétiques, mais ils ne sont pas non plus imprévisibles. Dès lors, ne pourrait-on pas considérer que la patiente devrait être informée de leur existence, de leurs avantages et de leurs inconvénients, afin qu'elle puisse exprimer sa volonté. La difficulté ici résiderait dans le fait que la volonté exprimée ne porterait que sur un acte hypothétique et le consentement ne serait donc pas véritablement circonstancié, de sorte qu'il serait possible d'invoquer son absence de caractère éclairé. En outre, l'exigence du respect de la volonté exprimée par la patiente n'est pas absolue, elle non plus.

b. La manifestation par la patiente de sa volonté de recourir à un acte

Parmi les situations dont le vécu peut être jugé violent par les patientes figurent celles dans lesquelles les soignants n'accèdent pas à leurs demandes qu'elles jugent pourtant légitimes. Cela ressort très clairement des réclamations. On peut citer, par exemple, le souhait d'accoucher dans

476 V. supra Partie 1
477 L'expression "nécessité chirurgicale" ou "nécessité médicale" a également pu être employée, par le passé, avant d'être remplacée par celle de nécessité thérapeutique (v. par ex. CE, 29 octobre 2002, n°98PA01196).
478 CAA Nantes, 29 septembre 2005, n°03NT00706.
479 CAA Lyon, 8 juillet 2008, n°05LY01377.
480 CAA Bordeaux, 24 janvier 2017, n°14B02494.
481 TA Lille, 26 mai 2021, n°1801954.
482 V. supra Partie 1

une certaine position, celui d'un accouchement sans anesthésie, d'un accouchement par voie basse, sous césarienne, sans épisiotomie etc. Plus généralement, c'est la question de la prise en compte du projet de naissance qui doit être posée ainsi que celle de sa réception par le droit. Des réclamations de patientes font part de leur projet de naissance, rédigé et transmis à l'équipe médicale, mais qui n'a pas été respecté.

Le cas des stérilisations à visée contraceptive en l'absence de toute nécessité médicale doit également être envisagé. Une telle intervention est permise par l'article L. 2123-1 du Code de la santé publique. Il s'agissait pour le législateur de sécuriser le cadre juridique dans lequel les praticiens opéraient depuis longtemps déjà. En effet, « avant la loi, il y avait approximativement 70 000 ligatures tubaires réalisées par an en France »[483]. En l'absence de tout cadre juridique, une responsabilité importante pesait donc sur les praticiens. C'est la raison pour laquelle l'Ordre national des médecins considérait qu'« elle ne peut donc être pratiquée que pour des motifs très sérieux qui amènent à déconseiller formellement et définitivement la grossesse. Le médecin a la responsabilité d'apprécier en conscience ces motifs »[484]. Des critères avaient été proposés par le CNGOF, parmi lesquels l'âge, le nombre d'enfants, l'âge du dernier enfant, le sexe des différents enfants, les contre-indications aux méthodes efficaces de contraception[485]. Trois situations dans lesquelles une telle demande est susceptible d'être formulée par une femme peuvent être envisagées : elle « peut présenter des difficultés contraceptives en raison de complications graves des méthodes actuellement disponibles ; elle peut avoir des difficultés pour suivre une contraception, comme par exemple, les femmes avec handicap mental ou psychique ; la femme (...) a un désir de ne pas avoir d'enfant, et ce, de manière définitive »[486]. Parmi les réclamations traitées, seule une d'entre elles concerne un refus de stérilisation définitive. Elle s'inscrit dans la deuxième hypothèse. Il s'agit d'une patiente âgée de 44 ans, ayant 2 enfants et tolérant mal la pilule contraceptive. Le gynécologue a refusé l'intervention en raison des "risques" et a privilégié d'autres méthodes contraceptives qu'il jugeait « raisonnables », mais qui ne répondaient pas aux besoins et contraintes de la patiente. Le faible nombre de réclamations concernant des demandes de stérilisation définitive ne doit pas laisser penser que le cas de cette patiente est un cas isolé. En effet, les médias et réseaux sociaux se font régulièrement le relais de femmes souhaitant bénéficier de cette faculté mais qui se heurtent au refus des praticiens[487].

Le droit de la responsabilité, civile et administrative, pourrait-il se saisir de toutes ces situations ? Autrement dit, le non-respect de la volonté de la patiente constitue-t-il un manquement fautif de nature à engager la responsabilité de son auteur ? La caractérisation d'une faute paraît délicate. Elle semble exclue sur le fondement d'un manquement à l'obligation de recueillir le consentement de la patiente. Les soignants sont tenus de respecter le consentement de la patiente, non de satisfaire n'importe quelle demande. Si la volonté peut être manifestée de façon individuelle, l'expression du consentement (ou de son absence) se fait toujours dans le cadre d'une relation, en réponse à une

[483] B. Branger, Ph. David, « La stérilisation définitive chez la femme est-elle un soin ? », *in Philosophie du soin. Santé, autonomie, devoirs*, Vrin, 2019, p.89.
[484] Texte adopté le 28/01/83.
[485] Texte diffusé par le CNGOF à ses membres, suite à la séance du conseil d'administration du 12 mars 1983 (sur un rapport de M. Lerat).
[486] B. Branger, Ph. David, *op.cit.*
[487] V. supra Partie 1 ; https://www.leparisien.fr/sentinelles/vous-allez-peut-etre-changer-davis-la-galere-des-jeunes-femmes-qui-desirent-une-sterilisation-definitive-29-01-2022-RS2A7B7YUNDA3LIS4GRN2S24W4.php

proposition qui est faite. La non-prise en compte de la volonté de la patiente pourrait éventuellement être sanctionnée sur le terrain d'une faute technique, lorsque le choix réalisé par l'équipe médicale n'est pas médicalement indiqué. Des discussions existent ainsi sur la pertinence de certaines pratiques, comme l'épisiotomie par exemple. Mais les juges s'en remettent le plus souvent au jugement médical, dès lors que celui-ci est fondé sur les données acquises de la science[488]. Pour l'épisiotomie, par exemple, une juridiction a observé qu'elle était « souvent nécessaire lors d'un premier accouchement » et a écarté toute faute[489]. De façon similaire, une juridiction a écarté tout manquement fautif du soignant qui ne satisfait pas la demande de césarienne de la patiente[490], dès lors que ce choix n'était pas médicalement indiqué[491]. Les juridictions observent alors qu'« aucun élément n'imposait de privilégier une césarienne »[492]. La décision d'une cour administrative d'appel résume finalement assez bien la position des juges sur ce point. Elle considère « que les prestations médicales ne sont pas à la décision des patient·es, mais bien des médecins »[493]. Tout au plus, le non-respect de la volonté de la patiente pourra être sanctionné au moyen de la faute d'humanisme ainsi que nous le verrons par ailleurs.

D. La faute d'humanisme

"Elle [la gynécologue] a été très dirigiste, elle m'a pas à peine regardé dans les yeux, je lui ai dit au moins trois fois que j'étais mal à l'aise, que c'est mon 2e examen, elle m'a dit ou plutôt ordonné, elle m'a palpé les seins, je me suis recroquevillée, elle n'écoutait pas, j'étais mal à l'aise, après elle m'a dit « allongez-vous sur la table et déshabillez-vous complètement », j'étais un peu choquée d'être totalement nue face à quelqu'un que je ne connaissais pas, du coup elle m'a fait un examen elle m'a pas prévenue qu'elle allait introduire un spéculum, j'étais un peu tétanisée, j'ai eu extrêmement mal parce que j'étais très stressée donc très contractée, je me suis tordue dans tous les sens, à gémir, je me suis mise à pleurer et elle m'a dit – cette phrase qui m'a le plus traumatisée que l'acte « Ah oui ça fait mal, c'est normal, c'est comme un viol, comme vous êtes rétractée ça fait mal, c'est normal ». Elle a continué son examen alors que j'étais en train de pleurer alors que c'est là pour moi qu'il y a un hiatus juridique que j'ai du mal à nommer ». Le témoignage de cette patiente formulé dans une réclamation dont l'établissement de santé était destinataire illustre un vécu de violences souvent dénoncé. La violence ne porte pas tant sur les actes techniques, mais plutôt sur la façon dont les patientes ont été traitées lors de la réalisation de ces actes. Des réclamations peuvent l'illustrer :

- La patiente qui vient de perdre son enfant laissée à l'accueil des urgences alors qu'elle est couverte de sang.

---

488 V. supra faute technique
489 CAA Bordeaux, 3 novembre 2020, n°18BX02473.
490 CAA Nancy, 7 janvier 2010, n°08NC01374.
491 CAA Douai, 11 juin 2009, n°08DA00729.
492 CAA Bordeaux, 5 juin 2007, n°05BX00955.
493 V. à propos de CAA, NANTES, Chambre 3, 31 Mars 2011 - n° 10NT00884, commentaire en ligne sur le site de la CAA : « Surtout, la cour souligne la pleine latitude de l'équipe médicale dans le fait de décider ou non de pratiquer une césarienne ; l'accouchement ne saurait être assimilé à une prestation de service dont la parturiente déciderait à discrétion, des conditions de réalisation. La parturiente est, dans son intérêt et surtout dans celui de l'enfant, dessaisie de tout pouvoir de décider des modalités de son accouchement alors surtout que la pratique d'une césarienne ne la met pas à l'abri des risques d'hémorragies et qu'aucun élément du dossier médical de la requérante ne permettait en l'espèce au centre hospitalier de prévoir la survenance du syndrome dont elle a été atteinte ».

- L'IMG pratiquée huit heures après l'heure de convocation de la patiente qui a attendu seule dans une salle.
- La patiente dont l'enfant est mort *in utero* qui est transférée en salle d'accouchement, donc à côté de femmes en train d'accoucher.
- La patiente dont l'enfant est mort *in utero*, qui commence à accoucher dans un couloir et à laquelle on demande de marcher jusqu'en salle d'accouchement où l'enfant est placé dans un sac sous ses yeux.
- L'annonce à la patiente de la mort de son enfant, à une semaine du terme, sans "aucune précaution"
- Le fait de faire part à une patiente du risque de mort *in utero* de son enfant "sans ménagement" lors d'un entretien au cours duquel la présence de son époux a été refusée.
- La patiente à laquelle on explique que l'on doit "expulser le fœtus" mort *in utero*. Cette même patiente a également évoqué le fait que la sage-femme a eu recours au mot "produit" pour désigner son enfant et lui a expliqué qu'il s'agissait d'un fœtus, non d'un bébé, destiné aux déchets, de sorte que le corps ne pourra pas être récupéré (elle se rétractera par la suite).
- La patiente à laquelle le personnel médical ne s'adresse pas directement, ne se présente pas, ou qui ne peut s'exprimer sans être interrompue.
- Une discussion jugée légère par la patiente alors qu'elle aperçoit son enfant mort *in utero* à l'échographie
- La patiente dont le médecin s'agace de la voir manifester une pudeur lors de l'examen médical et à laquelle il demande si elle a pris connaissance de la charte de laïcité de l'établissement, présumant ainsi de sa confession, selon elle au regard de son nom de famille.
- Le refus formulé au compagnon d'une femme ayant subi une IMG de bénéficier d'un lit pour la nuit, les lits étant "réservés aux papas".
- La patiente qui a été informée de la présence d'un étudiant lors de l'examen gynécologique et qui a demandé, compte tenu de cette présence, à ce qu'elle ne soit pas dénudée. Cette demande n'a pas été entendue par le praticien.
- Le cas d'une patiente devant subir une IMG et qui, dans le cadre d'une consultation préparatoire, se trouve face à une dizaine de personnes dont elle ignore la qualité et sans qu'elle ait consenti à leur présence.

Le droit est-il susceptible de se saisir de ces situations qualifiées de violences ? Il faut pour cela qu'un manquement fautif à une obligation soit être caractérisé. Il existe bien une obligation pour les soignants de faire preuve d'humanité. Le médecin doit respecter la vie humaine, la personne et sa dignité. La sage-femme doit exercer sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine. Telles sont les obligations déontologiques auxquelles ces soignants sont soumis. Tout manquement à cette obligation d'humanisme est susceptible d'engager leur responsabilité. La faute d'humanisme correspond donc à un « manquement du professionnel de santé au devoir inhérent à son ministère, à la violation du respect de la personne humaine et de sa dignité, plus généralement donc à la violation du devoir de conscience »[494]. Elle peut résider dans l'attitude adoptée à l'égard de la patiente ainsi que dans les propos tenus envers cette dernière. Une telle faute renvoie à ce

[494] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 2e éd. 2009, p. 476.

que la littérature académique nord-américaine a contribué à théoriser sous le terme de *bedside manner*[495], mais est encore peu connue du contentieux français. Il s'agit d'une construction doctrinale[496].

La faute d'humanisme est relativement absente devant les juridictions civiles et administratives. Tous domaines médicaux confondus, nous n'avons identifié que cinq jugements de tribunaux administratifs dans lesquelles l'expression apparaît[497]. La même chose peut être observée devant les cours d'appel pour lesquelles on ne recense que six arrêts[498]. Devant les juridictions administratives, elle peut exceptionnellement apparaître dans le cadre d'une faute de service, comme le Conseil d'État l'a admis en 2019, en dehors du champ obstétrical[499], mais elle peut aussi être excusée par le juge administratif[500]. Devant les cours d'appel ou administrative d'appel, cinq décisions ont été recensées en matière gynécologique et obstétricale. L'expression de faute d'humanisme n'a pas été employée ; ces décisions sont catégorisées comme telles par ce rapport au regard des faits en présence. On peut, par exemple, citer le cas d'un infirmier ayant photographié une patiente hospitalisée à la suite d'un viol, dans le but de réunir des preuves sans être autorisé à le faire[501].

En plus d'être rarement invoqué par les demandeurs, ce manquement est rarement caractérisé par les juges qui manifestent une certaine réticence à qualifier de fautif le professionnel qui manquerait à cette seule obligation déontologique d'humanisme, le manquement fût-il caractérisé. L'examen de la jurisprudence permet d'observer qu'il n'existe pas d'identité des fautes civile et administrative et déontologiques sur ce point. Le juge administratif considère ainsi que « s'il est constant que lors de l'annonce du décès de son enfant, le personnel du service obstétrique du centre hospitalier universitaire n'a pas fait preuve de la compréhension et de la compassion que (la parturiente) était légitimement en droit d'attendre d'un personnel médical qualifié en ces circonstances

---

[495] A. Person et L. Finch, « Bedside manner: Concept analysis and impact on advanced nursing practice, JO - Internet Journal of Advanced Nursing Practice, vol. 10, I, 2008, https://www.researchgate.net/publication/289736876_Bedside_manner_Concept_analysis_and_impact_on_advanced_nursing_practice10, I, 2008, https://www.researchgate.net/publication/289736876_Bedside_manner_Concept_analysis_and_impact_on_advanced_nursing_practice.

[496] v. par ex. S. Porchy-Simon, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.* 1998, p. 329.

[497] TA Clermont-Ferrand, 22 février 2011, n°1000368, TA Fort de France, 11 décembre 2014, n° 1400019 ; TA Bordeaux, 6 janvier 2015, n° 123547 ; TA Nantes, 23 septembre 2015, n° 1110067 ; TA Bordeaux, 17 novembre 2015, n° 1304615.

[498] CA Lyon, 1ère chambre civile, 3 juin 2021, n°19/02664 ; CA Aix-en-Provence, 10ème chambre, 29 novembre 2018, n°17/13300 ; CA Aix-en-Provence, 10ème chambre, 13 septembre 2018, n°17/06807 ; CA Angers, chambre civile, 21 novembre 2017, n°15/01362 ; CA Lyon, 1ère chambre civile, 18 mai 2017, n°16/07107; CA Lyon, 1ère chambre civile B, 5 mars 2013, n°12/00986.

[499] CE, 5e chambre, 12 Mars 2019 – n° 417038 : faute d'humanisme de l'hôpital tardant à informer la famille du décès de leur père : « l'épouse du défunt ainsi que ses deux fils avaient nécessairement éprouvé, du fait du manque d'empathie de l'établissement et du caractère tardif de cette annonce, une souffrance morale distincte de leur préjudice d'affection ».

[500] V. en ce sens : TA Amiens, 28 février 2013, n° 1101202: « s'il est constant que lors de l'annonce du décès de son enfant, le personnel du service obstétrique du centre hospitalier universitaire n'a pas fait preuve de la compréhension et de la compassion que Mme X était légitimement en droit d'attendre d'un personnel médical qualifié en ces circonstances douloureuses, *cette circonstance, pour regrettable qu'elle soit*, ne saurait être regardée, en l'espèce, comme une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier universitaire ».

[501] CAA Nancy, 23 juillet 2020, n°18NC02390.

douloureuses, cette circonstance, pour regrettable qu'elle soit, ne saurait être regardée, en l'espèce, comme une faute »[502]. Dès lors, le simple manquement à l'obligation déontologique d'humanisme ne semble pas suffire à caractériser une faute civile ou administrative pour les juges. Un litige permet de l'illustrer. Dans une affaire, une juridiction civile a par exemple considéré que le médecin anesthésiste commettait une faute lorsqu'après avoir posé la péridurale demandée, il l'interrompt brusquement et quitte la salle d'accouchement suite à un désaccord avec le reste de l'équipe médicale[503]. Les juges précisent qu'il s'agit d' « une faute professionnelle », l'anesthésiste « manquant à son devoir d'humanisme et d'assistance auprès de sa patiente et en ne lui assurant pas la continuité des soins ». Mais le manquement à l'obligation d'humanisme n'est pas sanctionné directement : c'est l'interruption des soins qui caractérise pour les juges la faute du médecin. Ici, les juges relèvent une faute technique : il n'y avait pas d'indication médicale à suspendre l'anesthésie. Les juges s'appuient sur le non-respect de la demande légitime de la patiente pour caractériser l'ampleur de la faute : l'interruption des soins est d'autant plus fautive que la patiente avait fait le souhait de pouvoir bénéficier de cette anesthésie et que, du fait de l'interruption de la péridurale, son accouchement avait été particulièrement douloureux. La faute technique correspond à cette absence de continuité des soins, la faute d'humanisme, elle, correspond au fait d'avoir laissé la patiente dans le désarroi le plus total. Toutefois, la faute technique semble prendre le pas, le préjudice indemnisé étant le préjudice corporel (et non pas le préjudice moral que l'on retrouve traditionnellement en cas de faute d'humanisme).

Dans d'autres circonstances, les juges considèrent en revanche que l'absence de péridurale souhaitée par la patiente n'était pas fautive, celle-ci n'étant pas indiquée compte tenu de l'avancement du travail[504]. *A contrario*, lorsqu'il n'existe aucune faute technique et que les actes ont été correctement exécutés, les juges ne sanctionnent pas le manquement à l'obligation d'humanisme. Ainsi, dans un litige dans lequel le rapport d'expertise avait conclu à une « erreur psychologique » commise lors de l'annonce à la patiente enceinte des anomalies dont souffrait son enfant, sans ménagement, tout manquement fautif a été écarté par les juges du fond[505]. De même, une cour d'appel a refusé de qualifier le comportement d'une sage-femme et d'un anesthésiste s'étant adressés « sèchement » à la patiente de fautif[506]. Dans ces différentes hypothèses, il n'y avait pas de faute technique, les actes ayant été correctement réalisés. À la différence de ce qui s'observe en cas d'absence de consentement, on constate une certaine réticence des juges du fond à admettre de façon autonome une faute d'humanisme. On observe cette situation depuis longtemps dans le domaine médical, les juges refusant de caractériser une faute d'humanisme lorsque le soin a été parfaitement réalisé sur le plan technique. Cette position jurisprudentielle a conduit certains auteurs à plaider en faveur de l'autonomie de l'obligation d'humanisme[507], de sorte que son manquement pourrait être sanctionné, indépendamment de la réussite de la prise en charge au plan strictement médical.

[502] TA Amiens, 28 février 2013, n°1101202.
[503] Cour d'appel d'Aix-en-Provence, CT0023, du 28 février 2006.
[504] Cass.crim, 24 novembre 2015, n°14-88.125.
[505] CA Toulouse, 3ème chambre, 1re section, 11 janvier 2011, n°09/02723.
[506] CAA Bordeaux, 2ème chambre, 3 novembre 2020, n°18BX02473.
[507] S. Porchy-Simon, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *op.cit.*

Pour l'heure, la faute d'humanisme peine à exister de façon autonome devant les juridictions civiles et administratives. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation. La subjectivité inhérente à l'appréciation de la faute d'humanisme et l'absence de référentiel de bonnes pratiques en la matière pourraient expliquer cette réticence des juges, qui n'est pas propre au domaine de la gynécologie et de l'obstétrique. Les juges sont au demeurant dépendants de l'expertise, dont l'importance sera envisagée par ailleurs. Derrière la faible accoutumance des juges à l'obligation d'humanisme peut ainsi se cacher celle des experts, peu enclins à juger fautif un manquement à cette obligation déontologique[508]. Cette réticence des juges pourrait également s'expliquer par le préjudice dont il serait demandé réparation en cas de manquement à une obligation d'humanisme, à savoir un préjudice moral qui peut cristalliser la crainte d'abus[509]. Le droit français connaît pourtant une « psychologisation du dommage »[510] évidente, laquelle se manifeste par une spécialisation toujours plus grande du préjudice moral, morcelé en différents postes : souffrances endurées, préjudice esthétique, préjudice d'affection etc. La seule crainte de subir un dommage est par exemple indemnisable en raison des troubles dans l'existence qu'elle provoque, au travers du préjudice d'anxiété, qui bénéficie notamment aux personnes exposées à l'amiante.

Pour autant, la faute d'humanisme n'échappe pas complètement au droit. Elle peut par exemple motiver un licenciement. Dans une affaire de 2018[511], un médecin anesthésiste avait été licencié par son employeur pour ses comportements : propos insultants (« vous êtes trop grosse »), comportements dégradants, isolement injustifié imposé à des parturientes (en exigeant que le compagnon sorte de la salle d'accouchement, sans raison valable). La faute d'humanisme est par ailleurs un peu plus présente devant les juridictions ordinales. Sept décisions pouvant être rattachées à une faute d'humanisme ont été recensées devant la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins[512]. Quant à la chambre disciplinaire de l'ordre des sages-femmes, ce sont six décisions qui ont été recensées. La faute d'humanisme s'exprime ici de façon autonome. Elle constitue le fondement exclusif des demandes. Devant la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins, dans cinq cas, la faute invoquée par la plaignante n'a pas été retenue. Le rejet de la demande est motivé par l'absence de preuve[513] ou l'existence d'un élément de preuve contraire[514] ou encore l'absence de tout manquement à l'obligation d'humanisme aux yeux de l'instance[515]. Dans certains cas, les faits dénoncés sont jugés conformes aux pratiques médicales. Tel est le cas de la patiente demeurée

[508] Il convient néanmoins de préciser que des décisions récentes font état de rapport d'expertise sensibles à la question. C'est ainsi qu'un rapport d'expertise, écartant toute faute technique, faisait toutefois état d'une "effraction psychotraumatique par vécu de déshumanisation" lors du toucher vaginal réalisé. v. CA Saint-Denis, Chambre civile, 2 mars 2021, n°19/03098.

[509] Sur le sujet v. J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

[510] N. Molfessis, "La psychologisation du dommage", *in Quel avenir pour la responsabilité civile ?,* Dalloz, 2015, p. 39.

[511] Cass, 1ère chambre civile, 5 avril 2018, (n°17-11.897).

[512] Dont six devant la chambre disciplinaire nationale et une devant la chambre disciplinaire de première instance.

[513] CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 27 septembre 2019, n°13570.

[514] CNOM, Chambre disciplinaire de première instance, Grand Est, 7 novembre 2017, n°13774. En l'espèce, c'est une attestation de la secrétaire du service, remettant en cause les griefs de la patiente, qui a entraîné le rejet de la demande de cette dernière.

[515] CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 8 novembre 2016, n°12658 ; CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 10 décembre 2015, n°12328 (Pour rassurer sa patiente envisageant un recours à la PMA, lors de la prescription de l'hystéroscopie, le gynécologue a évoqué le courage des femmes en général et celui des Polonaises en particulier. S'il a pu s'exprimer de façon maladroite, n'a pas tenu des propos ou adopté un comportement discriminatoire en raison du sexe et de la nationalité de la patiente).

torse nu tout au long de la césarienne[516]. Dans deux cas, une faute a été retenue, mais dans l'un, le praticien a été amnistié. Il s'agissait d'un médecin poursuivi par la patiente pour différents manquements, dont un manquement à l'obligation d'humanisme, celui-ci ayant tenu les propos suivants « j'en ai marre de ces femmes qui ne s'assument pas, tu l'auras voulu, ton bébé va naître avec un tuyau dans la gorge »[517].

Devant la chambre disciplinaire de l'ordre des sages-femmes, dans trois cas, la faute invoquée par la plaignante n'a pas été caractérisée. Le rejet de la demande est motivé par l'absence de preuve des faits[518] ou encore l'absence de preuve de l'intention malveillante de la sage-femme ayant tenu des propos dont l'existence a été dans ces cas parfaitement établie[519]. Dans trois cas, une faute a été caractérisée : l'une d'elle l'a été en raison des propos grossiers tenus par la sage-femme[520], une autre en raison d'une attitude jugée insuffisamment attentive à la volonté et au bien-être de la patiente qui avait manifesté sa gêne et son souhait de voir l'examen s'arrêter[521] et la dernière en raison d'un manque d'empathie manifestée à l'égard de la patiente prise en charge à la suite du décès de son enfant[522].

Deux observations peuvent être faites concernant ce contentieux. D'abord, on constate qu'il est récent : une seule décision a été recensée avant 2010 tandis que toutes les autres sont postérieures à 2015 devant l'ordre des médecins. Concernant l'ordre des sages-femmes, toutes les décisions ont été rendues à compter de 2016. À cela, on pourrait ajouter que les manquements à l'obligation d'humanisme semblent trouver un certain écho au sein de la juridiction de l'ordre des sages-femmes et que des propos qui pourraient difficilement être appréhendés par les juridictions sont sanctionnés par cette dernière. Au regard des décisions trouvées, la juridiction de l'ordre des médecins pourrait sembler moins encline à sanctionner ce type de comportement. Les décisions étant peu nombreuses toutefois, il est difficile d'être formel. On ignore également pourquoi il y a peu de décisions. Est-ce parce qu'il y a peu de réclamations à ce sujet ou que l'ordre décide de ne pas poursuivre ? Sur la prise en compte de cette faute, une évolution est perceptible. Ainsi, l'affaire la plus ancienne qui a été recensée est celle précitée, dans laquelle un médecin a commis une faute d'humanisme, mais a été amnistié (2009). Le cas dans lequel une faute a été retenue à l'encontre du médecin est plus récent (2018). La juridiction reprochait au médecin de ne pas avoir « adopté à l'égard de la patiente un comportement suffisamment attentif et respectueux de sa personnalité et de sa dignité ». Il lui était reproché une succession d'examens de plus en plus intrusifs, qui avaient

[516] CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 21 janvier 2016, n°11582-2.
[517] CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 2 avril 2009, n°10142.
[518] Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des sages-femmes, 3 juin 2019, ID 198, affaire D201801 ; Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des sages-femmes, 28 avril 2016, ID 122, affaire 15001 (la décision précise par ailleurs que la plaignante ne s'est pas déplacée à la conciliation, ce qui semble avoir joué en sa défaveur).
[519] Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des sages-femmes, 5 janvier 2018, ID 10, affaire 2017-2. Absence de preuve de l'intention malveillante de la sage-femme employant le terme "chanter" pour qualifier les cris de la patiente et faisant une remarque sur la poitrine de la patiente.
[520] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des sages-femmes, 9 mars 2016, ID 35, affaire 30 (qualifiant le périnée de la patiente de "pas si dégueulasse que ça").
[521] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des sages-femmes, 22 octobre 2019, ID 62, affaire 42.
[522] Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des sages-femmes, 10 février 2021, ID 212, affaire 2022002.

par ailleurs été poursuivis en dépit d'une angoisse observée et pratiqués à mains nues[523]. La faute d'humanisme est donc susceptible d'être appréhendée par les ordres.

Le manquement à une obligation d'humanisme est encore peu appréhendé par le droit. Le droit ordinal semble pouvoir le faire plus aisément, notamment parce que la sanction de ce manquement peut se faire en l'absence de tout préjudice causé à la patiente, à la différence du droit civil et administratif où il faut en plus la preuve d'un préjudice.

§2. Les comportements générateurs de responsabilité pénale

Si certains actes dénoncés pourraient valablement être qualifiés de violences au sens du droit pénal, cela n'est que l'une des qualifications parmi les infractions nombreuses qui méritent d'être envisagées dans le cadre de cette recherche. Il est important de rappeler qu'aucun domaine, pas même celui du soin, n'est exclu du champ de la répression pénale. Lorsqu'un comportement correspond aux éléments constitutifs d'une infraction, la responsabilité pénale de son auteur peut être recherchée en application du droit commun. Le statut de médecin ou plus généralement de soignant n'apporte aucune immunité particulière à celui ou celle qui se rendrait coupable d'une infraction pénale. Tant les abstentions fautives des personnels de santé que les agissements de ceux-ci pourraient constituer l'élément matériel d'une infraction. Un médecin gynécologue peut donc être poursuivi pour des atteintes non intentionnelles à l'intégrité, pour des violences volontaires, ou même des infractions sexuelles. Cependant, il doit être rappelé que la loi et en particulier le Code de santé publique autorisent les personnels soignants à porter certaines atteintes à l'intégrité des personnes dans un contexte de soin. Cette autorisation légale peut donc faire obstacle à la mise en œuvre de la répression pénale dans certains cas. Ainsi, la réalisation d'une césarienne ne sera pas considérée comme des violences volontaires au sens du droit pénal en raison de son objectif médical ; un toucher vaginal ne sera pas considéré comme un viol s'il répond à une nécessité thérapeutique lorsqu'il est imposé. En effet, le contexte de soin est susceptible de neutraliser l'élément moral[524] des infractions en ce que ces atteintes à l'intégrité sont imposées pour soigner. L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale impose la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction pour que la répression puisse être envisagée. Il semble donc important d'aborder tout d'abord le contexte de soin et ses potentielles conséquences en termes d'irresponsabilité pénale (A), et d'envisager ensuite les infractions pénales qui pourraient sanctionner les violences gynécologiques et obstétricales (B) et les circonstances aggravantes susceptibles de s'y appliquer (C). Enfin, un bilan sur le risque pénal en matière gynécologique et obstétrical sera dressé (D).

A. Le cadre du soin comme cause d'irresponsabilité pénale

Le Code pénal prévoit certaines circonstances dans lesquelles des faits constitutifs d'une infraction ne pourront pas être poursuivis car ils sont justifiés : on parle dans ce cas de faits justificatifs ou de causes d'irresponsabilité pénale. Les « violences gynécologiques et obstétricales » se réalisent

[523] CNOM, Chambre disciplinaire nationale, 30 avril 2018, n°13327.
[524] Les auteurs sont divisés quant au fait de savoir si l'autorisation de la loi neutralise l'élément moral de l'infraction ou simplement l'élément légal. Dans le contexte du soin, l'élément moral apparaît sans doute perturbé.

nécessairement dans un contexte médical, le qualificatif obstétrical renvoyant généralement à un geste médical réalisé sur une parturiente dans le cadre d'une hospitalisation, d'un soin ambulatoire ou même à domicile, tout comme le terme gynécologique renvoie à la discipline médicale du même nom. Ce contexte du soin a une incidence sur l'examen pénal des faits lorsqu'il s'agit d'identifier si une infraction a été ou non commise par un professionnel de santé sur un patient. Tout d'abord, partant du postulat selon lequel lors de la réalisation de presque tous les soins, le soignant est susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique du patient dont il s'occupe, le législateur a créé une autorisation de la loi, indispensable à la pratique médicale (1). Les atteintes à l'intégrité pénalement justifiées, dont il est alors question, doivent faire l'objet de précisions. Par ailleurs un autre fait justificatif, l'état de nécessité (2), peut interférer dans l'analyse pénale d'un soin et mérite tout autant d'être étudié.

1. L'autorisation de la loi [525]

Le cadre général du soin commande une première précision en droit pénal puisque le législateur l'a érigé en possible cause d'exonération de responsabilité pénale. Au nom du « soin », le professionnel de santé est autorisé à porter atteinte au corps d'un patient et les faits ainsi justifiés perdent alors leur coloration pénale. Encore faut-il que quatre conditions cumulatives soient réunies pour que ce fait justificatif du soin s'applique : le titre juridique du professionnel de santé, le but thérapeutique, le consentement libre et éclairé du malade et la qualité de l'acte. La permission de la loi renvoie d'abord à la compétence juridique du professionnel de santé (le titre juridique), c'est-à-dire à la double exigence d'un diplôme et de la satisfaction des conditions d'exercice du professionnel[526]. Est ensuite visée la nécessité médicale (le but thérapeutique), notion qui bien que non définie[527], permet d'inclure les actes curatifs et préventifs dès lors qu'ils consistent « à vouloir apporter un plus à la santé de l'individu directement concerné »[528], c'est-à-dire qu'ils soient dans l'intérêt thérapeutique du patient. Vient s'additionner également le consentement du patient à l'acte de soin[529], aujourd'hui prévu par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, qui doit présenter un caractère libre (être recueilli sans pression) et éclairé (être recueilli après la délivrance d'une information claire, loyale et complète par le soignant[530]). Enfin, une compétence matérielle minimale du professionnel de santé est attendue (la qualité de l'acte réalisé), exigeant ainsi du soignant une formation continue tout au long de son activité professionnelle. L'atteinte au principe d'inviolabilité du corps humain d'autrui[531], susceptible de se rencontrer lors de la réalisation d'un geste médical par un professionnel de santé sur un patient (de la simple piqûre à des gestes plus invasifs) est alors justifiée et l'acte médical devient licite. Qu'il s'agisse ou non d'un soin gynécologique ou obstétrical, l'impunité du soignant, résultant de cette permission de la loi, exige

[525] Art. 122-4 CP.
[526] Pour les professions de santé organisées de manière ordinale (principalement ici sont visés les médecins, sage-femmes et infirmiers), il s'agit de l'inscription au tableau de l'Ordre territorialement compétent.
[527] P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2022, 2ème éd., n°125.
[528] B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse de droit privé, Université Nancy 2, 1993, p. 146.
[529] V. supra .
[530] C. santé publ., art. L. 1111-2.
[531] C. civ., art. 16-1.

nécessairement la réunion de ces quatre conditions cumulatives et à défaut seulement le soin peut être l'occasion de sanctionner pénalement le professionnel de santé.

Appliqué à notre objet de recherche, ce contexte médical génère plusieurs conséquences distinctes. Dans un premier temps, il faut rappeler que toute poursuite pénale d'un praticien en gynécologie ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'une « violence obstétricale », puisqu'il peut s'agir d'un « simple » manquement à l'une des quatre conditions de licéité sans lien direct avec le champ de notre étude. Peut par exemple être évoqué l'exercice illégal d'une profession de santé pour le soignant intervenant sans plus être inscrit au tableau de l'Ordre de sa profession, qu'il s'agisse du médecin[532], de la sage-femme[533] ou de l'infirmier[534], qui fait encourir une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende[535].

Toutefois, l'absence de consentement au soin, conduisant au défaut de l'une des conditions exigées dans le cadre de la permission de la loi, a des conséquences qui méritent un éclairage particulier ici tant il peut être générateur de nombreuses situations de « violences gynécologiques et obstétricales » dénoncées. Le consentement renvoie aussi à l'obligation d'information des professionnels de santé, prévue à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique et son inobservation peut-être un défaut (aucune information donnée) ou un manquement (pas assez d'informations données)[536]. Dans les deux cas, usuellement désignés par l'expression « défaut d'information », le consentement souffre de ne pas être (ou pas assez) éclairé. Comme dans l'hypothèse où le consentement n'est pas du tout recherché, ou dans celle où le refus de soin exprimé par le patient n'est pas respecté, le consentement non éclairé ou insuffisamment éclairé constitue un non-respect du cadre strict du soin autorisé (et ainsi un non-respect de la permission de la loi) et le soignant pourrait dès lors engager sa responsabilité pénale en raison des atteintes à l'intégrité qu'il a porté[537].

Le défaut d'intérêt thérapeutique d'un acte participe encore de l'exclusion de l'application de l'article 122-4 du Code pénal. A titre d'illustration, un médecin anesthésiste, en poste dans une maternité, qui avait imposé des touchers vaginaux à quatre patientes en attente d'une intervention chirurgicale, a été poursuivi pour agressions sexuelles à la suite de leurs plaintes. La défense du médecin reposait principalement sur le fait que ces actes auraient été destinés à diagnostiquer des infections. En l'espèce, l'argument thérapeutique avait été pris au sérieux, au point que les juges du fond ne l'ont écarté qu'après avoir recueilli l'avis de deux chefs de service de l'établissement hospitalier visé par les plaintes. Il résultait clairement de cette expertise sollicitée par les juges « que le toucher vaginal ne fait pas partie d'un examen d'anesthésie et ne permet pas, contrairement aux allégations du docteur, de déceler des infections nécessitant une antibioprophylaxie »[538]. La qualification d'agression sexuelle a donc été retenue par les juges. L'argument thérapeutique avait également été écarté s'agissant d'une patiente âgée de 72 ans, prise en charge à l'hôpital par un interne qui pratiqua sur elle, non seulement l'examen ORL pour lequel elle s'était présentée, mais

[532] C. santé publ., art. L. 4161-1
[533] C. santé publ., art. L. 4161-3.
[534] C. santé publ., art. L. 4314-4.
[535] C. santé publ., art. L. 4161-5 et art. L. 4314-4.
[536] V. supra sur les fautes civiles
[537] En fonction des circonstances, ces atteintes pourraient être qualifiées d'atteintes non intentionnelles à l'intégrité ou même de violences volontaires s'il est passé outre un refus de soin notamment. Ces dernières sont punies en fonction de la gravité du préjudice subi par la patiente (de la mort à l'absence d'ITT) ; cf. C. pen., art. 222-7 et s ; V. Supra.
[538] Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 16-85186.

encore un examen vaginal et rectal. Là encore, des experts avaient été sollicités. La cour d'appel, entrée en voie de condamnation, avait retenu que de tels actes ne pouvaient être médicalement justifiés. Elle avait également relevé que ces actes n'avaient pas été inscrits sur la fiche d'examen, et avaient été effectués hâtivement, sans que fût recueilli le consentement de la patiente, ni que fussent respectées les précautions exigées par la pratique médicale[539]. Ces éléments ont pu être établis par les « aveux circonstanciés du prévenu recueillis au cours de sa garde à vue ». Dès lors, si l'une des conditions de l'autorisation de la loi fait défaut, aucune cause d'irresponsabilité pénale ne fera obstacle à la répression.

L'autorisation de la loi et l'hypothèse particulière de l'urgence. Le cadre du soin autorisé et son exigence des quatre conditions cumulatives connaissent une limite certaine, le péril vital imminent, autrement couramment appelé "l'urgence". En particulier, la condition du consentement de la victime connait certains aménagements[540]. Au sens juridique, bien que la notion d'urgence ne soit pas définie par le législateur, la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il s'agit d'une situation grave, imminente et certaine[541]. Face à un événement d'une telle ampleur, le professionnel de santé peut ne pas respecter le strict périmètre de la permission de la loi sans pour autant commettre une infraction. Au contraire même, son inaction pourrait constituer le délit d'omission de porter secours à personne en péril, puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende[542].

2. L'état de nécessité

Parmi les causes objectives de responsabilité, l'état de nécessité peut être également invoqué par les soignants dans le cadre du soin, y compris dans le domaine de la gynécologie et de l'obstétrique. Prévu à l'article 122-7 du Code pénal, il bénéficie à 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 »[543]. Appliqué au champ de la présente recherche, il peut aisément être admis que l'état de nécessité soit évoqué lorsqu'un soignant fait le choix de commettre une infraction pour sauver la vie d'une patiente ; il sacrifie alors ainsi une valeur sociale pénalement protégée parce qu'inférieure à celle qu'il cherche à préserver[544]. L'urgence – au sens médical – constitue le réceptacle naturel de telles hypothèses. Devant plusieurs accouchements en cours en même temps, par exemple, l'équipe soignante doit faire des choix pour prioriser les soins, parmi lesquels parfois celui de faire le choix de commettre l'infraction d'omission de porter secours (immédiatement) à une patiente pour sauvegarder la vie d'une autre patiente. Concrètement, cela pourrait se traduire par l'inertie du

539 Cass. AP, 14 février 2003, n° 96-80.088.
540 Voir supra sur l'urgence en Partie 1
541 V° par ex. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2022, 2ème éd., n°282 et s.
542 C. pen., art. 223-6 al. 2.
543 Les conditions de l'état de nécessité sont l'existence d'un danger actuel ou imminent menaçant une personne ou un bien, la nécessité de commettre une infraction pour sauvegarder cette personne ou ce bien et la proportionnalité entre les moyens employés et la gravité de la menace.
544 S. Hocquet-Berg, B. Py, La responsabilité du médecin, LGDJ, 2006, n°169 : « *Le danger créé par une intervention médicale d'urgence est justifié s'il est inférieur au péril encouru par la victime* ».

personnel face à la demande d'une péridurale pour une patiente en souffrance alors que l'équipe est occupée à gérer l'hémorragie grave d'une autre patiente. Si une telle hypothèse peut constituer un « quotidien » dans un service de maternité, juridiquement elle appelle à la prudence, car la Cour de cassation refuse la justification pénale lorsqu'elle estime qu'il s'agit de deux valeurs sociales équivalentes[545].

B. Les infractions pénales à mobiliser

L'une des questions importantes du projet est celle de la capacité du droit pénal à appréhender le phénomène des « violences gynécologiques et obstétricales ». La remarque a d'ailleurs été entendue à plusieurs reprises dans le cadre du projet et notamment des réunions de travail : le droit pénal ne serait pas l'outil pertinent pour sanctionner les fautes commises dans le champ de la gynécologie et de l'obstétrique[546]. Pour illustrer cette idée, un procureur de la République saisi d'une plainte à la suite d'une révision utérine décide de classer l'affaire sans suite en affirmant que la plainte « motivée par la survenue de douleurs intenses liées à l'absence d'anesthésie pendant la réalisation de cet acte, ne relève pas de la juridiction pénale mais civile ». La révision utérine consiste dans le geste du gynécologue qui, après avoir observé qu'un morceau du placenta était resté dans l'utérus, procède à son retrait après avoir introduit sa main dans la cavité utérine. Le geste est particulièrement douloureux pour la femme qui n'aurait pas accouché sous péridurale. Aussi, le refus de prendre en compte la douleur d'une patiente et la réalisation du geste en dépit de la douleur ressentie pourrait être qualifié d'acte attentatoire à l'intégrité de la personne au sens du Code pénal. Si l'acte à l'origine des douleurs est fautif, il pourrait bien être qualifié pénalement d'atteinte non intentionnelle à l'intégrité de la personne voire de violences volontaires en fonction de la situation. Les entretiens menés avec les professionnels du droit dans le cadre du projet sont révélateurs du fait que cette difficulté à concevoir la pertinence des qualifications pénales face à des fautes identifiées dans le suivi gynécologique et obstétrical est en lien avec des habitudes professionnelles qui ne vont pas dans ce sens. En outre, des avocats considèrent que la voie civile a plus de chance de succès que la voie pénale, ils encouragent donc les demandeurs à limiter leurs demandes aux enjeux indemnitaires nourrissant ainsi l'idée que ces actes ne relèvent pas « de la juridiction pénale mais civile ».

Cependant, au regard des faits dénoncés par les patientes, nous avons tenté d'identifier les qualifications pénales susceptibles d'être retenues. L'étude du contentieux pénal révèle que peu d'affaires iront jusqu'au juge pénal même si la lecture d'un certain nombre de courriers de plainte laisse à penser que cette voie répressive serait théoriquement possible à emprunter. Les obstacles à leur mobilisation ne sont pas toujours juridiques et théoriques mais davantage sociologiques et pratiques[547]. Nous aborderons donc précisément les contours des infractions qui pourraient être mobilisées et d'abord celles d'atteintes à l'intégrité de la personne (1), puis seront évoquées les hypothèses de mise en danger (2), et les qualifications liées aux propos des personnels soignants

[545] V° par ex. Crim., 4 février 1998, n°96-81.425 à propos d'un médecin de garde qui a refusé de se rendre au domicile d'un enfant de 11 mois immunodéficitaire, fiévreux et sujet à convulsions, parce qu'il devait aller consulter un autre enfant épileptique en difficulté. La juridiction suprême a refusé de retenir l'état de nécessité parce que les valeurs sociales en conflit étaient équivalentes.
[546] La remarque a tant été formulée par des médecins que par certains professionnels du droit, magistrats notamment.
[547] V. infra sur le choix des procédures.

(3). Enfin, les nouvelles qualifications qui pourraient être imaginées dans le champ de la recherche seront mentionnées (4).

1. Les atteintes à l'intégrité

Dans ce paragraphe consacré aux atteintes à l'intégrité personnelles seront distinguées les infractions sexuelles (a) des violences (b) et des atteintes non intentionnelles à l'intégrité de la personne.

a. Les infractions sexuelles

Parmi les violences dénoncées dans le champ de la gynécologie et de l'obstétrique, les qualifications pénales d'infractions sexuelles occupent une place particulière. En effet, s'agissant de disciplines médicales qui imposent fréquemment des contacts physiques entre le praticien et les organes sexuels des patients mais également d'autres parties du corps qui pourraient être impliquées dans des relations de nature sexuelle (seins, anus…), les contours théoriques de ces qualifications pénales méritent d'être dessinés avec précision.

Le viol. Selon l'article 222-23 du Code pénal : « 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 est un viol ». Il est puni de quinze ans de réclusion criminelle. En gynécologie et en obstétrique, nombreux sont les actes qui impliquent une pénétration du corps des patientes, dans un organe sexuel ou dans l'anus. Si ces actes peuvent sans conteste constituer l'un des éléments constitutifs de l'infraction de viol, ils ne sont pas pour autant suffisants. Il convient donc d'interroger à quelles conditions précises ces actes seraient susceptibles d'être poursuivis sur un tel fondement criminel[548].

L'élément matériel du viol consiste en un acte de pénétration forcée. Deux éléments matériels peuvent donc être distingués : la pénétration et le recours à un moyen destiné à forcer le consentement. Sur la pénétration, plusieurs actes pourraient être mis en cause. En effet, les touchers vaginaux réalisés avec deux ou plusieurs doigts du praticien[549], dans le suivi gynécologique ou pendant l'accouchement pour surveiller la dilatation du col de l'utérus, l'examen du col de l'utérus réalisé à l'aide d'un spéculum, généralement placé dans le vagin de la patiente par le praticien, les échographies réalisées à l'aide d'une sonde endovaginale ou encore les touchers rectaux recommandés pour le diagnostic et le suivi de certaines pathologies comme l'endométriose. Tous ces actes impliquent une pénétration dans les cavités naturelles de la patiente (vagin ou anus). Il ne fait aucun doute qu'un acte de pénétration vaginale peut être le premier élément matériel de l'infraction de viol car il s'agit d'une pénétration sexuelle au sens anatomique du terme, dans le sexe de la patiente. En outre, la pénétration anale a également été admise par la jurisprudence comme pénétration sexuelle au sens de ce texte. C'est bien sûr le cas lorsque cette pénétration est

[548] V. sur cette question importante la tribune rédigée par les deux coordinatrices de ce projet : A. Simon et E. Supiot, "Viol gynécologique : « Une perspective d'évolution de la loi pénale mérite d'être réfléchie », *Le Monde*, 6 août 2022.
[549] V. les dernières recommandations professionnelles en la matière : Reco pratique clinique CNGOF.

réalisée avec le sexe de l'auteur de l'infraction (sodomisation)[550] ; mais également en cas d'introduction de corps étrangers dans le sexe ou dans l'anus[551]. Dès lors, même si un arrêt du 21 février 2007 pose des bornes quant à la nature des actes pénétration en cause[552], la jurisprudence a déjà admis un dépassement de l'interprétation strictement anatomique de l'expression « pénétration sexuelle » en intégrant les pénétrations rectales au champ du viol. Aussi, une pénétration digitale ou avec un objet (speculum, sonde d'échographie) dans le vagin ou le rectum d'une patiente ou d'un patient pourrait caractériser l'élément matériel du viol[553]. Des soignants ont d'ailleurs déjà été condamnés sur le fondement de telles qualifications car le contexte médical n'est pas un obstacle à la poursuite des infractions pénales[554].

L'autre élément matériel du viol est le recours à un moyen destiné à forcer le consentement : menace, contrainte, violence ou surprise. Lorsque des infractions sexuelles sont retenues dans un contexte médical, la « surprise » est généralement retenue, avec la circonstance aggravante de l'autorité exercée par les médecins sur leur victime. La surprise s'entend, en ce domaine, du fait d'obtenir des faveurs sexuelles en trompant la victime sur la situation réelle ou en abusant de sa difficulté à appréhender celle-ci. La jurisprudence considère en effet que la soumission à l'acte médical est perçue comme une nécessité par la victime ; elle est donc impossible à discuter[555]. En effet, la surprise est retenue et la jurisprudence estime « qu'il y a viol non seulement lorsque le consentement fait défaut mais aussi lorsque le consentement n'est qu'apparent car il s'avère dénué de toute pertinence (la victime n'ayant pas eu le temps ou la possibilité de comprendre ce qui se passait) »[556]. La jurisprudence l'a admis, d'abord, dans des hypothèses où le contexte de soin n'était qu'un élément parmi d'autres du contexte d'une l'agression. C'est le cas d'un médecin du travail qui impose des fellations à la personne venue le consulter, condamné pour agression sexuelle aggravée. Pour reprendre les termes de l'arrêt de la chambre criminelle, il était question d' « actes dépourvus de tout lien avec la pratique normale de l'art médical », le médecin ayant « abusé de l'autorité conférée par ses fonctions de médecin du travail, en imposant de tels agissements à un salarié venu passer une visite médicale obligatoire »[557]. C'est encore le cas lorsque la jurisprudence retient qu'une méthode non reconnue médicalement « a surpris la victime, laquelle a perçu

[550] Crim. 24 juin 1987, n° 86-96.712, RSC 1988. 302, obs. Levasseur ; 3 juill. 1991 : Dr. pénal 1991. 314 ; RSC 1992. 756, obs. Levasseur ; 27 avr. 1994, n° 94-80.547 ; 12 janv. 2000, n° 99-81.635.

[551] Crim. 24 juin 1987, n° 86-96.712 (s'agissant d'un manche à balai dans l'anus) ; 5 sept. 1990, n° 90-83.786 (divers objets) D. 1991. 13, note Angevin ; JCP 1991. II. 21629, note Rassat ; Gaz. Pal. 1991. 1. 58, note Doucet ; RSC 1991. 348, obs. Levasseur ; Crim. 27 avr. 1994 : préc, Crim. 6 déc. 1995, n° 95-84.881 (s'agissant d'un bâton dans l'anus) P: Dr. pénal 1996. 101, obs. Véron ; RSC 1996. 374, obs. Mayaud.

[552] Un acte de pénétration d'un objet dans la bouche a été exclu de ce champ : Cass. crim. 21 février 2007, n° 06-89.543.

[553] Pour davantage d'illustrations V. not. « Les violences sexuelles et les limites de l'autorisation de la loi », *in* M. Garcia et J. Mazaleigue-Labaste, A-D. Mornington-Engel, *Envers et revers du consentement. La sexualité, la conjugalité, le corps, entre contraintes et exigences d'autonomie,* Mare et Martin coll. ISJPS, à paraître.

[554] En effet, la cause d'exonération de responsabilité pénale de l'autorisation de la loi (art. 122-4 du Code pénal) n'est applicable que lorsque le professionnel de santé se conforme aux exigences de la loi.

[555] Sur la surprise v. not. CA Douai, 22 oct. 2008, n° 08/01605 « cette méthode […] a surpris la victime, laquelle a perçu l'anormalité d'un tel examen, qu'elle n'aurait pas accepté si elle en avait été informée ; que l'évocation a posteriori de cette méthode par le médecin ne constitue qu'un prétexte fallacieux, voire un stratagème, afin de se livrer, sous couvert d'actes médicaux non médicalement justifiés, à des atteintes sexuelles par caresses et exploration pelvienne ».

[556] E. Dreyer, "Viol par tromperie sur l'apparence", *D*. 2019. 361. Il peut aussi être affirmé que "Le consentement surpris est donc celui qui n'est pas donné en connaissance de cause, qui manque de lucidité", V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 8e éd., 2018, coll. HyperCours, Dalloz, n°327.

[557] Cass. crim., 3 novembre 2016, n° 15-82136.

l'anormalité d'un tel examen, qu'elle n'aurait pas accepté si elle en avait été informée ; que l'évocation *a posteriori* de cette méthode par le médecin ne constitue qu'un prétexte fallacieux, voire un stratagème, afin de se livrer, sous couvert d'actes médicaux non médicalement justifiés, à des atteintes sexuelles par caresses et exploration pelvienne »[558]. Dans certaines hypothèses la contrainte pourrait encore être retenue, notamment en lien avec l'autorité morale d'un médecin[559], qui resterait indifférent au refus exprimé de son patient.

L'élément moral du viol consiste en l'intention d'imposer un acte de pénétration sexuelle forcée. L'appréhension de l'élément moral du crime de viol[560] apparaît particulièrement subtile[561] et sur sa caractérisation, deux interprétations s'opposent. Selon la première, l'intention à rechercher pourrait être la seule conscience de forcer un acte de pénétration dans le sexe d'une personne. Il s'agit de l'interprétation la plus objective de cette qualification qui entérine une conception étendue de son champ d'application. Selon une seconde interprétation de l'article 222-33 du Code pénal, le terme "sexuelle" pourrait aussi renvoyer à l'intention de l'auteur en exigeant sa volonté de forcer une relation de nature sexuelle[562]. Même si le mobile inhérent à la satisfaction sexuelle de l'auteur des faits est *a priori* indifférent (il peut imposer ce rapport par désir de domination ou sadisme), ce dernier doit avoir conscience d'imposer à sa victime des relations sexuelles non désirées. Aussi, l'auteur doit avoir eu la volonté de porter atteinte à la liberté sexuelle d'autrui. Même si ces précisions ne sont que doctrinales, elles correspondent globalement à la jurisprudence qui sanctionne, outre le simple défaut de nécessité thérapeutique de l'acte, des pratiques manifestement sexuelles en tant que telles. En ce sens, dans un arrêt de mise en cause d'un anesthésiste poursuivi pour agression sexuelle, le soignant ajoutait au toucher vaginal imposé aux patientes des mouvements de va-et-vient et une stimulation du clitoris. Dans une autre affaire précédemment citée, l'interne qui avait accueilli la patiente âgée pour un examen ORL avait finalement admis avoir éjaculé sur sa victime à son insu. Enfin, d'autres arrêts font état de touchers vaginaux anormalement longs, dans des positions non conformes[563], de mouvements du bassin… Tous ces éléments qui révèlent, au-delà de l'absence de nécessité médicale, une « sexualisation » de l'acte médical par l'auteur des faits[564].

L'exigence d'interprétation stricte de la loi pénale est prévue par l'article 111-4 du Code pénal. Ce principe impose d'explorer les interprétations possibles des textes et de retenir celle qui sera la plus proche de l'esprit de la loi, en prenant notamment en compte les conséquences qu'auraient l'application de chacune de ces interprétations. Concernant l'article 222-23 du Code pénal, il s'agit

---

558 Arrêt CA Douai, 22 oct. 2008.

559 Caractérise notamment l'élément de contrainte l'état de grande vulnérabilité dans lequel se trouve placée une femme face à son médecin dans le cadre d'une consultation médicale (Crim. 25 oct. 1994, n° 94-83.726).

560 En tant que crime l'infraction de viol est nécessairement intentionnelle (art. 121-3 CP).

561 En faveur de la qualification de viol plusieurs plaintes ont été déposées sur ce fondement et les médias reprennent largement l'expression de « viol gynécologique ». V. not. https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/06/22/la-secretaire-d-etat-chrysoula-zacharopoulou-visee-par-une-enquete-pour-viol-pour-des-faits-commis-dans-le-cadre-de-sa-profession-de-gynecologue_6131567_3224.html. A l'opposé, le Collège national des gynécologues obstétriciens de France (CNGOF) a publié un communiqué de presse en date du 23 juin 2022 dans lequel il s'inquiète "de l'usage actuel du mot viol pour qualifier des examens médicaux".

562 En ce sens, M.-L. Rassat : « le viol n'est constitué que dans la mesure où son auteur a été conscient d'imposer à la victime des rapports sexuels non désirés par elle » (V. not. M.-L. Rassat, *JCl. Pénal* art. 222-22 à 222-33-1, Fasc. 20, § 33).

563 Cass. crim., 17 mars 2010, n° 09-88674.

564 Cass. AP, 14 février 2003, n° 96-80.088.

de savoir si le terme "sexuelle" concerne seulement l'élément matériel ou également moral de l'infraction. D'une part, une interprétation objective du viol conduirait à reconnaitre son élément matériel de manière restrictive. Un viol ne pourrait être constitué que si l'acte de pénétration se fait dans les orifices du sexe, principalement le vagin, ou par un organe sexuel (essentiellement par le pénis). En application de cette interprétation restrictive de l'élément matériel de l'infraction, un acte de toucher rectal (pénétration digitale dans le rectum) ou l'introduction d'objets dans l'anus de la victime ne pourraient jamais être considérés comme constitutifs d'un viol, quelle que soit l'intention de l'agent. En revanche, cette interprétation objective fait disparaitre l'intention sexuelle comme élément constitutif de l'infraction et permet de faire entrer dans la qualification de viol les touchers vaginaux non consentis ou maintenus malgré le refus de la patiente dès lors que ces touchers constituent bien des actes de pénétration dans le sexe. Pourraient ainsi être qualifiés de viols les touchers vaginaux qui ont été imposés à des patientes endormies sans leur accord.

D'autre part, l'interprétation subjective du viol propose de considérer que le terme « sexuelle » se rapporte à l'intention de l'auteur des faits plus qu'à la matérialité de l'infraction. Le viol serait un acte de pénétration imposé avec l'intention de contraindre la victime à avoir des rapports de nature sexuelle non consentis. Un auteur évoque pour caractériser cette intention « la conscience de commettre un acte immoral attentatoire à la liberté sexuelle »[565]. Dans cette perspective, l'interprétation de la matérialité de l'infraction serait plus compréhensive, permettant notamment de considérer que des actes impliquant une pénétration rectale sont susceptibles d'être considérés comme un viol lorsque l'intention sexuelle de l'auteur est caractérisée. Cette interprétation permet de saisir les actes de pénétration vaginale ou rectale, réalisés dans le cadre d'un examen médical, avec l'intention d'imposer un acte de nature sexuelle. En revanche, elle exclut la qualification de viol pour les actes de pénétration non consentis ou refusés mais réalisés sans intention sexuelle.

Le droit positif n'apparaît pas univoque sur la solution devant être retenue. Cependant, il est important de comprendre que ces deux lectures ne sont pas susceptibles de coexister. En effet, si le terme « sexuelle » s'appliquait à la fois à l'élément matériel et à l'élément moral de l'infraction, alors le champ de cette qualification serait excessivement restreint et ce n'est pas la voie prise par la jurisprudence qui admet la qualification de viol au-delà de la sphère anatomique sexuelle[566]. Il ne pourrait pas non plus être considéré que le terme sexuel ne s'applique ni à l'élément matériel ni à l'élément moral de l'infraction, sauf à vider de toute substance le texte de l'article 222-23 du Code pénal. En effet, le terme « sexuelle » doit être rattaché soit à l'élément moral soit à l'élément matériel de l'infraction car si le juge se passait de l'un et de l'autre, il violerait son obligation d'interprétation stricte du texte pénal. Un choix d'interprétation de ce texte doit donc être fait pour préciser le champ d'application de la qualification de viol. Pour illustrer cet enjeu de qualification de l'infraction de viol, il est certain qu'un toucher rectal sur une patiente endormie (et donc non consentante) n'entre pas dans le champ de cette qualification car cet acte n'est ni sexuel matériellement (l'anus n'est pas le sexe), ni pratiqué avec une intention de nature sexuelle (il était demandé aux étudiants de pratiquer ces actes à titre éducatif). En revanche, un toucher vaginal sur une patiente endormie dans le même contexte peut être qualifié de viol si on retient une interprétation objective du viol (il est un acte de pénétration dans le sexe) mais pas si on en retient

[565] P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ 2020, § 361.
[566] V. entre autres Cass. Crim. 24 juin 1987, n° 86-96.712.

une définition subjective (il n'y a pas d'intention de nature sexuelle). Enfin, un toucher rectal avec une intention sexuelle peut être qualifié de viol si on retient une interprétation subjective du viol mais pas si on en retient une définition objective.

La pertinence de l'interprétation subjective du viol. Au regard de la jurisprudence et des évolutions de la loi pénale, il semble pertinent de considérer que l'élément moral de l'infraction de viol comporte une double dimension. La première renvoie à l'intention de passer outre le consentement de la personne à laquelle on impose un acte de pénétration. C'est notamment le cas lorsqu'une patiente refuse un acte et que cet acte lui est imposé malgré son refus, c'est encore le cas lorsque le consentement n'a pas été recherché, il ne pourra pas alors être affirmé qu'il a valablement été donné. Cet élément serait suffisant si on retenait une interprétation objective du viol[567]. En revanche, dans une approche admettant un dépassement du champ strictement anatomique de la définition du viol, un autre élément apparait nécessaire. La seconde dimension renvoie à l'intention elle-même "sexuelle"[568]. En effet, l'infraction de viol est conçue par le législateur comme la forme aggravée de l'agression sexuelle qui exige aussi cette intention de nature sexuelle[569]. Cette définition subjective du viol semble d'ailleurs cohérente avec les récentes évolutions de son champ qui admet également aujourd'hui les actes bucco-génitaux sur la personne d'autrui ou de l'auteur, s'éloignant ainsi nettement du champ matériel initialement circonscrit du viol[570]. Pour que le viol puisse être retenu, une intention de nature sexuelle du praticien devrait pouvoir être prouvée (quel que soit par ailleurs son mobile[571] : recherche de plaisir[572], volonté de domination ou d'humiliation). Ainsi, des propos déplacés accompagnant l'examen, des mouvements de va et vient avec une sonde d'échographie ou encore des stimulations concomitantes du clitoris ont pu être considérés comme révélant cette intention d'imposer une « pénétration sexuelle ». En matière d'examen gynécologique ou obstétrical, cette intention caractérisée peut conduire à la qualification d'une infraction sexuelle et donc de viol[573]. A titre d'illustration, Emile Daraï, gynécologue parisien mis en cause pour des consultations brutales et des touchers vaginaux et rectaux non consentis, a initialement été poursuivi sur le fondement de l'infraction de viol qui faisait l'objet de plaintes de patientes. Dans le rapport rendu public par l'APHP dans cette affaire, il est souligné à plusieurs reprises que personne « ne rapporte contre lui de faits à connotation sexuelle »[574]. Cependant, à défaut d'intention d'imposer un acte de nature

[567] V. Véron ? C'est précisément cette interprétation compréhensive que certaines associations de victimes souhaitent voir reconnaître. V. notamment les posts sur les réseaux sociaux de l'association Stop VOG. Selon l'un deux "Introduire une sonde par surprise est un viol ! Il aura les mêmes conséquences psycho-traumatiques que les autres, quelles que soient les « motivations » sexuelles ou non de l'auteur", post sur facebook et instagram en date du 27 janvier 2023.

[568] V. en ce sens Cass. crim., 6 décembre 1995, n° 95-84.881 dans lequel est évoqué « la volonté d'accomplir un acte de nature sexuelle ; que l'humiliation particulière infligée à Y... par l'introduction d'un corps étranger dans l'anus n'est pas de la même espèce que les autres sévices qu'il a endurés ; qu'il s'agissait alors d'attenter à son intimité sexuelle […] qu'à cet égard l'utilisation d'un préservatif pour recouvrir le morceau de bois est significative ».

[569] V. infra sur les agressions sexuelles.

[570] La dernière modification est intervenue avec la loi n° n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

[571] Cass. crim., 27 avril 1994, Bull. crim. n° 157 : la volonté de parfaire l'éducation sexuelle de la victime ne fait pas disparaitre l'intention requise.

[572] V. Malabat, *Ibid*, 2019, 9e éd., n° 330 : l'auteur indique que le viol sanctionne toute atteinte non consentie à l'intégrité sexuelle d'autrui.

[573] V. not. Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 16-85186.

[574] APHP, *Rapport de la commission administrative sur l'affaire de Tenon*, 26 nov. 2021, p. 10.

sexuelle, la qualification de viol ne pourra pas être retenue[575] même si cet acte demeure illégal et pénalement répréhensible[576]. C'est ce qui justifie que le professeur Daraï soit finalement mis en examen pour violences volontaires aggravées et non plus pour viol.

Les agressions sexuelles. Si l'on retient une définition subjective de l'élément moral du viol, il est possible d'affirmer que les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle sont identiques à ceux du viol à l'exception de l'élément matériel qui, en matière de viol, est constitué d'un acte de pénétration sexuelle. En effet, selon l'article 222-27 du Code pénal « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». Cette formulation témoigne d'ailleurs de la volonté du législateur de créer un véritable *continuum* de qualification entre ces deux textes.

L'élément matériel de l'agression sexuelle. La jurisprudence fait état d'actes très divers « de nature sexuelle, autres qu'une pénétration. Ces actes peuvent consister en des attouchements, des caresses de parties du corps qui ont une connotation sexuelle (sexe, fesses, poitrine…) mais aussi des baisers »[577]. Dans le champ de la gynécologie et de l'obstétrique, des touchers pelviens abusifs, des stimulations du clitoris, des demandes de postures contraires aux règles de l'art en matière d'échographie ont pu justifier des poursuites et des condamnations pour agressions sexuelles. Et comme en matière de viol, il est admis que ces agissements doivent avoir été imposés à la victime contre son consentement, que cela soit par menace, contrainte, violence ou surprise.

L'élément moral de l'agression sexuelle. L'élément moral de cette infraction consiste en l'intention d'imposer un acte de nature sexuelle à la victime. Il est identique à celui du viol pris dans une conception subjective. En présence d'une intention de nature sexuelle, il n'y aura guère de difficulté à qualifier l'infraction d'agression sexuelle imputable à un soignant. Il est d'ailleurs à noter que, dans plusieurs arrêts, pour des raisons diverses mais notamment procédurales, des faits de pénétration sexuelle ont été requalifiés en de simples agressions sexuelles[578].

b. Les violences

La qualification juridique de violences au sens du droit pénal nous intéresse particulièrement dans la mesure où le terme coïncide avec l'objet de la recherche. Quels sont les comportements et/ou les situations dénoncés qui seraient susceptibles d'être qualifiés de violences au sens du Code pénal ? A titre liminaire, il est important de souligner que les violences sanctionnées pénalement recouvrent une grande diversité de comportements. Cette qualification est cependant conditionnée à la caractérisation de l'intention de l'auteur au sens de l'article 121-3 du Code pénal.

---

[575] Dans l'affaire Théo, cette interprétation restrictive avait déjà été critiquée par l'avocat de la victime, affirmant notamment que « le procureur a inventé la notion d'intromission de la matraque qui ne serait pas de nature sexuelle ». En ce sens, également Cass. crim. 9 décembre 1993, n°93-81004, s'agissant d'un objet introduit dans l'anus de la victime, à défaut d'intention sexuelle, seule la qualification d'actes de torture et d'actes de barbarie a été retenue.
[576] V. les développements sur les atteintes à l'intégrité.
[577] V. Malabat, *Répertoire Dalloz pénal, Infractions sexuelles – Atteintes sexuelles*, Oct. 2002 (actualisation : Août 2018), § 21.
[578] V. infra sur la procédure de correctionnalisation.

Les violences commises dans le cadre du soin. Comme en matière de viol ou d'agressions sexuelles, il est possible que des faits de violence qui présentent peu de particularité par rapport à un autre contexte soit constatés dans le cadre d'un suivi gynécologique ou obstétrical. Un soignant qui mettrait une gifle à une femme, même « pour la calmer » commet à son encontre un acte de violence volontaire. Ces faits, plutôt rares semble-t-il, pourraient être réprimés sur le fondement des articles 222-7 et suivants du Code pénal. Deux éléments matériels composent cette infraction : il s'agit d'un acte brutal d'une part et d'une atteinte à la victime que le Code pénal mesure généralement en nombre de jours d'ITT[579] d'autre part. Des violences volontaires sans ITT peuvent aussi être sanctionnées sur le fondement d'une contravention de 4ème classe[580]. En matière d'atteinte volontaire à l'intégrité, la question de la causalité entre le comportement et l'atteinte est rarement discutée. La répression des violences volontaires est déterminée par la gravité de l'atteinte qu'elles ont provoquée : de la simple contravention au crime quand l'acte violent a causé la mort[581].

S'agissant de l'élément matériel de l'infraction, une grande diversité de comportements a été considérée comme relevant du champ des violences volontaires. En ce sens, la loi admet dorénavant que les violences réprimées par le Code pénal comprennent outre les violences physiques, les violences psychologiques[582]. La définition des violences a donc été nettement étendue au-delà des "coups et blessures" qui était visés par la formulation de l'ancien Code pénal. Dans un autre contexte, la chambre criminelle a retenu « une intrusion dans le cours dispensé par un professeur d'enseignement supérieur [...] comme une violence » dès lors que « l'émotion provoquée a causé une atteinte psychique, justifiant, selon les constatations médicales, une incapacité totale de travail de cinq jours »[583]. En outre, des comportements inadaptés ou malveillants peuvent être qualifiés de violents s'ils sont vécus comme choquants. La question que se pose alors la juridiction est de savoir si le comportement en question était de nature à créer angoisse et inquiétude pour la personne qui y était soumise. Ainsi, un employeur qui tient des propos obscènes accompagnés de gestes peu convenables à ses employés peut être condamné sur ce fondement[584]. En ce sens également, l'automobiliste qui fait des « propositions "déshonnêtes" [et] avait passé ses mains sous les jupes d'une jeune fille » prise en autostop qui était descendue du véhicule en marche et s'était blessée, comme des violences[585]. L'infraction de violences a également été retenue à l'encontre de celui qui regarde sous les jupes de femmes qui marchent dans la rue à l'aide d'un miroir dissimulé dans un panier[586]. La matérialité de l'infraction de violences volontaires a donc un champ très étendu intégrant des propos ou des gestes à condition qu'ils aient une répercussion négative sur la victime[587].

---

579 V. infra ITT.
580 R 624-1 CP.
581 Art. 222-7 CP.
582 Art. 222-14-3 du code pénal, texte créé par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 31.
583 Cass. crim., 21 sep. 2010, n° 09-87.579. Les faits étaient d'ailleurs aggravés par la circonstance que la victime était une personne chargée d'une mission de service public dans l'exercice de ses fonctions et à l'intérieur d'un établissement d'enseignement.
584 Ajouter ref.
585 Ajouter ref.
586 CA Paris, 20 sept. 2010, n° 09/13289.
587 V. infra ITT.

Appliquée au champ qui nous intéresse ici, cette définition large de l'élément matériel de l'infraction de violences nous conduit à considérer que de nombreux actes imposés dans le cadre du suivi gynécologique ou obstétrical pourraient être appréhendés au titre de l'élément matériel de cette infraction, à condition bien sûr qu'ils ne soient pas couverts par la cause d'irresponsabilité pénale de l'article 122-4 du Code pénal[588]. Ainsi, certains propos, un toucher vaginal ou rectal, une échographie externe ou endovaginale, certaines manœuvres au moment de l'accouchement (ventouse, spatules, forceps), des pressions effectuées sur le corps et en particulier sur le ventre, une épisiotomie, une révision utérine, une suture, une césarienne, tous ces actes pourraient matériellement être constitutifs d'une violence. Aussi, des propos désagréables conjugués à un refus de soin pourraient être considérés comme constitutifs de violences[589], tout comme le fait d'imposer la présence d'étudiants lors d'un accouchement contre le consentement de la parturiente pourrait être interrogé sur ce fondement[590]. A titre d'exemple encore, une sage-femme ayant mis des coups sur le ventre d'une patiente avec une sonde d'échographie externe a été considéré comme responsable d'un comportement injustifié et violent[591]. Cependant, ce qui peut déterminer la qualification des atteintes à l'intégrité comme infraction pénale est encore lié à l'état d'esprit de l'agent qui adopte le comportement en question.

L'élément moral des violences volontaires. Quel est l'état d'esprit de l'agent dont le comportement est dénoncé par un patient ? En fonction de la mise en lumière de cet élément moral, la variabilité des qualifications susceptibles d'être retenues est grande. En effet, si l'acte violent est intentionnel, il pourra être réprimé sur le fondement des violences volontaires (voire des infractions sexuelles précitées en fonction de la situation), s'il n'est que fautif mais pas intentionnel il pourra éventuellement être appréhendé comme atteinte non intentionnelle à l'intégrité de la personne[592]. Tout d'abord, il ne faut pas confondre l'élément moral intentionnel des violences volontaires et son mobile qui est toujours indifférent. Le droit pénal se désintéresse de ce qui a été déterminant d'un passage à l'acte au niveau de la psychologie de l'auteur des faits à savoir : pulsion, haine, jalousie, amusement, besoin de domination ou même indifférence à la douleur de l'autre…Comme le rappelle la chambre criminelle par une jurisprudence constante et avant même l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992 : « le délit de coups ou violences volontaires est constitué dès qu'il existe un acte volontaire de violence, quel que soit le mobile qui l'ait inspiré »[593]. L'élément moral des violences volontaires consiste en la volonté de « faire mal exprès »[594]. Aucun résultat particulier ne doit avoir été recherché[595] mais l'auteur des faits doit avoir cherché à nuire. Dès lors, celui qui met un coup sans avoir imaginé que sa victime en décèderait sera poursuivi pour des violences volontaires même s'il n'a pas recherché ce résultat précis. Dans des situations de jeux dangereux où l'intention de nuire ou de "faire mal" pouvait éventuellement être discutée, la jurisprudence admet que la « conscience de la gravité et du danger de l'acte » est

588 V. supra autorisation de la loi.
589 V. la réclamation précédemment évoquée où l'anesthésiste décide de partir.
590 CEDH sur le fait d'imposer des étudiants à la parturiente.
591 Ch. disciplinaire nationale de l'ordre des sages-femmes, décision du 22 oct. 2019. Il n'y a pas d'indication dans la décision sur une éventuelle procédure pénale en parallèle mais les faits pourraient sans doute être considérés comme constitutifs de violences.
592 V. infra sur cette qualification.
593 Cass. crim., 3 janv. 1958.
594 RASSAT, § 341.
595 « le délit est constitué quand il existe un acte volontaire de violence alors même que son auteur n'aurait pas voulu le dommage qui en est résulté » Crim. 21 oct. 1969.

suffisante pour caractériser l'élément moral des violences volontaires. L'enjeu de connaissance des répercussions probables de l'acte, au sens de la causalité adéquate, est au cœur de cette qualification. L'adhésion intellectuelle à la brutalité de l'acte donc à ses possibles conséquences permet de caractériser l'infraction. Il peut donc être difficile de distinguer cet élément moral de celui des atteintes non intentionnelles à l'intégrité, surtout dans des contextes particuliers comme celui de la recherche.

En effet, la jurisprudence révèle que dans certains domaines : celui du jeu ou encore du sport, les atteintes intentionnelles et non intentionnelles (parfois délibérées) à l'intégrité des personnes s'inscrivent dans un *continuum*. Dans un contexte médical dans lequel l'autorisation de la loi est omniprésente, la même difficulté pourrait se rencontrer car bien souvent il ne s'agit pas d'actes destinés à "faire mal exprès" mais effectués trop rapidement, à mauvais escient ou encore sans considération du patient. Dans cette recherche complexe, la probabilité du caractère dommageable d'un acte pourrait être un indicateur pertinent de l'intentionnalité de l'acte. En ce sens d'ailleurs, les faits reprochés à deux personnes (non médecins) qui avaient pratiqué des manœuvres abortives à la suite desquelles une personne est décédée, ont été considérés comme constitutifs de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner et non pas simplement d'atteinte non intentionnelle à la vie de la personne, c'est une infraction volontaire qui a été retenue[596], la prise de risque ayant sans doute été considérée par les juges comme trop importante.

Illustration en matière gynécologique et obstétricale. Un parallèle avec cette jurisprudence datée pourrait aujourd'hui être fait avec l'expression abdominale encore pratiquée dans certaines maternités. Depuis 2007, la Haute autorité de santé affirme que cette pratique, qui consiste à exercer une forte pression sur le fond utérin pour faire naître l'enfant plus vite, est formellement déconseillée en raison du caractère délétère de cet acte, tant pour la mère que pour l'enfant[597]. En effet, la réalisation d'un acte en dépit de la connaissance manifeste de son caractère dangereux ou douloureux et surtout déconseillé pourrait conduire à la qualification de violences volontaires. La conscience de réaliser un acte dangereux et douloureux pourrait suffire pour que soit caractérisé l'élément intentionnel dans de telles hypothèses. Tous les actes intrusifs imposés à une patiente sans son consentement pourraient d'ailleurs fonder une plainte sur ce fondement. On pense par exemple à un décollement des membranes fait sans prévenir la patiente. Acte souvent désagréable et parfois douloureux, il pourrait être qualifié de violent quand la patiente n'y a pas consenti. A titre d'illustration également, imposer un toucher vaginal ou rectal à une patiente alors qu'elle a refusé cet acte pourrait aussi entrer dans le champ de la répression de cette infraction volontaire. En effet, à défaut d'intention sexuelle, la qualification comme violences de tels actes apparaît plus pertinente que le celle de viol[598]. En ce sens, un exemple mérite ici d'être mentionné, celui de la mise en examen d'un gynécologue parisien pour violences volontaires aggravées en raison de son indifférence à l'égard de douleurs imposées, mais aussi de la réalisation d'actes de touchers

[596] Crim. 9 nov. 1955: Bull. crim. no 467; D. 1956. 80; JCP 1956. II. 9249, note Granier. Opposer / Crim. 3 mars 1986: Gaz. Pal. 1986. 2. Somm. 429, note Doucet; RSC 1987. 426, obs. Levasseur.

[597] HAS, "L'expression abdominale durant la 2ème phase de l'accouchement", *Recommandation de bonnes pratiques*, 19 avril 2007. Selon cette recommandation "il n'y a pas d'indications médicalement validées pour réaliser une expression abdominale. Le vécu traumatique des patientes et de leur entourage et l'existence de complications, rares mais graves, justifient l'abandon de cet usage'.

[598] V. tribune A. Simon et E. Supiot, *op.cit*.

vaginaux et rectaux non consentis. Un rapport administratif relatant le déroulement de ses consultations fait état « d'un manque d'empathie, d'écoute et une absence récurrente de considération de la patiente dans son ensemble. Cela peut aller jusqu'à ne pas entendre le refus d'être examinée, ne pas écouter la patiente lorsqu'elle demande de mettre fin à l'examen clinique douloureux ou ne pas la tenir directement informée des résultats de la consultation, quelle que soit la gravité des conclusions de la consultations »[599]. Sans doute est-ce sur le fondement de ces éléments que sa mise en cause pour des violences volontaires a été admise par le juge d'instruction. Dans les conclusions du rapport, il est d'ailleurs indiqué que « les manquements relevés sur les consentements, la douleur, l'information, le manque d'empathie, sont les caractéristiques de ce que l'HAS qualifie de maltraitance ou d'absence de bien traitance »[600]. Une autre hypothèse, objet de plaintes récurrentes, pourrait encore correspondre à la qualification de violences volontaires : il s'agit des cas de césariennes réalisées sans anesthésie de la patiente ou sans les effets attendus de cette anesthésie, encore désignées "césariennes à vif". La question est complexe en ce domaine car juridiquement il s'agit souvent d'hypothèses d'urgence[601].Cependant, si la patiente se plaignait d'avoir encore des ressentis de douleurs, pratiquer sur son corps une césarienne pourrait être qualifié de violences volontaires eu égard à la nature des douleurs que peut provoquer un tel acte. C'est d'ailleurs dans de telles hypothèses que la qualification d'actes de torture et de barbarie a été envisagée par certains auteurs.

Les contours de la qualification d'actes de torture et de barbarie. Dans l'un des rares ouvrages consacrés aux droits des femmes qui accouchent, les auteures évoquent la qualification d'actes de torture et de barbarie s'agissant d'actes chirurgicaux réalisés « à vif » comme des sutures ou même une césarienne[602]. Cependant, il est important de rappeler qu'outre la conscience d'imposer un acte douloureux, cette qualification suppose la commission d'un ou plusieurs actes d'une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime (nécessairement vivante) une douleur ou une souffrance aiguë. Ont ainsi pu être considérés comme des actes de torture : des actes d'exorcisme, d'excision, de castration, des brûlures… L'infraction de torture et actes de barbarie est une infraction intentionnelle. L'auteur des actes a la volonté d'accomplir lesdits actes et de faire souffrir la victime (voire, plus globalement, de nier sa dignité). La répression est d'ailleurs très lourde en application de l'article 222-1 du Code pénal selon lequel : « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle ». Dès lors, si l'assimilation de tels actes à l'infraction semble des plus pertinentes en termes de souffrances éprouvées par la patiente qui les subit, l'élément moral fera presque systématiquement défaut et fera obstacle à cette qualification. L'indifférence au ressenti d'une patiente pourrait en effet être davantage appréhendé par l'élément moral des violences volontaires que celui plus spécifique des actes de torture et de barbarie.

c. Les atteintes non intentionnelles à l'intégrité

599 APHP, *Rapport de la commission administrative sur l'affaire de Tenon*, 26 nov. 2021, p. 11.
600 APHP, *Rapport de la commission administrative sur l'affaire de Tenon*, 26 nov. 2021, p. 15.
601 V. supra Partie 1.
602 V. S. Gamelin-Lavois et M. Herzog-Evans, *Les droits des mères, la grossesse et l'accouchement*, Collection La Justice au quotidien, L'Harmattan 2003.

Toutes les infractions précédemment évoquées ont en commun d'être des infractions intentionnelles dont la qualification exige, outre une atteinte à la personne de la victime, une intention de l'auteur des faits de porter cette atteinte. Il s'agit donc d'hypothèses plutôt rares dans le cadre du soin, comme en témoignent d'ailleurs les courriers de réclamations auxquels nous avons eu accès. En revanche, beaucoup plus fréquentes sont les situations dans lesquelles les patientes ont souffert d'actes simplement fautifs, sans que ne puisse être établie d'intention malveillante du professionnel impliqué. Sans doute est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle le rapport du Haut conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, évoquant les actes sexistes dans le suivi gynécologique et obstétrical, rappelle qu'ils sont « le fait de soignant·es – de toutes spécialités – femmes et hommes, qui n'ont pas forcément l'intention d'etre maltraitant·es »[603]. D'ailleurs, les définitions qui cherchent à englober l'ensemble des « violences gynécologiques et obstétricales » indique cette dualité entre actes intentionnels ou non intentionnels[604]. Il convient donc d'envisager ici la qualification pénale d'atteinte non intentionnelle à l'intégrité de la personne réprimée notamment par l'article 222-10 du Code pénal selon lequel : « Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

L'élément matériel des atteintes non intentionnelles à l'intégrité. Ces infractions ont vocation à sanctionner les comportements fautifs qui sont à l'origine d'une atteinte à la personne. La faute a une dimension matérielle, son résultat comme atteinte à la personne est l'autre composante de sa matérialité. Les fautes susceptibles d'être réprimées au sens du Code pénal sont l'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. L'imprudence a une dimension active alors que la négligence a davantage une dimension passive. La méconnaissance d'une obligation légale ou réglementaire exige la préexistence d'un texte qui pose cette obligation formellement. Dans le domaine qui nous intéresse ici, au titre des fautes imputables à un professionnel de santé qui pourraient être sanctionnées : le non-respect des règles de l'art, le non-respect des données acquises de la science, la non prise en compte de la volonté de la patiente (touchers vaginaux, épisiotomie, rupture des membranes, pose de perfusion…). Aussi, toutes les fautes identifiées comme susceptibles de générer une responsabilité civile[605] pourraient servir de fondement à la responsabilité pénale quand cette faute a causé une atteinte à l'intégrité de la personne. A titre d'exemple, l'absence de prise en charge de la douleur ou l'indifférence à l'égard d'un ressenti persistant en dépit de l'anesthésie, pourraient, en fonction des circonstances, être considérées comme fautives et ainsi à l'origine d'une atteinte à la personne. A cet égard, une atteinte psychologique pourrait être identifiée lorsqu'une patiente est laissée sans aucune explication à l'issue d'un accouchement traumatique. En effet, plusieurs décisions administratives admettent qu'un manque de « debriefing » à l'issue d'un accouchement compliqué peut causer une détresse psychologique importante[606]. Le pendant pénal de ce constat pourrait

[603] HCEhf, *op.cit.*
[604] V. supra intro sur les définitions.
[605] V. supra.
[606] V. en ce sens, CAA Bordeaux, 3 Novembre 2020, n° 18BX02473 : « Mme X, alors âgée de 22 ans, primipare a, en raison des fautes commises par les sages-femmes durant la phase d'expulsion, vécu un accouchement d'une grande

consister en la possibilité de retenir une infraction d'atteinte non intentionnelle à l'intégrité de la personne, en particulier à son intégrité psychique. La limite à cette affirmation réside dans l'exigence de causalité certaine entre la faute et l'atteinte. Aussi, un défaut d'information ou de recueil du consentement, s'il est fautif, n'entretient pas nécessairement de lien causal adéquat[607] avec l'atteinte alléguée. Il est impératif que l'atteinte alléguée puisse être rattachée au comportement fautif et qu'elle ne soit pas seulement une conséquence du motif de la prise en charge et ainsi de l'accouchement en tant que tel par exemple. A titre d'exemple, une épisiotomie réalisée sans indication médicale et/ou sans recueil du consentement pourrait être critiquée, en revanche une incontinence ou un prolapsus constaté après l'accouchement pourraient ne pas être reconnus comme des conséquences de l'acte critiqué[608].

La faute fait l'objet d'une analyse *in concreto* par les juridictions, cela signifie que le professionnel doit avoir accompli les diligences normales et raisonnables « compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait »[609]. Sur ce fondement de la faute médicale, un gynécologue obstétricien a été condamné pour homicide involontaire sur un enfant[610]. Il avait en effet décidé de procéder dans la précipitation à l'extraction de l'enfant avec un forceps alors que « l'état de l'enfant et de sa mère n'était nullement inquiétant, le tracé du rythme cardiaque de l'enfant étant normal et qu'il n'y avait aucune urgence à pratiquer son extraction par utilisation de forceps, pas plus d'ailleurs qu'à pratiquer une césarienne ; qu'il n'y avait aucune raison, à l'heure où est arrivé à la polyclinique le docteur X..., de s'alarmer et de procéder, aussi précipitamment, à une extraction forcée de l'enfant ». Deux expertises concordantes réalisées par des médecins affirment dans cette affaire « qu'il n'y avait aucune urgence particulière à intervenir aussi précipitamment et en opérant par la pose des forceps, instruments dont l'utilisation n'était pas, à cette période de l'accouchement, nécessaire ; que, par ailleurs, l'utilisation même de ces instruments a été maladroite, longue, violente et traumatisante, le crâne de l'enfant ayant été grièvement et irrémédiablement blessé par ces efforts de traction répétés, seule et unique cause de son décès, quelques jours plus tard, malgré des soins intensifs ». Dans un autre domaine, une responsabilité pénale a également été retenue à l'encontre d'un anesthésiste qui avait procédé à une extubation et à un arrêt d'une réanimation contraires aux règles consacrées par la pratique médicale[611]. A titre d'exemple encore, une erreur de diagnostic et un défaut de surveillance adaptée d'un nouveau-né à la suite d'un forceps peuvent également être à l'origine d'une responsabilité pénale pour homicide involontaire[612]. C'est encore le cas pour une sage-femme qui ne préviendrait pas le gynécologue en cas de tracé du rythme cardiaque d'un enfant à naître particulièrement inquiétant[613]. Une faute non intentionnelle peut donc être génératrice de responsabilité pénale.

violence et, du fait de l'absence d'entretien de débriefing, n'a pas été mise à même de se remettre du caractère traumatisant du mode d'extraction de son enfant ».

607 V. infra sur l'imputation.

608 V. Supra arrêt CAA Toulouse

609 Art. 121-3 al. 3 CP.

610 Cass. crim., 23 oct. 2001, n° 01-81.030 ; *Dr. pénal 2002*. 27 (1er arrêt), obs. Véron; Gaz. Pal. 2002. 1. 365, note Petit; RSC 2002. 102, obs. Mayaud; ibid. 2002. 320, obs. Bouloc.

611 Cass. crim., 19 fév. 1997, n° 96-82.377.

612 Cass. crim., 13 novembre 2002, n° 01-88.462.

613 Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175 ; *RSC* 2004. 884, obs. Mayaud. Des ralentissements étaient observés à partir de 22h30, aggravés à 23h40, le médecin n'ayant été appelé qu'à 1h30.

Cependant, cette identité entre faute civile et pénale n'est que partielle. Depuis la loi du 10 juillet 2000, la faute qui n'entretient qu'un lien de causalité indirecte avec l'atteinte subie n'engage la responsabilité pénale de son auteur qu'à la condition qu'elle soit d'une particulière gravité (faute caractérisée ou délibérée)[614]. En ce sens, la jurisprudence considère que le médecin qui ne permet pas d'éviter la réalisation d'un risque n'est que l'auteur indirect de l'infraction, sa responsabilité pénale est donc conditionnée à la preuve qu'il a commis une faute d'une particulière gravité. Ainsi, « c'est à tort que la cour d'appel, pour déclarer un médecin spécialiste coupable d'homicide involontaire, retient que, consulté en urgence par une patiente présentant le tableau clinique d'un risque d'évolution vers un coma diabétique mortel, il a, en se bornant à prescrire par ordonnance des examens sanguins de dosage de la glycémie, causé directement le dommage, alors que, n'ayant pas pris les mesures permettant d'éviter celui-ci, il en est l'auteur indirect »[615]. En outre, il peut être affirmé que la désorganisation d'un service de maternité pourrait être imputée à un chef de service dont les défaillances pourraient être à l'origine – comme ayant créé la situation permettant la réalisation du dommage – de certaines atteintes aux personnes[616].

Outre une faute établie dans la matérialité, l'infraction ne sera caractérisée que si cette faute a causé une atteinte à la personne, également mesurée comme critère de la répression en nombre de jours d'ITT. La répression la plus lourde est celle de l'homicide involontaire[617] (3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende), la plus faible étant l'atteinte avec une ITT de moins de trois mois qui n'est qu'une contravention de 5ème classe[618]. Sur cet aspect, l'analyse est identique à celle qui est faite en matière de violences volontaires. Ce qui distingue les deux qualifications renvoie donc à l'analyse de l'état d'esprit de l'auteur des faits.

L'élément moral des atteintes non intentionnelles à l'intégrité. Comme le nom de l'infraction l'indique, l'auteur de l'infraction n'a pas voulu l'atteinte dont il est pourtant responsable. L'élément moral de l'infraction n'est donc pas une intention mais une forme d'indifférence à l'égard des risques que la faute commise fait courir à autrui. La faute est un comportement défaillant en ce qu'un professionnel normalement diligent devrait l'éviter. Aussi, la croyance de bonne foi dans le caractère utile d'un acte qui s'avère par la suite délétère est de nature à faire obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale du professionnel mis en cause. A titre d'exemple, longtemps réalisés par de nombreux gynécologues et sages-femmes, les touchers vaginaux systématiques mensuels pendant le suivi de la grossesse, sont aujourd'hui remis en question[619]. La systématicité de ces actes est aujourd'hui critiquée sur le fondement des données acquises de la science. Aussi, un professionnel qui poursuit cette pratique pourrait sans doute arguer du fait qu'elle est conforme à ce qui lui a été enseigné et à la pratique admise par tous jusqu'à récemment. Un juge pourrait sans doute considérer que ce professionnel n'avait pas conscience d'imposer un geste contraire aux bonnes pratiques médicales ; il pourrait cependant invoquer sa négligence face à l'obligation des médecins de se tenir informés des recommandations professionnelles dans leur domaine de

614 Art. 121-3 CP al. 3 et 4.
615 Crim. 12 sept. 2006, no 05-86.700.
616 Sur la responsabilité pénale d'un chef de service, v. Cass. crim., 26 mars 1997, n° 95-81439.
617 Art. 221-6 CP.
618 Art. R625-2 CP. L'atteinte sans ITT peut aussi être réprimée si la faute commise qui en est à l'origine est délibérée (art. R625-3 CP).
619 V. la recommandation du CNGOF sur cette question.

compétence. Aussi, des touchers vaginaux répétés et non justifiés imposés à une patiente pourraient être qualifiés d'atteintes non intentionnelles à l'intégrité s'ils résultent d'une méconnaissance des recommandations en la matière. En revanche, face à certaines pratiques manifestement délétères et prohibées, comme l'expression abdominale, le champ de la répression ne se limiterait pas aux atteintes non intentionnelles à l'intégrité et pourrait sans doute induire une répression sur le fondement des violences volontaires[620].

2. Les infractions de mise en danger

Non-assistance à personne en péril. Lorsqu'est évoquée la question d'une possible médicalisation excessive de certains accouchements, une crainte récurrente des professionnels apparaît : elle est celle d'être poursuivis pour non-assistance à personne en danger. L'infraction est définie par l'article 223-6 alinéa 2 du Code pénal selon lequel « 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 » est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Cependant, la peur souvent invoquée est celle de ne pas porter assistance à l'enfant à naître, en ne provoquant pas la naissance, ou en ne procédant pas à une césarienne, en utilisant des instruments de manière trop tardive…Il doit être ici rappelé que l'enfant à naître n'est pas considéré comme une personne ou comme "autrui" au sens du droit pénal[621]. En effet, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale impose que seul l'enfant né vivant pourrait être reconnu comme devant être sauvé d'un péril au sens de ce texte[622]. En revanche, le risque d'une mise en cause concernant la mère n'est pas strictement hypothétique. De nombreuses situations portées à notre connaissance dans le cadre du projet concernent des défaillances dans la prise en charge des parturientes : femme laissée seule à défaut de place en salle de travail, non écoute des plaintes ou des douleurs évoquées, mauvaises interprétations de signaux d'alerte suscitant des souffrances maternelles et/ou fœtales. Ces situations renvoient le plus souvent aux difficultés d'organisation des services de maternité, au manque d'effectif et ainsi au nombre insuffisant de personnes pour prendre en charge correctement les femmes. Dans certaines hypothèses, ces dernières pourraient arguer du fait qu'elles n'ont pas bénéficié de l'assistance qu'elles méritaient eu égard à leur situation. S'agissant d'un exemple pris en dehors du champ des « violences gynécologiques et obstétricales, » la non-assistance à personne en péril a été retenue contre un médecin auquel avaient été décrits des symptômes qui pouvaient être le signe « d'affections à traiter d'urgence » et qui avait décidé, sans examen clinique du malade de préconiser une injection d'anti-vomitif par un infirmier. Cette dernière mesure est considérée comme « dilatoire et sans effet sur le processus infectieux ». Dès lors, il est affirmé qu'il a « consciemment et volontairement refusé de diagnostiquer selon les règles de l'art » et sa condamnation par la cour d'appel pour non-assistance à personne en péril apparaît donc justifiée[623]. Lorsqu'une mauvaise appréciation des risques encourus par la patiente résulte de pratiques non conformes aux règles de l'art, la responsabilité de l'auteur de cette appréciation pourrait être recherchée sur le fondement de l'infraction de non-assistance à personne en péril.

---

620 V. supra violences, élément moral.
621 V. P1.
622 V. infra, sur l'enfant à naître.
623 Cass. crim., 26 mars 1997, n°95-81.439.

Mise en danger délibérée de la personne d'autrui. L'article 223-1 du Code pénal réprime plus généralement les cas de mise en danger d'autrui ; mais les conditions d'application du texte sont restrictives. Le texte prévoit en effet que « 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 prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». La particularité de cette infraction consiste dans le fait qu'elle n'est applicable qu'en matière de risque à autrui et non pas en cas d'atteinte causée par le comportement dangereux. Le risque créé doit résulter de la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et cette violation doit générer un risque d'une particulière gravité pour l'intégrité des personnes. Ainsi, un médecin de garde a été condamné sur ce fondement pour insuffisance professionnelle manifeste, n'ayant pas orienté une patiente vers une hospitalisation alors qu'elle souffrait de vomissements et de violentes douleurs abdominales alors qu'elle avait subi une importante chirurgie cardiaque quelques semaines plus tôt[624]. Dans cet arrêt l'obligation de prudence et de sécurité violée est identifiée dans le Code de déontologie médicale qui bénéficie d'une valeur réglementaire par son intégration au code de la santé publique (articles R. 4127-32 et R. 4127-33 CSP, textes consacrés à la bonne qualité des soins et au diagnostic). Sur le terrain de la gynécologie, et plus spécifiquement en matière d'assistance médicale à la procréation, un médecin a été mis en cause pour avoir méconnu les obligations qui lui incombaient en vertu de l'article L 2141-1 du Code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation. Ces textes prévoient notamment l'emploi de procédés qui doivent garantir la sécurité de la femme à laquelle il est appliqué et celle de l'enfant à naître. Dans cette affaire, le médecin mis en cause réalisait des traitements de stimulations ovariennes à de trop fortes posologies qui « peuvent entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement, de phlébite ou d'embolie pulmonaire » constituant un risque immédiat de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité de ses patientes[625]. Dans toutes ces hypothèses, il s'agit de patientes qui ont été exposées à un risque grave mais qui n'ont pas subi d'atteinte car dans le cas contraire les poursuites seraient engagées sur le fondement des atteintes non intentionnelles à l'intégrité.

3. Les qualifications liées aux propos des personnels soignants

Dans le rapport du HCEhf, dit « rapport Schiappa », consacré aux actes sexistes dans le suivi gynécologique, ont été dénoncés un certain nombre de propos des personnels soignants considérés comme déplacés et blessants. A cet égard, ils peuvent être considérés comme portant atteinte à l'intégrité psychique des personnes. Étaient notamment visés la « non prise en compte de la gêne de la patiente liée au caractère intime de la consultation »[626] ; des propos « porteurs de jugement sur la sexualité, la tenue, le poids, la volonté ou non d'avoir un enfant, qui renvoient à des injonctions sexistes » ; ou encore « les injures sexistes ». Dans les courriers de plaintes adressés aux hôpitaux, certains mots des professionnels sont souvent rappelés comme contribuant à la difficulté de la situation.

[624] CA Grenoble, 28 févr. 2007 : JCP 2007. IV. 2348.
[625] Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-81.661, RSC 2010, p. 856, obs. Mayaud.
[626] Il est à préciser que cette non prise en compte peut se traduire tant par des mots que des gestes.

Quelques exemples tirés de ces courriers peuvent ici être mentionnés : une patiente se voit reprocher de prendre trop de poids et le médecin lui dit que « le bébé ne passera jamais », une femme se voit reprocher des « veines de vieille dame », une sage-femme en formation dit à un partenaire « je vais le faire sinon avec toi on va mettre 10h », à destination d'une collègue concernant un partenaire « qu'est-ce qu'il est relou celui-là », ou encore un médecin qui, devant la patiente indique à son étudiant « je ne comprends rien, qu'est-ce qu'elle fait là cette dame ?! ». Des propos considérés comme violents sont encore dénoncés quand un professionnel de santé demande à la mère « pourquoi tu pleures ? » à la suite du décès de son enfant *in utero*. Plus fréquemment sont critiquées les injonctions à « se calmer », « rester tranquille » ou ne pas faire tant de bruit lorsque les patientes se plaignent de douleurs. Il s'agit encore de propos indiquant aux femmes qu'elles ne « savent pas pousser », qu'elles « poussent mal » ou que si elles continuent comme cela, elles n'y arriveront pas s'agissant de la mise au monde de leur enfant. S'agissant de propos déplacés, désagréables, voire injurieux, il est important de souligner que le droit est souvent impuissant à les appréhender. En effet, un ton brutal, un registre familier, ou un manque d'empathie ne sont pas toujours suffisants pour emporter la qualification d'un comportement fautif au sens du droit pénal. En ce sens, une récente proposition de loi relative à notre objet formule le constat suivant : « Les premières violences obstétricales et gynécologiques prennent la forme d'une difficulté d'accès à l'information ou de rapports verbaux "expéditifs". Elles sont le fait d'un manque de formation à l'approche "bienveillante" ou d'un manque de temps. Elles peuvent être aussi le résultat d'une « ambiance compliquée' au sein d'un service »[627]. Ces défauts de "savoir-être" parfois critiqués relèvent davantage de la déontologie, de la formation des personnels et de l'appel à la bienveillance des praticiens que du droit pénal, sauf face à certaines infractions particulières qui méritent d'être envisagées ici, même si elles seront sans doute peu mobilisées.

L'injure peut être retenue à certaines conditions. L'injure est définie comme « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait [...] »[628]. L'injure peut être faite publiquement ou non publiquement, une répression moindre étant attachée à cette dernière. Pour donner quelques illustrations de cette qualification en dehors du champ de notre étude, la chambre criminelle a admis comme injure le fait de traiter sa supérieure hiérarchique de « menteuse, incapable, incompétente »[629]. Le terme de "cons" a également été qualifié d'injure alors qu'il était accolé à l'exposition de photographies sur un panneau dans un local syndical[630]. Dans le champ qui nous intéresse, des propos injurieux adressés aux patients pourraient être sanctionnés sur un tel fondement.

L'outrage sexiste. Selon l'article 621-1 du Code pénal « constitue un outrage sexiste le fait, [...], d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son

[627] Assemblée nationale, Proposition de loi n° 982 visant à reconnaitre et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes (exposé des motifs).
[628] Art. 29 de la loi du 29 juillet 1881.
[629] Cass. crim., 27 nov. 1997, n°96-85094.
[630] CA Paris, pôle 2, ch. 7, 19 déc. 2019, no 19/01374: D. actu 22 janv. 2020, obs. Lamy (aff. dite du «Mur des cons», conf. : TGI Paris, 31 janv. 2019, 12 jugements: Légipresse 2019. 369, p. 155, note Verly et Soskin.

encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». Cette infraction est une contravention de 4ème classe. Elle devient une contravention de 5ème classe lorsqu'elle est aggravée et notamment lorsque la personne qui en est victime est 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 connu de son auteur[631]. L'infraction est encore aggravée lorsque l'auteur des faits abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions[632]. Pour l'heure, ce texte récent n'a fait l'objet que d'applications limitées. Pourraient être imaginés des propos dénigrants relatifs au poids de la patiente, à son orientation sexuelle ou au nombre de ses partenaires.

Le harcèlement sexuel[633] pourrait encore être envisagé. Il correspond à des situations particulières. L'exemple donné dans le rapport publié en 2018 est celui du reproche fait à un soignant « d'invitations récurrentes à dîner, de regards insistants, de questions intrusives sur la vie sexuelle de la patiente sans lien avec la consultation »[634]. La spécificité de l'infraction réside dans le fait qu'elle s'inscrit dans le temps d'une relation qui dure, même si la loi du 3 août 2018 a nuancé cette exigence. Elle pourrait être appliquée à une relation soignant/soigné qui sort du cadre médical qui devrait être le sien. Dans le domaine qui nous intéresse, on pense à un suivi tout au long de la grossesse, à un accompagnement global à la naissance, ou à un suivi d'assistance médicale à la procréation qui sont des relations qui s'inscrivent dans le temps et dans le cadre desquelles ce type de comportements infractionnels pourraient se déployer.

Quid *des propos destinés à détourner un patient du recours à l'avortement ?* Selon l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse : [...] 2° Soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans les établissements mentionnés au même article L. 2212-2, des femmes venues recourir à une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières ». Ainsi, la chambre criminelle affirme que les pressions psychologiques et la violence morale exercées sur une femme se renseignant pour se faire avorter par un individu venu prier et lui apporter des chaussons de bébé ainsi qu'une médaille de la vierge constituent une entrave à l'IVG punissable[635]. Le rapport relatif aux actes sexistes dans le suivi gynécologique interroge sur ce fondement la pratique d'un médecin qui refuserait de pratiquer une IVG sans orienter la patiente vers un autre praticien. S'il est certain que cette situation emporterait une faute médicale en raison de la violation d'une obligation légale, il n'est pas certain qu'elle suffise à caractériser l'infraction précitée. Plus étrangement, dans la classification juridique de ce même rapport, au titre de cette infraction, sont

631 Art. 621-1 3°.
632 Art. 621-1 1°.
633 Art. 222-33 du Code pénal.
634 HCEhf, *op.cit* p. 35.
635 Cass. crim., 1er sept. 2015, n° 14-87441.

évoqués le refus d'une ligature des trompes et donc d'un acte de stérilisation ou encore le fait de tenir des propos dénigrants sur le fait de ne pas avoir d'enfants. Ces dernières hypothèses ne correspondent pas à des illustrations jurisprudentielles identifiées et semblent éloignées du contentieux fondé sur ce texte pénal. Au regard des faits dénoncés dans le cadre des courriers de réclamation, la qualification d'entrave à l'IVG ne sera sans doute pas des plus mobilisées.

4. De nouvelles qualifications ?

Beaucoup d'associations qui apportent un soutien aux victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » militent pour l'adoption d'une loi qui sanctionnerait spécifiquement ces violences[636]. Ce discours a d'ailleurs été relayé par plusieurs députés et sénateurs qui portent actuellement des propositions de loi en ce sens (a). De ces débats, une réflexion a émergé sur la pertinence de la création d'une nouvelle infraction pénale comme écho aux limites de la qualification de viol (b).

a. La création d'un délit de violence gynécologique et obstétricale

Une proposition de loi déposée en janvier 2023 propose de créer les outils d'une répression nouvelle : une infraction globale de violence gynécologique et obstétricale[637]. Selon ce texte, l'infraction serait intégrée à l'article 222-33-1 du Code pénal et définie dans les termes suivants : « Constitue une violence gynécologique et obstétricale le fait, pour un professionnel de santé, de procéder a un acte ayant pour effet de porter atteinte a la dignité d'une patiente en raison de son caractère dégradant ou humiliant ou de créer à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ou de porter atteinte a son intégrité en raison de séquelles physiques et psychologiques ». Cette infraction serait une contravention de 5ème classe ou un délit puni de trois mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Cette même infraction existerait aussi dans une forme aggravée quand "l'un des effets" de la première définition aurait été recherché par l'auteur du comportement, ce délit intentionnel serait aggravé par plusieurs circonstances et notamment le genre et l'état de grossesse et pourrait être réprimée de peines allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. La même proposition de loi porte encore la création d'un délit d'outrage sexiste propre au suivi gynécologique et obstétrical. La définition de cette infraction rejoint l'ambition d'aboutir à une définition globalisante de ce phénomène hétérogène dans son contenu et dans sa gravité[638]. L'échelle de la répression sur laquelle s'inscrit l'infraction en témoigne d'ailleurs.

Deux critiques à l'égard de ce texte méritent d'être formulées. La première concerne l'exigence de respect du principe de légalité criminelle selon lequel les infractions pénales doivent être définies en termes clairs et précis[639], de nature à rendre la répression prévisible. La première contravention

---

636 V. sur cette pression susceptible d'être exercée par la société civile notamment par le biais des associations : L. Friant, « L'influence des collectifs et associations sur la politique criminelle. L'exemple des violences gynécologiques et obstétricales », *APC/45*, à paraître.

637 Sénat, proposition de loi n° 238 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bien traitant, enregistré le 12 janvier 2023.

638 V. intro - définitions globales qui définissent le phénomène dans son ensemble.

639 Art 111-3 CP : "Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement".

est tout entière organisée autour de l'effet qu'un acte pourrait avoir sur une patiente, elle est dépendante du vécu de la patiente qui pourrait considérer qu'une situation offensante ou hostile a été créée à son encontre. Certaines prises en charge difficiles – comme une décision de césarienne en urgence par exemple – peuvent aisément être considérées comme suscitant une situation hostile de nature à créer des séquelles psychiques. En outre, l'accumulation d'hypothèses énumérées, tout comme leur subjectivité certaine, rend cette définition peu claire et sans doute non conforme au principe de légalité criminelle. En outre, la définition de cette contravention se désintéresse tout à fait du comportement de la personne à l'origine de l'acte qui n'a pas nécessairement à être fautif pour être l'objet d'une procédure pénale. Il s'agirait donc d'une hypothèse de responsabilité pénale objective, uniquement déterminée par le vécu des patients. Un tel choix de politique criminelle serait sans doute déterminant car il apparaîtrait comme une forme de dénaturation de la nature même du droit pénal qui, avant tout, s'intéresse à la nocivité intrinsèque du comportement de l'infracteur. La seconde critique concerne la forme aggravée de cette infraction pénale qui réprimerait la pure intention en s'attachant à caractériser la recherche d'un résultat néfaste pour la victime, sans matérialité corrélative dans le comportement de l'auteur : il devrait avoir « recherché » les effets ressentis par la victime. Outre le fait que la recherche de cette intention serait des plus difficiles voire impossible, renvoyant systématiquement à la qualification contraventionnelle, elle s'inscrit dans le cadre d'un délit sans élément matériel, en dehors du vécu d'une personne soumise à un "fait" dans le cadre de son suivi gynécologique et obstétricale. Il ne semble pas qu'un texte rédigé en ces termes soit de nature à assurer une répression effective des violences dénoncées.

Plus récemment, une proposition de loi de mars 2023[640] propose à son tour d'intégrer les violences gynécologiques et obstétricales au sein du Code pénal mais de manière plus indirecte. Elle propose en effet de faire du contexte de prise en charge gynécologique et obstétricale une circonstance aggravante de plusieurs infractions. Elle est en premier lieu un facteur d'aggravation de la répression de l'outrage sexiste (art. 1er), et l'article 2 de la proposition « précise au sein du code pénal pour les formes aggravées de différents crimes et délits (torture et actes de barbarie, viol, agression sexuelle et violences) que ces infractions sont aggravées lorsqu'elles sont commises par un professionnel de santé dans le cadre d'un suivi obstétrical ou gynécologique ». L'absence de respect du consentement de la patiente serait également érigée en infraction autonome : une contravention de 5ème classe aggravée en délit puni de 3 mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende en cas de récidive (art. 5). Comme la proposition précédente, l'entrée en vigueur de ce texte aurait sans doute pour effet d'absorber une large partie du contentieux par l'application d'infractions contraventionnelles. En outre la circonstance aggravante prévue à l'article 2 ne concerne que les atteintes à l'intégrité les plus graves dont on a vu que les qualifications sont peu probables ou à tout le moins peu fréquentes dans un tel contexte. Elle n'est pas applicable aux atteintes non intentionnelles à l'intégrité de la personne qui semblent pourtant correspondre à de nombreuses situations dénoncées. En outre, elles ne résoudraient pas les questions soulevées par les limites de la qualification de viol.

b. Les limites de la qualification de viol

[640] Assemblée nationale, Proposition de loi n° 982 visant à reconnaitre et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes, 21 mars 2023.

A rebours d'un texte très général destiné à appréhender l'ensemble des revendications des victimes de « violences gynécologiques et obstétricales », l'équipe de recherche a mené une réflexion sur les circonstances particulières ayant conduit à l'ouverture d'informations judiciaires pour viols aggravés en raison de faits reprochés à des gynécologues. Il est apparu que les actes de pénétration vaginale ou rectale non consentis, à défaut d'intention sexuelle du soignant, ne peuvent pas être réprimés sur le fondement de qualifications d'infractions sexuelles[641]. Dès lors, ces comportements pourraient faire l'objet d'une répression propre. En effet, au vu de leur caractère particulièrement intrusif et attentatoire à l'intimité, un texte pénal nouveau pourrait utilement sanctionner les actes de pénétration vaginale ou rectale non consentis, lorsqu'ils sont imposés sciemment mais sans intention de nature sexuelle. La qualification pourrait être celle d'un délit intentionnel dont la répression ne serait pas conditionnée par les conséquences de cet acte pour la victime en termes de préjudice quantifiable. L'acte de pénétration forcée serait sanctionné pénalement pour sa gravité intrinsèque, indépendamment de ses conséquences sur la victime, évitant ainsi d'avoir à qualifier l'incapacité totale de travail (ITT) qui conditionne et détermine la répression en matière d'atteinte à l'intégrité de la personne[642]. Une telle qualification pénale permettrait de rappeler la prééminence de valeurs comme l'inviolabilité du corps humain et l'importance du consentement en matière médicale. Elle pourrait d'ailleurs s'ajouter à d'autres sanctions juridiques disciplinaires et civiles. Le champ de cette qualification serait plus large que celui du droit médical. L'existence de cette qualification ne ferait pas obstacle à des poursuites pour viol ou agression sexuelle en cas d'intention sexuelle de l'auteur de l'infraction.

C. L'omniprésence des circonstances aggravantes

Les violences volontaires constituent assurément le domaine de prédilection du législateur en matière de circonstances aggravantes, à tel point qu'il paraît aujourd'hui impossible d'être condamné pour des faits de violences non aggravées. Aussi, si le soin n'échappe naturellement pas à la règle – et donc si de nombreuses circonstances peuvent être retenues en cas de violences obstétricales ici en particulier – deux d'entre elles appellent des précisions. D'une part, il s'agit d'une circonstance aggravante personnelle[643], le fait pour une personne d'abuser de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. D'autre part, lorsque la victime est une patiente enceinte, la circonstance aggravante mixte[644] de la particulière vulnérabilité de la victime mérite d'être étudiée.

Le fait pour une personne d'abuser de l'autorité que lui confèrent ses fonctions est une circonstance aggravante de nombreuses infractions, parmi lesquelles les agressions sexuelles[645]. Aux termes de l'article 222-24 5°, du Code pénal, la peine encourue est de vingt ans de réclusion criminelle[646] lorsque le viol est réalisé « par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». La même circonstance aggravante, formulée à l'identique, existe pour les autres agressions sexuelles – délictuelles – selon l'article 222-28 3° du même code qui porte alors la peine

641 V. supra.
642 Sur l'ITT v. infra.
643 Une circonstance aggravante personnelle tient à une qualité propre à l'auteur des faits.
644 Une circonstances aggravante réelle s'étend à tous les auteurs et aux éventuels complices. Elle peut être d'origine multiples, comme le lieu de l'infraction, le moyen d'exécution de l'infraction, ou encore une qualité propre à la victime, comme la vulnérabilité.
645 Renvoi au présent rapport aux développement sur les infractions sexuelles commises dans le cadre su soin.
646 Au lieu de 15 ans de réclusion criminelle, c. pen., art. 222-23.

à 7 ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende[647]. S'il peut être facilement admis qu'un soignant puisse exercer un certain ascendant, inhérent au soin, sur le soigné, il est tout aussi reconnu que la contrainte, tirée de l'autorité supposée du professionnel de santé, ne puisse pas être tout à la fois un élément constitutif de l'agression sexuelle et une circonstance aggravante de l'infraction. L'aggravation d'une infraction est caractérisée après l'infraction elle-même et il est à noter qu'un même élément factuel ne peut pas être à la fois constitutif de l'infraction et de la circonstance aggravante. En ce sens, si l'autorité du soignant sert de support à la matérialité de l'agression sexuelle – formant ainsi l'un des procédés visés par le législateur, à savoir la contrainte –, elle ne peut pas cumulativement permettre de retenir ladite circonstance aggravante[648]. Aussi, la Cour de cassation approuve-t-elle la décision des juges du fond de retenir non pas la contrainte, mais la surprise comme moyen de commettre l'agression sexuelle, afin de pouvoir appliquer la circonstance d'abus d'autorité que confère une fonction à une personne. Le geste médical ne s'analyse alors parfois que comme un prétexte à la réalisation d'un geste sexuel sans consentement[649] et l'abus de l'autorité que lui confèrent ses fonctions peut aggraver la peine encourue par le professionnel de santé.

Les violences volontaires peuvent, elles, en général être aggravées par « la particulière vulnérabilité [de la victime], due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, (…) apparente ou connue de leur auteur »[650]. La référence à l'état de grossesse intéresse particulièrement le domaine des violences obstétricales. L'application de cette circonstance aggravante suppose la réunion de deux conditions : la vulnérabilité doit être caractérisée et elle doit être connue de l'auteur des violences. D'abord, la vulnérabilité doit être caractérisée. Tout comme pour l'âge, il semble admis qu'il ne suffit pas qu'un état de grossesse soit constaté pour que la particulière vulnérabilité soit caractérisée. D'autres éléments doivent s'ajouter, tel l'état de santé général de la patiente, l'avancement de sa grossesse ou encore la cause la conduisant au soin (comme lors de son accouchement pendant lequel la parturiente peut sans nul doute être particulièrement vulnérable). Ensuite, la vulnérabilité doit être connue de l'auteur ou suffisamment apparente pour qu'il la découvre avant la commission des faits. Cette seconde exigence appelle peu de remarques dans la mesure où un soignant qui prend en charge une femme en gynécologie, plus encore en obstétrique, a probablement connaissance de la grossesse de sa patiente.

S'agissant du professionnel de santé, cette qualité est avant tout une cause d'aggravation lorsque le professionnel est victime notamment par le recours à la notion de « personne chargée d'une mission de service public »[651]. Cependant, ce constat n'intéresse pas le champ de notre étude. En revanche et en miroir, la qualité de professionnel de santé de l'auteur de certaines infractions devrait-elle être retenue spécifiquement comme circonstance aggravante ? A cet égard, doivent être évoquées deux propositions de loi visant à créer une circonstance aggravante lorsque des violences

---

647 Au lieu de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, c. pen., art. 222-27.

648 V° en ce sens : Crim. 10 mai 2001, n° 00-87.659 ; *Dr. pénal* 2001. 110, obs. M. Veron ; *RSC* 2001, 808, obs. Y. Mayaud.

649 V° en ce sens : Cass., ass. plén., 14 févr. 2003, n° 96-80.088 ; *Dr. pénal* 2003, comm. 55, obs. M. Veron ; *Gaz. Pal.* 2003. 1. 1055 ; *RSC* 2003. 557, obs. Y. Mayaud ; Crim., 8 févr. 2017, n°16-80.057, *RSC* 2017, 291, obs. Y. Mayaud.

650 C. pen., art. 222-8 2°, art. 222-10 2°, art. 222-12 2°, art. 222-13 2° et art. 222-14.

651 Dans le cadre du délit d'outrage défini à l'article 433-5 du code pénal : Cass. crim., 2 septembre 2014, n° 13-84787, *Revue Droit et Santé* 2015, n° 63, p. 65 et s., obs. A. Ponseille. En matière de meurtre (CP, art. 221-4-4° bis), de tortures et actes de barbaries (CP, art. 222-3-4° *bis*), de coups mortels (222-7 et 222-8-4° *bis* et autres violences volontaires (CP, art. 222-9 et suivants).

volontaires sont commises par un professionnel de santé. La première a été déposée le 16 mai 2022 par un groupe de sénateurs. L'exposé des motifs vise expressément les violences obstétricales, comme l'une des causes à l'origine de la proposition de loi. Bien que les étapes de la discussion législative ne soient pas encore entamées, la seule existence d'une telle proposition et surtout sa référence expresse à notre domaine de recherche, atteste de l'intérêt grandissant des parlementaires pour les « violences obstétricales » et ici en particulier du besoin supposé d'aggraver la répression[652]. L'article unique propose de créer dans le Code pénal une circonstance aggravante pour les violences volontaires commises par un professionnel de santé ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, portant ainsi à 15 ans de réclusion criminelle et 150 000 euros d'amende la sanction encourue. Dans l'hypothèse où ces violences conduiraient à la mort du patient sans intention de la donner de la part du praticien, la peine applicable serait alors portée à 20 ans de réclusion criminelle. A ce jour, les violences volontaires peuvent être aggravées lorsqu'elles sont commises « par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission »[653], plaçant ainsi les soignants dans une inégalité surprenante en termes de répression, selon qu'ils sont agents hospitaliers (la circonstance aggravante pouvant alors seulement être retenue) ou non. La proposition de loi s'illustre au moins par la référence aux professionnels de santé, tout à la fois plus précise et plus englobante (il n'y aurait alors plus de distinction). La seconde proposition de loi est également sénatoriale[654] et vise à aggraver les infractions d'atteinte à l'intégrité des personnes lorsqu'elles sont commises "par un professionnel de santé sur une personne qui recourt à ses services ou lui est confiée". Les infractions visées par la proposition sont les actes de torture et de barbarie, les violences volontaires et les viols et agressions sexuelles. Cette proposition s'inscrit explicitement dans le champ des « violences gynécologiques et obstétricales » car le texte serait intitulé "loi visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bien traitant". Il convient également de noter qu'à ce jour, en matière de violences volontaires, le seul renvoi aux professionnels de santé dans la longue liste des circonstances aggravantes concerne l'aggravation prévue lorsqu'un fait de violences est commis sur un professionnel de santé[655].

D. L'état des lieux du risque pénal en matière gynécologique et obstétrical

L'analyse du contentieux pénal dans le champ des « violences gynécologiques et obstétricales » révèle qu'en dépit d'un mouvement en faveur d'une pénalisation croissante des atteintes à l'intégrité de la personne (1), le risque pénal pour les personnels soignants demeure circonscrit (2).

1. Le mouvement en faveur d'une pénalisation croissante des atteintes à l'intégrité

652 Plus encore sans doute du fait que l'abus d'autorité que confère les fonctions n'est pas une circonstance aggravante des violences. La proposition entre également en résonnance avec le besoin quasi « maladif » du législateur d'aggraver les violences. V° Texte n°630 (2021-2022), exposé des motifs : « La probité étant au cœur de la mission des professionnels de médecine, la présente proposition de loi vise à rehausser l'effectivité de la sanction pénale prononcée contre des individus réputés particulièrement nuisibles à notre santé publique ».

653 C. pen., art. 222-8 7°, art. 222-10 7°, art. 222-12 7° et art. 222-13 7°.

654 Sénat, proposition de loi n° 238 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bien traitant, enregistré le 12 janvier 2023.

655 C. pen., art. 222-8 4°, art. 222-10 4°, art. 222-12 4° et art. 222-13 4°.

Le mouvement observé est celui d'une pénalisation croissante des « violences » sous toutes leurs formes. Son origine peut notamment être identifiée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au sein de laquelle s'est développée une obligation européenne de pénalisation destinée à appréhender certains comportements graves, attentatoires à l'intégrité des personnes. Face à certains comportements graves, la pénalisation doit d'abord être textuelle et les textes d'incrimination doivent être suffisamment précis et sévères pour sanctionner les comportements en question[656]. La répression doit en outre être effective et donner lieu à des poursuites et à des condamnations suffisamment sévères des auteurs de ces comportements. Les atteintes à l'intégrité sexuelle sont principalement concernées. A titre d'exemple, dans l'arrêt *MC c. Bulgarie*, une jeune fille de 14 ans avait subi des rapports sexuels forcés. Pour les juridictions bulgares, l'absence de son consentement n'était pas un élément suffisant pour caractériser le crime de viol car une résistance physique devait en outre être démontrée[657]. *A contrario*, la Cour européenne a considéré qu'une telle définition restrictive du viol ne permettait pas d'assurer le respect de l'obligation positive, qui incombait à la Bulgarie, de protéger la requérante effectivement, par la loi, contre le viol et les violences sexuelles[658]. Le droit pénal bulgare dans de telles conditions restrictives d'application n'apparaissait pas conforme aux exigences de protection de la Convention européenne.

En ce sens également, à l'occasion d'une conférence sur les 10 ans de la Convention d'Istanbul[659] en mai 2021, l'accent était mis sur le rapport à venir du prochain rapport du réseau européen d'experts juridiques en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et de non-discrimination, intitulé « Criminalisation de la violence fondée sur le genre à l'égard des femmes dans les États européens, y compris la violence facilitée par les TIC[technologies de l'information et de la communication] ». A cet égard, les travaux du groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique[660] ont souligné, concernant la France : « les avancées législatives intégrant graduellement les différentes formes de violences à l'égard des femmes et renforçant le cadre juridique de leur prévention et leur répression »[661].

2. Un risque pénal circonscrit

Il importe tout d'abord de préciser que l'obligation européenne de pénalisation est nuancée (a), que l'arsenal législatif existant permet de répondre à la majorité des situation dénoncées (b) et que la perception du risque pénal des professionnels est souvent erronée (c).

---

656 V. not. CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01 concernant l'incrimination insuffisante de l'esclavage moderne.

657 Pour une explication détaillée de la décision, v. J.-P. Marguénaud, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la Femme : la question du viol », sous Cour EDH, 4 déc. 2003, *M. C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, *RTD civ*. 2004, p. 364 et s.

658 Cour EDH, 4 déc. 2003, *M. C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 187.

659 Convention relative à la *lutte contre la violence* à *l'égard des femmes et la violence domestique, entrée en vigueur le 1er août 2014*.

660 GREVIO.

661 Conseil de l'Europe, Comité des parties, Recommandation sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique par la France, IC-CP/Inf(2020)1, 30 janv. 2020.

a. Une obligation de pénalisation nuancée

L'étude de cette obligation européenne[662] révèle une distinction théorique importante. Lorsque l'atteinte portée à l'intégrité de la personne est volontaire, et qu'elle atteint un certain seuil de gravité[663], elle déclenche l'obligation d'incrimination et de répression du comportement en cause. Ainsi, certains actes ou comportements dénoncés au titre des violences gynécologiques, pourraient, en raison de leur gravité, exiger que la répression pénale soit effectivement recherchée par les autorités publiques saisies d'une telle plainte. En revanche, lorsque cette atteinte à la personne est involontaire, ou qu'elle n'est pas assez grave pour atteindre le seuil de protection de l'article 3 de la Convention européenne qui interdit les traitements inhumains et dégradants, un recours indemnitaire pourrait être suffisant[664]. Cependant, comme cela peut être observé dans le contentieux étudié, ces critères classiquement retenus par la jurisprudence européenne peuvent être perturbés par un contexte d'autorisation de la loi dans lequel ils se seraient déroulés. En effet, lorsqu'un acte est autorisé par la loi[665], la qualification de l'élément moral de l'infraction peut présenter des spécificités et un comportement apparemment intentionnel pourrait être pénalement qualifié d'infraction involontaire. Aussi, cette obligation européenne de pénalisation des comportements les plus graves pourrait à elle seule fonder le recours au droit pénal dans le champ médical face aux atteintes les plus graves subies par les patients.

En ce sens également, la Convention d'Istanbul qui incite à une plus grande pénalisation des violences faites aux femmes, concerne uniquement les actes de violence volontaire (physiques ou psychiques), même si le caractère volontaire de l'acte est laissé à la libre appréciation des États membres. *A contrario*, la répression pénale n'aurait pas à être recherchée en cas d'atteintes non intentionnelles à l'intégrité de la personne, même si leurs conséquences dommageables peuvent être majeures. Par ailleurs, en faveur d'une application restrictive de cette Convention d'Istanbul, il est précisé que les viols et les agressions sexuelles sont toujours des actes à "connotation sexuelle", renvoyant sans doute à l'exigence d'intention particulière de l'auteur. En effet, dans le rapport explicatif de la Convention il est précisé qu'en « exigeant que la pénétration revête un caractère sexuel, les rédacteurs ont tenu à souligner les limites de cette disposition et à éviter des problèmes d'interprétation. Les termes "à caractère sexuel" décrivent un acte revêtant une connotation sexuelle, à l'exclusion de ceux dépourvus d'une telle connotation ou nuance »[666]. Parmi les actes dénoncés comme constitutifs de « violences gynécologiques et obstétricales », tous ne seront pas susceptibles d'être appréhendés par le droit pénal. En particulier, certaines atteintes non intentionnelles aux personnes ne justifient pas nécessairement un recours accru au droit pénal.

---

662 Pour davantage de développements v. not. D. Zerouki-Cottin, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011, p. 575 et s.

663 V. sur ce point l'article très complet de F. Massias, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », *in Mélanges dédiés* à *Bernard Bouloc*, *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 745-769.

664 L'arrêt Cour EDH, Gde ch., 12 nov. 2013, *Söderman c. Suède*, n° 5786/08 illustre cette distinction. Dans cette affaire, un homme avait mis au point un stratagème pour filmer sa belle-fille nue, à son insu, lorsqu'elle prenait sa douche. Sur le fondement de l'article 8, « La Cour souscrit au constat de la juridiction interne selon lequel l'acte du beau-père était constitutif d'une atteinte à l'intégrité personnelle de la jeune fille. Même si l'incident en question n'a pas comporté de violence, de sévices ou de contact physiques, il a touché la requérante dans des aspects extrêmement intimes de sa vie privée » (§ 86). Il a été considéré que l'absence de tout recours de la jeune femme, pas même de nature civile, pour obtenir réparation de son préjudice constitue une violation de son droit à l'intégrité imputable à l'État.

665 V. supra

666 § 190. L'alinéa (a) du rapport explicatif.

L'outil du droit pénal en faveur de la protection de l'intégrité des personnes est essentiellement valorisé face à des comportements volontairement violents.

b. Un arsenal pénal existant

Contrairement à ce qu'affirme une récente proposition de loi dans l'exposé de ses motifs selon lequel « la France ne reconnait […] toujours pas ces violences qui surviennent dans le cadre de parcours classiques d'un suivi gynécologique et/ou obstétrical », le contenu du droit n'est pas en cause. En effet, comme le révèlent également les développements consacrés à la qualification de faute, l'analyse du droit pénal en vigueur démontre que le droit positif n'est pas privés d'outils efficaces et éprouvés pour appréhender les actes et les situations dénoncés comme étant à l'origine de « violences gynécologiques et obstétricales » et si des qualifications spécifiques devaient être imaginées, il faudrait que leurs définitions soient conformes aux objectifs à valeur constitutionnelle de clarté et de précision de la loi pénale. Dans une telle perspective, la création de circonstances aggravantes[667] fondées sur la qualité de professionnel de santé ou le contexte médical de prise en charge soulèverait sans doute le moins de difficultés. Parmi ces outils du droit, le droit pénal a sans doute un rôle déterminant à jouer car il est investi d'une fonction expressive destinée à montrer l'attachement de notre société à certaines valeurs fondamentales comme l'intégrité des personnes, la vie ou encore la dignité.

c. Une perception du risque pénal erronée

Le risque pénal dans le champ de la gynécologie et de l'obstétrique existe pour les personnels soignants, mais il ne devrait pas pour autant être surestimé. Il est apparu, au cours des échanges avec les professionnels de santé, que les praticiens avaient souvent une vision déformée des risques médico-légaux, à mettre notamment en lien avec les mises en garde répétées de leurs assureurs. En particulier, là où les enjeux de respect du consentement ou d'atteintes injustifiées à l'intégrité des patientes et des patients ne leur apparaissent pas comme un risque concret, ils craignent en revanche des poursuites en cas d'atteinte à la vie de l'enfant à naître, ce qui, comme cela a été démontré, est inexistant[668]. Une meilleure connaissance des risques au regard du droit pénal pourrait constituer un levier intéressant dans un domaine où le poids des pratiques professionnelles engendre parfois une forme d'inertie, et ce malgré la publication de données scientifiques préconisant des changements.

Comme cela a précédemment été évoqué, il existe une difficulté dans le champ des « violences gynécologiques et obstétricales » qui consiste précisément à distinguer les comportements intentionnels au sens du droit pénal des comportements seulement fautifs. En effet, le juge est parfois enclin à considérer que la commission délibérée d'un acte fautif pourrait s'apparenter au dol criminel, c'est-à-dire à l'intention en droit pénal. Les propositions de loi qui proposent la création de nouvelles incriminations témoignent d'ailleurs de cette difficulté d'appréhender des comportements intentionnels mais aussi non intentionnels. Aussi, les évolutions jurisprudentielles

[667] V. supra.
[668] V. infra sur l'enfant à naître.

à venir, notamment dans le champ des atteintes non intentionnelles à l'intégrité, seront de nature à préciser le champ du risque pénal pour les soignants.

Ces réflexions nous incitent donc à penser un recours efficace à l'arsenal répressif existant, permettant notamment de prendre en compte les conséquences de certains actes graves sur les patientes qui les vivent.

Sous-section 2 : Qualifier les conséquences pour la victime

Tous les comportements fautifs ne seront pas saisis au titre des « violences gynécologiques et obstétricales ». En effet, seuls les faits et les situations dénoncés par des patients, des tiers ou les autorités publiques sont de nature à être appréhendés par le droit. Dans la plupart des hypothèses, ce sont des victimes qui sont à l'origine d'une dénonciation pour obtenir du droit la prise en compte des conséquences que les "violences gynécologiques et obstétricales" qu'elles ont subies auront eu sur elles. Il convient donc, dans un premier temps, d'identifier les victimes (§1), avant, dans un deuxième temps de répertorier les préjudices susceptibles d'être indemnisés (§2), et, en dernier lieu, d'envisager les conséquences pénales des atteintes à l'intégrité traduites en ITT (§3).

§1. Identifier la ou les victimes

Si la dimension procédurale de la revendication de leurs droits par les victimes sera abordée dans le second chapitre de cette partie[669], il convient tout d'abord de préciser ici qui peut prétendre à la qualité de victime. Bien sûr, celle qui dénonce des violences est souvent la femme dont la prise en charge gynécologique et/ou obstétricale a été défaillante. Cependant, certains proches peuvent également, dans certaines hypothèses, se plaindre de telles défaillances. Ainsi, nous envisagerons d'abord la distinction entre les victimes directes et les victimes indirectes des « violences gynécologiques et obstétricales » (A), avant de consacrer des développements à la situation particulière de l'enfant à naître (B).

A. Victimes directes et indirectes

Classiquement, le droit distingue deux catégories de victimes : les victimes directes (ou immédiates) et les victimes par ricochet (ou médiates).

Les victimes directes. Comme leur nom l'indique, les victimes directes sont les personnes qui subissent une atteinte, un dommage, causé directement par le fait générateur ou la faute. Ce sont elles qui ont prioritairement vocation à demander réparation[670]. Dans le cadre « des violences gynécologiques et obstétricales », ces victimes directes sont très majoritairement les femmes ou les hommes trans qui sont venus consulter le ou la professionnelle de santé. C'est au demeurant à partir de leurs témoignages extrêmement nombreux que le mouvement de dénonciation est né et a pris corps, révélant tant la diversité des actes et des pratiques problématiques que la diversité des dommages subis par les victimes, dans leur corps et dans leur psyché.
Il ne faut toutefois pas oublier que, parmi ces actes, certains peuvent être à l'origine d'un dommage chez d'autres que la femme.

---

669 V. infra.
670 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 4e éd., n°183.

Dans le cadre d'une prise en charge obstétricale, on pense bien sûr à l'enfant qui pourra lui aussi subir de graves dommages résultant directement de l'acte fautif. Ainsi, par exemple, d'un accouchement pour lequel il est recouru à une instrumentalisation, injustifiée au regard de la situation tant de la parturiente que de l'enfant à naître. Cette instrumentalisation pourra être à l'origine de lésions physiques, parfois importantes, pour l'enfant en plus des éventuelles lésions subies par la femme. L'enfant et la femme seront alors considérés comme des victimes directes.
Moins évidente est la situation des proches de la femme, en particulier du compagnon, de la compagne ou plus généralement de l'accompagnant de la parturiente. Son exclusion autoritaire, non expliquée de la salle d'accouchement, non accompagnée d'une information appropriée sur l'état de santé de la femme et de l'enfant pendant une longue période de temps est de nature à générer un dommage résultant de la forte angoisse ressentie. A l'inverse, si cet accompagnant ou accompagnante se trouve exposé à des scènes choquantes pour un non professionnel de santé ou contraint de participer à des actes qu'il ou elle ne souhaite pas réaliser et qu'un traumatisme se crée à cette occasion (trouble psychologique et/ou sexuel), cette personne proche de la parturiente aura bien la qualité de victime directe, indépendamment de la qualité ou non de victime de la parturiente.

Cette indépendance est importante puisqu'elle permet de comprendre la différence entre la victime directe et l'autre catégorie de victime : les victimes par ricochet.

Les victimes par ricochet. « Une victime par ricochet (dite parfois victime médiate) est une personne qui subit un dommage par contrecoup du dommage subi par une autre personne. Le fait générateur ne lui cause un dommage que parce qu'il en a d'abord causé un autre à une autre personne avec laquelle elle a des liens particuliers »[671]. Dans le cadre des « violences gynécologiques et obstétricales », l'hypothèse la plus fréquente sera celle d'une personne subissant un dommage en raison du dommage subi par la femme.
Les proches de la personne victime des « violences gynécologiques et obstétricales » pourront ainsi être considérés comme des victimes par ricochet. On pense en particulier aux proches en cas de décès de la parturiente ; à son ou sa partenaire qui pourra voir son quotidien et sa vie sexuelle très affectée suite aux dommages subis par sa partenaire, par exemple. Mais la parturiente pourrait également se voir reconnaître la qualité de victime par ricochet des dommages subis par l'enfant, tel qu'un handicap résultant d'une faute médicale par exemple. Elle pourra alors agir en qualité de représentante légale de son enfant au nom et pour le compte de celui-ci afin qu'il obtienne réparation de son dommage, mais également en son nom propre pour le dommage qu'elle subit par ricochet. Encore faut-il pour cela que l'enfant ait acquis la personnalité juridique. A cet égard, l'accouchement constitue, du point de vue du droit, un moment charnière : l'apparition juridique de la personne de l'enfant. Ce moment d'apparition charrie d'importantes conséquences en termes de responsabilité et d'indemnisation et mérite donc d'être examiné en détails.

B. L'enfant à naître

Dans le contentieux qui intéresse cette recherche, il est indispensable d'envisager le sort juridique d'un acte qui aurait pour conséquence la mort de l'enfant à naître. La question qui se pose est la suivante : le droit est-il susceptible d'appréhender le décès *in utero* ou après la naissance de l'enfant en raison d'un acte commis par l'obstétricien ou la sage-femme, lors de la prise en charge de la parturiente, que cet acte soit volontaire ou simplement maladroit, inadapté, non conforme aux données de la science ou constitutif d'une faute pénale ? La réponse est très différente selon que l'enfant est mort *in utero* (1) ou qu'il est mort après sa naissance ou né avec un handicap en raison d'actes vécus *in utero* (2).

[671] M. Fabre-Magnan, *op.cit*, n°184.

1. L'enfant mort *in utero*

L'enfant à naître n'est pas considéré comme une personne au sens du droit, et notamment du droit pénal. Il ne peut donc pas être considéré comme la victime d'une infraction. Il n'est pas "autrui" au sens des textes répressifs qui sanctionnent les atteintes causées à "autrui" ou la "mort d'autrui". En effet, l'enfant qui est dans le ventre de sa mère bénéficie d'un traitement par le droit très différent de celui de l'enfant né. En vertu du droit positif, la mort d'un enfant *in utero* n'est ni un "fœticide", ni un "homicide involontaire" au sens de l'article 221-6 du Code pénal, la Cour de cassation ayant exclu par une jurisprudence constante cette qualification pénale sur le fondement des principes de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale[672]. Plusieurs critiques ont pu être émises contre l'exclusion d'une telle qualification pénale. Ces critiques ont pu relever notamment que la qualification pénale des faits est indépendante de la volonté de leur auteur : la faute pénale commise par l'obstétricien alors que l'enfant est encore dans le sein de sa mère ne sera qualifiée pénalement qu'à la condition que l'enfant survive avec des blessures[673] ou qu'il décède après être né[674]. Ainsi, deux professionnels de santé ayant commis une même faute ou une faute comparable encourent des sanctions très différentes selon que, suite à cette faute, l'enfant est décédé *in utero* ou qu'il est né vivant (avec des séquelles ou avant de décéder, même peu de temps après l'accouchement).

Dans un premier temps, la solution n'était pas acquise et les juridictions pénales du fond avaient pu apporter des réponses différentes à cette même question juridique sensible. La cour d'appel de Lyon avait ainsi considéré que devait être retenu dans les liens de la prévention le médecin gynécologue obstétricien d'un hôpital qui, en raison d'une inversion de dossiers médicaux pour cause d'homonymie, avait procédé, sur une patiente venue pour un suivi de grossesse, à l'extraction d'un stérilet inexistant, ce qui avait provoqué le décès *in utero* de son enfant[675]. Pour retenir l'homicide involontaire de l'article 221-6 du Code pénal, les juges lyonnais s'étaient appuyés sur l'article 16 du Code civil, l'article 6 § 1 du Pacte international des droits civils et politiques ainsi que sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à la vie. Au contraire, la cour d'appel de Metz avait prononcé une relaxe pour des faits similaires[676] en s'appuyant sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale posée à l'article 111-4 du Code pénal[677].

À la fin des années 1990 et au début des 2000, la Cour de cassation a imposé, par plusieurs décisions, son interprétation du terme « autrui ». Par un arrêt du 30 juin 1999, elle a décidé, en se fondant sur le principe précité d'interprétation stricte de la loi pénale, que « les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal »[678]. Le 29 juin 2001, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendait une décision par laquelle elle précisait que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue à l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de texte particulier sur l'embryon et le fœtus »[679]. Très commentée, cette décision a été confirmée par plusieurs décisions successives. Ainsi, par exemple, aux termes d'un arrêt du 25 juin

672 Cass. crim., 30 Jun 1999, n° 97-82351, *Bull. crim.* n° 174 ; Ass. pl., 29 juin 2001, *D.* 2001, II, p. 2917, note Y. Mayaud ; 25 juin 2002, *D.* 2002, II, p. 3099 et s., note J. Pradel.
673 Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-84648, *D.* 2004, p. 3097 et s., note J.-P. Céré.
674 Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-82344.
675 *JurisData* n° 1997-040144 ; *Act. JuriSanté* 1997, n° 18, p. 18 et s., obs. J. Bonneau.
676 Dans le cadre d'un accident de la route imputable à faute à un conducteur de véhicule.
677 *JurisData* n° 1998-103506.
678 *Bull. crim.* n° 174 ; *Dr. pén.* 2000, Chron. n° 12, M.-L. Rassat ; note A. Ponseille, p. 639 et s. *in Les grandes décisions de Droit médical*, sous la direction de F. Vialla, Paris : LGDJ, 2014, 2014, 2ème éd., 893 p.
679 N° 99-85973 ; *RTD civ.* 2001, p. 550 et s., obs. Hauser.

2002, la Cour de cassation a considéré que le décès *in utero* d'un enfant suite à une insuffisance cardiaque ne pouvait engager la responsabilité du personnel médical pour homicide involontaire quoi que ce décès soit lié à un défaut de surveillance du rythme cardiaque, manquement d'autant plus grave que la parturiente avait dépassé la date de son terme et aurait donc dû bénéficier d'une surveillance accrue[680]. Ainsi, pour la Haute juridiction, seule une personne juridique, c'est-à-dire un être humain né vivant, peut être victime d'un homicide involontaire. La Cour européenne des droits de l'Homme avait été saisie sur le fondement de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit à la vie, les plaignants reprochant à l'État français de ne pas prévoir l'incrimination de l'homicide involontaire de l'enfant à naître. Mais, dans son arrêt du 8 juillet 2004, la Cour n'a pas condamné la France. Elle a précisé que les États disposent d'une marge d'appréciation pour fixer le point de départ de la vie et a considéré la position de la Cour de cassation comme une invitation faite au législateur à se prononcer explicitement sur le statut de l'enfant à naître. Elle a vérifié par ailleurs qu'une protection suffisante existait en droit français, rappelant que celle-ci n'avait pas forcément à être pénale[681]. En l'occurrence, un recours en plein contentieux devant le juge administratif aurait été possible contre l'hôpital en raison de la faute commise par le médecin. La Cour est cependant restée muette sur le point de savoir si le terme « personne » utilisé à l'article 2 de la Convention s'appliquait à l'enfant à naître[682]. La doctrine, pour sa part, s'est montrée majoritairement très critique à l'endroit de la position de la Cour de cassation[683]. Mais, à ce jour, la Cour de cassation n'a pas modifié son interprétation. Au contraire, la Haute Cour a encore récemment rappelé sa jurisprudence en refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité par laquelle les requérants faisaient valoir que l'article 221-6 du Code pénal, tel qu'interprété par la Cour de cassation, en ce qu'il ne réprime pas, au titre de l'homicide involontaire, l'atteinte portée à l'enfant à naître et prive ainsi le fœtus de toute protection, était contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 qui garantit le droit au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. La Haute juridiction a justifié son refus de transmission en indiquant que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que, d'une part, le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, qui tend à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, n'impose pas que les actes involontaires ayant entraîné une interruption de grossesse soient pénalement sanctionnés, d'autre part, la protection de l'enfant à naître se trouve assurée par d'autres dispositions législatives »[684].

Quant au législateur, il n'est jusqu'ici pas intervenu pour modifier la définition du texte incriminateur, quoi qu'il ait pu être sollicité à plusieurs reprises en ce sens. Ainsi, lors de la discussion du projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière[685], un amendement avait été déposé afin que le conducteur automobile à l'origine du décès d'un enfant à naître puisse être condamné sur le fondement d'un texte spécial. Le législateur n'avait finalement pas retenu une telle

---

680 Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.* n° 144 ; *D.* 2002, p. 3099, note J. Pradel ; *Gaz. Pal.* 2003, I, p. 481, note J. Bonneau.

681 Il peut cependant être rappelé que des dispositions de nature pénale encadrent notamment les conditions de l'interruption de grossesse.

682 CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00 ; E. Serverin, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2004, Chron., p. 2801 et s.

683 À titre d'exemples : F. Lesaulnier, « De la protection pénale de l'être humain en gestation », *Médecine et Droit* 2000, n° 41, p. 10 et s. ; D. Rebut, « La loi est d'interprétation stricte », *Dr. fam.* 1999, Chron. n° 20 ; J. Pradel, « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.* 2001, Chron., p. 2907 et s. ; P. Murat, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. fam.* 1997, Chron. n° 9, p. 4 et s. ; J. Bonneau, « La protection de l'enfant à naître », *Act. JuriSanté* 2000, n° 29, p. 20 ; D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme? », *Dr. fam.* 2000, Chron. n° 21, p. 7 et s.; Y. Mayaud, « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, II, p. 2917 et s.

684 Cass. crim., 12 juin 2018, n° 17-86661.

685 Devenu la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003, *JO* du 13 juin 2003, p. 9943 et s.

proposition dans la mesure où elle aurait entraîné une rupture d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Par la suite, à l'occasion des débats parlementaires concernant le projet de loi qui deviendra la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité[686], la création d'un « délit d'interruption involontaire de grossesse » sanctionné d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende avait été proposée. Le législateur n'a pas non plus retenu cette suggestion. Enfin, les lois bioéthiques des 4 août 2004, 7 juillet 2011, 6 août 2013 et plus récemment du 2 août 2021 auraient pu être l'occasion de définir un tel délit, mais ce choix n'a pas été fait, si bien que l'on peut constater à ce jour un *statu quo* du droit français concernant le statut de l'enfant à naître et sa protection juridique. L'enfant décédé *in utero* n'est donc pas susceptible d'être victime d'une infraction pénale. Si cette solution peut être considérée comme une insuffisance du droit pénal, notamment en matière d'infractions volontaires ou dans un contentieux où le soin apporté à l'enfant à naître est un enjeu professionnel, elle résulte sans doute de la crainte qu'une décision contraire puisse à terme affecter l'autonomie décisionnelle des femmes sur leurs corps lorsqu'elles sont enceintes et notamment sur leurs choix de recourir à une interruption de grossesse, ou le développement de la recherche sur l'embryon.
Rappelons toutefois que les parents de l'enfant décédé in utero des suites d'un acte médical pourront, quant à eux, obtenir l'indemnisation de leurs préjudices résultant de cet acte et du décès de l'enfant.

2. L'enfant mort après sa naissance ou né handicapé en raison d'actes vécus *in utero*

Lorsque des actes commis sur la mère ont porté atteinte à l'intégrité physique de l'enfant à naître, que celui-ci est né et qu'il présente des séquelles ou qu'il décède *ex utero,* alors il peut être considéré comme une victime de ces faits, tant au sens du droit pénal qu'en droit civil. En effet, même si les solutions dégagées par la jurisprudence de la Cour de cassation ne concernent pas des hypothèses de "violences gynécologiques et obstétricales", elles pourraient être étendues à de tels cas. Dès sa naissance, l'enfant né vivant et viable possède la qualité de personne au sens juridique du terme et il bénéficie à ce titre, au regard de la jurisprudence précédemment rappelée, d'une protection juridique et notamment pénale. Ainsi, il a pu être considéré que l'infraction d'homicide involontaire était caractérisée dès lors que l'enfant était né vivant puis était décédé, quand bien même la faute imputable à la personne à l'origine du décès avait été commise alors que l'enfant était encore dans le sein de sa mère[687]. Il en est de même, à la suite d'un accident médical pour un enfant né vivant mais souffrant de séquelles consécutives d'une faute imputable au médecin. L'enfant est né vivant, l'infraction de blessures involontaires est donc constituée, peu importe que la faute ait été commise à une époque où l'enfant n'était pas encore né[688]. La même solution a été retenue dans une affaire dans laquelle le médecin obstétricien de garde avait quitté la salle de naissance sans prendre la peine de consulter le dossier de la parturiente alors même qu'il était informé que les conditions pour une naissance sans risque n'étaient pas réunies (prématurité, anormalité du rythme cardiaque…). Le retard dans la pratique de la césarienne entraîna de graves lésions puisque l'enfant naquit avec une incapacité permanente partielle estimée à 90 %[689]. Dans de pareilles situations, le professionnel de santé pourrait être poursuivi pour les infractions d'homicide ou de blessures involontaires ayant pour victime directe l'enfant, ses parents le représentant dans l'exercice de son action civile sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale. De même, sur le terrain indemnitaire, l'enfant pourra se voir reconnaître la qualité de victime et obtenir la réparation des préjudices qu'il aura subi *in utero*. Cette solution repose sur l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur* qui peut être traduit par « l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois

[686] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
[687] Cas d'un accident de la circulation ayant entrainé le décès de l'enfant : Cass. crim., 2 décembre 2003, *Bull. crim.* n° 230.
[688] Cass. crim., 4 mai 2004, n° 03-84648 ; J.-P. CÉRÉ, « La mort du foetus, homicide involontaire et les hésitations de la cour de cassation », *D.* 2004, p. 3097 et s., note sous cet arrêt.
[689] Cass. crim., 2 octobre 2007, n° 07-81259, *Bull. crim.* n° 234 ; *JCP* Éd. G 2008, II, 10027, note V. Valette Ercole.

qu'il y va de son propre intérêt »[690]. Ainsi, une fois né vivant et viable, autrement dit, une fois que l'enfant aura acquis la personnalité juridique, il pourra se prévaloir des évènements survenus alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère pour obtenir réparation des dommages qui en sont résultés pour lui, soit directement, soit par ricochet. La solution est constante et ancienne[691].

Pour autant, une difficulté majeure va souvent se poser : la preuve. En effet, s'il n'est pas possible de démontrer la certitude du lien de causalité entre les faits commis sur la mère et le décès *ex utero* de l'enfant ou les blessures constatées sur l'enfant né vivant, l'infraction n'est pas constituée. C'est ce qui a été jugé dans le cadre d'une affaire dans laquelle le personnel médical avait commis une faute avant la naissance de l'enfant dont les parents considéraient qu'elle était à l'origine du décès de l'enfant *ex utero*. Le médecin et la sage-femme poursuivis furent relaxés car, même si des fautes pénales pouvaient être retenues à leur encontre, le lien de causalité avec le dommage était demeuré incertain, l'expert considérant qu'une césarienne pratiquée plutôt n'aurait pas nécessairement permis de sauver l'enfant[692]. Les chances de succès seront plus importantes sur le terrain indemnitaire où il est possible de prendre en considération la perte de chance d'éviter le dommage. Le Conseil d'État a pu préciser qu'en présence d'un manquement établi « c'est seulement lorsqu'il peut être affirmé de manière certaine qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter ces conséquences que l'existence d'une perte de chance ouvrant droit à réparation peut être écartée »[693]. La perte de chance est ainsi un préjudice qui pourra être utilement invoqué par les victimes, mais il n'est pas le seul, le droit français ayant à sa disposition une riche palette pour saisir la diversité des dommages potentiellement subis par la victime.

§2. Répertorier les préjudices indemnisables

Identifier tous les préjudices réparables est une chose importante puisque c'est uniquement ainsi que la victime peut espérer obtenir une indemnisation substantielle de nature à satisfaire le principe de réparation intégrale[694]. Sans prétendre à l'exhaustivité, il paraît indispensable de s'arrêter rapidement sur les principaux chefs de préjudices susceptibles d'être indemnisés pour réparer le dommage subi par la personne. Pour rendre plus perceptible l'importance de répertorier les différents préjudices, nous filerons un exemple tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai rendu en 2022 qui indemnise une jeune femme des préjudices résultant pour elle d'un syndrome de Master et Allen dû essentiellement de la réalisation, lors de son accouchement[695], de plusieurs manœuvres d'expression abdominale[696]. *In fine*, grâce à l'identification de nombreux chefs de préjudices, la jeune femme, victime directe du dommage, a obtenu une indemnisation de ses

[690] M. Fabre-Magnan, *op.cit* n°178.
[691] V. par ex. CE, 27 septembre 1989, req. n°76105 ; CE, 18 mars 2019, req. n°417635 ; sur l'indemnisation du préjudice moral de l'enfant victime par ricochet dans un contexte étranger aux « violences gynécologiques et obstétricales », v. par ex. Civ. 2e, 11 février 2021, n°19-23525
[692] Cass. crim., 29 juin 1999, n° 98-83517.
[693] CE, 10 mars 2016, req. n°386362
[694] En vertu de ce principe, le responsable doit réparer le préjudice dans son intégralité, "sans perte ni profit pour aucune des parties". V. par ex. Civ. 2e, 8 juillet 2004, n°02-14.854 ou Crim., 22 septembre 2009, n°08-88.181. Encore faut-il que ce préjudice présente une certaine importance : en vertu de l'adage *de minimis non curat praetor*, le juge ne s'occupe pas des litiges mineurs.
[695] Syndrôme qui correspond à la déchirure des ligaments de soutien de l'utérus lors de l'accouchement, plus précisément, selon le dictionnaire de l'Académie de médecine : "Douleur pelvienne chronique due à une déchirure de la face postérieure du ligament large lors d'un accouchement ou due à des dilatations veineuses du mésosalpinx ; le diagnostic se fait par la cœlioscopie."
https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=syndrome%20d%27Allen%20et%20Masters
[696] CA Douai, 3ème chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397. Les juges considèrent que d'autres facteurs que le fait dommageable ont contribué aux douleurs ressenties par la jeune femme, mais imputent néanmoins celles-ci à 90% à l'acte fautif.

préjudices à hauteur de 55.752,43 € et son mari à hauteur de 7.200 €. Précisons tout de suite qu'il n'existe aucune liste limitative des postes de préjudices réparables, mais uniquement des nomenclatures et référentiels qui, s'ils ne sont qu'indicatifs et ne s'imposent donc pas aux juges, sont quotidiennement utilisés en pratique[697].

Pour tenter de clarifier le propos, nous utiliserons ici la distinction proposée par certains auteurs entre dommage et préjudice, quoique cette distinction ne fasse pas consensus. Elle ne sera reprise ici qu'afin de rendre explicite le fait qu'une atteinte et en particulier une atteinte corporelle, un dommage corporel donc, va pouvoir être indemnisé à travers la prise en compte de toutes ses incidences, de toutes ses composantes et donc par une multiplicité de demandes indemnitaires : les différents chefs de préjudices. Ainsi par exemple, une expression abdominale, une épisiotomie ou une ovariectomie sont des atteintes à l'intégrité physique, elles constituent le dommage et elles peuvent entraîner des conséquences multiples : perte de qualité de vie, souffrances persistantes, frais médicaux, pertes de revenus, etc., chacun ayant vocation à faire l'objet d'une indemnisation. Ces conséquences vont pouvoir être qualifiées sous des chefs de préjudices ou postes de préjudice.

Ces chefs de préjudice sont eux-mêmes répartis en deux grandes catégories : les préjudices patrimoniaux, qui regroupent les conséquences pécuniaires du dommage, et les préjudices extrapatrimoniaux qui couvrent les souffrances physiques ou psychiques résultant pour la personne du dommage qu'elle a subi. Cette distinction est, elle aussi, importante dans la mesure où les préjudices patrimoniaux vont, au moins pour partie d'entre eux, pouvoir être pris en charge par un tiers. Ainsi, les frais médicaux précédemment évoqués pourront être remboursés à la victime par la sécurité sociale ou par un assureur. Ces tiers payeurs vont cependant avoir un recours. Autrement dit, les dommages-intérêts auxquels sera condamné le responsable du dommage pourront être alloués à ces tiers, en remboursement de ce qu'ils ont ou vont payer, et non à la victime. Au contraire, en principe, les indemnités versées au titre des préjudices extrapatrimoniaux, en ce qu'elles ont un caractère personnel, correspondant à la souffrance physique ou psychique endurée par la victime, ne sont pas susceptibles d'être affectées par le recours des tiers payeurs[698]. Il faut cependant relever une exception notable en ce domaine : le déficit fonctionnel[699].

- **Le déficit fonctionnel** est un préjudice extrapatrimonial[700]. Il a vocation à indemniser la réduction du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel ainsi que les troubles dans les conditions d'existence (familiales, sociales, personnelles)[701]. Il s'agit d'indemniser la perte de qualité de vie et les troubles que la victime rencontre au quotidien dans les conditions d'existence, y compris la douleur permanente qu'elle ressent. Il peut être temporaire et s'étendre jusqu'à la guérison complète de la victime, ou permanent si aucun rétablissement total n'est envisageable. *A priori* associé à un dommage physique, le déficit fonctionnel a pu être reconnu en présence d'un traumatisme psychologique [702]. Une femme

[697] On citera notamment la nomenclature Dintilhac, la plus utilisée par les juges judiciaires et administratifs.
[698] Sur le recours des tiers payeurs, v. not. M. Fabre-Magnan, *op.cit*, p.140 et s.
[699] Sur le recours des tiers payeurs et le déficit fonctionnel, v. not. M. Fabre-Magnan, op. cit., p.165
[700] V. not., Civ. 2e, 22 janvier 2009, n°07-21.933 « le déficit fonctionnel temporaire ou permanent de la victime, ici réparé sous les appellations "incapacité temporaire totale" ou "incapacité permanente partielle", constitue un préjudice à caractère personnel de nature extrapatrimoniale ».
[701] A noter que le déficit fonctionnel a également pu être reconnu au profit d'une victime par ricochet. V. par exemple en dehors du champ de la gynécologie et de l'obstétrique Civ. 2e, 23 mars 2017, n°16-13.350 et Crim. 2 avril 2019, n°18-81.917.
[702] Crim., 21 octobre 2014, n°13-87.669.

traumatisée par son accouchement et souffrant d'un syndrome post traumatique ayant des incidences somatiques peut ainsi se prévaloir d'un déficit fonctionnel[703].

Le contentieux fournit divers exemples dans lesquelles des femmes, victimes d'actes relevant des "violences gynécologiques et obstétricales" ont pu être indemnisées. Ainsi, dans notre exemple filé, la patiente, lors de son accouchement a subi plusieurs manœuvres d'expression abdominale ayant entraîné un syndrome de Master et Allen. Ce syndrome conduit à des douleurs persistantes grevant la qualité de vie de la personne. L'expert nommé par la juridiction avait évalué le déficit fonctionnel temporaire (avant consolidation) à 10% et le déficit fonctionnel permanent à 5%. La cour d'appel de Douai indemnise la victime à raison de 1.485 € au titre du déficit fonctionnel temporaire et de 8.100 € au titre du déficit fonctionnel permanent.

Bien qu'il soit assez large, le déficit fonctionnel n'épuise pas les demandes indemnitaires susceptibles d'être formulées par la victime (directe ou par ricochet) au titre de ses préjudices extrapatrimoniaux. Peuvent ainsi être indemnisées les conséquences immédiates, pour ne pas dire concomitantes, de l'acte dommageable à travers le *pretium doloris* et, pour les hypothèses les plus dramatiques, le préjudice d'angoisse de mort imminente.

- **Le *pretium doloris***, littéralement "prix de la souffrance" vise l'indemnisation des souffrances endurées par la victime, tant physiques que morales. Ainsi, outre la douleur résultant de l'atteinte au corps, toutes les souffrances endurées par la victime du fait d'une atteinte à sa dignité, à son intimité, ou à son intégrité psychique lors de traitements, d'interventions ou d'hospitalisations peuvent être saisies sous ce chef de préjudice. Viennent immédiatement à l'esprit les récits d'humiliations ou de prises en charge dégradantes pour la personne ainsi que les témoignages de souffrances physiques résultant souvent de la non prise en compte de la douleur exprimée par les patientes (touchers vaginaux et rectaux brutaux notamment en cas d'endométriose, mise en place du spéculum, examen échographique endovaginal, césarienne à vif, etc).

Ainsi, les juges administratifs ont pu indemniser à hauteur de 4.000 euros les souffrances endurées par une patiente lors de son accouchement, évaluées à une échelle de 4/7, et qui résultaient pour partie de la faute des soignants, en l'occurrence la réalisation d'une expression abdominale[704]. Dans notre exemple filé, les souffrances endurées par la jeune femme ont été estimées par l'expert à une échelle de 3/7 et indemnisées par le juge judiciaire à hauteur de 8.100 €. Cette divergence de montants s'explique à la fois par l'appréciation souveraine qui est faite par les juges de l'importance des préjudices[705] et par l'utilisation de grilles d'évaluation (indicatives) distinctes entre les juridictions civiles et administratives.

Récemment, par un arrêt du 25 mars 2022, la Cour de cassation a reconnu l'existence autonome d'un nouveau chef de préjudice jusque-là généralement inclus dans le *pretium doloris* : le préjudice d'angoisse de mort imminente[706].

- Avec **le préjudice d'angoisse de mort imminente**, c'est la souffrance générée pour la victime par la conscience de sa mort inéluctable à venir qui est prise en compte. Pour

[703] CAA Bordeaux, 3 novembre 2020, n°18BX02473, dans cette affaire la femme souffrait, suite à l'accouchement d'un syndrome de stress post traumatique évalué par l'expert à hauteur de 5% et pour lequel la juridiction ordonne une indemnisation de 6.000 €.
[704] CAA Bordeaux, 3 novembre 2020, n°18BX02473.
[705] V. Infra rôle de l'expertise.
[706] Mixte, 25 mars 2022, n°20-15.624

reprendre les termes des juges, il s'agit « d'un préjudice spécifique lié à la conscience de sa mort imminente du fait de la dégradation progressive et inéluctable de ses fonctions vitales ». La généralité des termes utilisés par la cour d'appel dont le raisonnement est entériné par la Cour de cassation permet de considérer que ce chef de préjudice, envisagé initialement pour les victimes d'attentats terroristes, pourrait être invoqué par les ayants-droits de toute victime remplissant les conditions précitées : conscience de son état et dégradation progressive et inéluctable de son état. On pourrait s'interroger sur la possibilité pour une victime sauvée *in extremis* d'invoquer, elle-aussi, un tel chef de préjudice puisque sa survie en dernière minute ne l'aura pas préservée de la souffrance ici décrite.

Un tel préjudice pourrait sans doute être invoqué dans l'hypothèse, par exemple, où une femme décède, après plusieurs heures pendant lesquelles elle est restée consciente, d'une hémorragie résultant d'une faute médicale lors de son accouchement ou suite à une intervention médicale. L'hypothèse pourrait paraître d'école, mais certains récits témoignent de sa pertinence. Ainsi, l'expérience rapportée par Maïa Brami, grand témoin de ce projet, montre au contraire tout l'intérêt de l'évoquer ici. Rappelons que Maïa Brami a failli mourir d'une hémorragie interne provoquée par la lésion instrumentale accidentelle de l'un de ses ovaires lors d'une ponction ovarienne dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Cette lésion était passée inaperçue lors de l'intervention et les professionnels de santé avaient renvoyé la patiente chez elle, sans contrôle, alors même qu'elle se plaignait d'une importante douleur dans le ventre.
L'histoire relatée dans plusieurs médias par Lucie Kakuta Mambenga de son troisième accouchement raconte également la peur de mourir qu'elle a vécu à la suite d'une violente expression abdominale ayant eu pour effet un détachement de l'artère de la rate[707].

- Les souffrances tant physiques que psychiques endurées par la victime ne sont pas sans incidence sur ses proches. **Le préjudice d'affection** tend ainsi à indemniser le retentissement pathologique avéré que la perception de la situation de la victime ou de son décès a pu entraîner chez les proches de cette dernière. Ne sont donc concernés que les proches justifiant d'un lien affectif réel et au contact de la souffrance de la victime directe.

Dans notre exemple filé, les juges accordent ainsi une indemnisation à hauteur de 2.700 € au mari de la victime qui a « été témoin des souffrances psychologiques et physiques de son épouse, de sorte qu'il a été conduit à bénéficier lui-même d'une prise en charge psycho-thérapeutique ».

Outre les conséquences pour ainsi dire immédiates de l'acte dommageable, doivent être envisagées les répercussions de cet acte dans le quotidien de la victime. Plusieurs chefs de préjudices doivent ici être évoqués à la fois d'ordre extrapatrimonial et d'ordre patrimonial.

Nous commencerons par les préjudices patrimoniaux car ils sont assez évidents. En effet, le dommage subi va pouvoir entraîner des frais ou des pertes de revenus pour la victime et/ou pour ses proches.

- Concernant les frais, ils comprendront en particulier les **dépenses de santé actuelles et/ou futures** ainsi, le cas échéant que les frais correspondant à l'aide d'une **tierce personne** si la victime souffre d'un handicap qui rend nécessaire une assistance humaine (salariée ou non) pour les tâches ménagères courantes ou la toilette, etc.

[707] V. notamment l'épisode 117 du Podcast Bliss Stories "Lucie, j'ai failli ne jamais me réveiller". V. aussi son témoignage vidéo sur Konbini : https://www.konbini.com/news/video-jai-failli-mourir-lors-de-mon-accouchement/.

Concernant les dépenses de santé actuelles et/ou futures, elles pourront être indemnisées toutes les fois où la victime aura dû engager des frais en raison de l'atteinte subie : frais générés par des séances de kinésithérapie ou d'ostéopathie, matériel médical, suivi infirmier, etc. Seront également pris en charge les frais résultant, par exemple, d'une intervention chirurgicale requise pour diminuer la gêne suscitée par une suture mal faite suite à une épisiotomie ; frais qui comprendront non seulement le coût de l'intervention, mais également, le cas échéant, le surcoût d'une chambre d'hôpital individuelle en cas d'hospitalisation, la location d'une télé, les frais de téléphone, le ticket modérateur, etc. Dans notre exemple filé, la jeune femme avait besoin d'assistance pour la réalisation des tâches domestiques, laquelle lui était apportée par son mari. Les juges rappellent que l'indemnisation de ce préjudice « doit se faire en fonction des besoins et non en fonction de la dépense justifiée, de sorte que l'indemnité allouée au titre de ce poste de préjudice ne doit pas être réduite en cas d'assistance bénévole par un proche de la victime. Il n'est en outre pas besoin de rapporter la preuve du paiement, ni de la tierce personne, ni des charges sociales y afférentes pour obtenir le règlement de la prestation ». Ils soulignent également que le besoin d'assistance résultant des douleurs subies en raison du dommage, l'aide apportée le mari ne pouvait pas être regardée comme relevant du devoir de secours entre époux et donc exclue du champ des préjudices indemnisables. Ils allouent donc à la victime une somme de 7.467,13€ au titre de ce préjudice[708].

Outre l'indemnisation des frais engagés en conséquence du dommage, la victime directe ou par ricochet peut subir des pertes financières ou avoir un manque à gagner.

- La perte financière pourra résulter en particulier de la **perte de gains professionnels.** Si la victime a dû interrompre ou cesser son activité professionnelle et qu'il en résulte pour elle un manque à gagner, elle peut demander une réparation de ce préjudice. Deux cas de figure peuvent être envisagés.

  > Le premier est celui de la *victime directe* qui a dû interrompre ou cesser son activité professionnelle en raison de la lésion qu'elle a subie. Il est à noter que l'enfant, alors même qu'il n'a encore jamais travaillé, peut solliciter une indemnisation de son préjudice de perte de gain professionnel[709]. Le Conseil d'Etat précise ainsi que « Lorsque la victime se trouve, du fait d'un accident corporel survenu dans son jeune âge, privée de toute possibilité d'exercer un jour une activité professionnelle, la seule circonstance qu'il soit impossible de déterminer le parcours professionnel qu'elle aurait suivi ne fait pas obstacle à ce que soit réparé le préjudice, qui doit être regardé comme présentant un caractère certain, résultant pour elle de la perte des revenus qu'une activité professionnelle lui aurait procurés et de la pension de retraite consécutive ». Dans ce cas, « il y a lieu de réparer ce préjudice par l'octroi à la victime, à compter de sa majorité et sa vie durant, d'une rente fixée sur la base du salaire médian net mensuel de l'année de sa majorité »[710]. L'enfant né gravement handicapé suite à une faute médicale pourra donc utilement solliciter une indemnisation de ce chef de préjudice.

  > Le second est celui de la *victime indirecte* qui a dû interrompre ou cesser son activité professionnelle en raison de la lésion que l'un de ses proches a subie. Il peut s'agir

[708] CA Douai, 3ème chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397.
[709] La Cour de cassation affirme en effet "que l'absence de revenus professionnels antérieurs à l'accident d'une jeune victime ne saurait exclure, par principe, le droit à indemnisation au titre de la perte de gains professionnels futurs", crim., 24 septembre 2019, n°18-82-605.
[710] CE, 24 avril 2021, n°433099.

du parent de l'enfant victime d'un dommage, par exemple, ou d'un proche de la patiente victime d'un dommage.

- Sans aller jusqu'à la perte d'emploi, le dommage subi pourra néanmoins avoir une **incidence professionnelle** en raison des séquelles qui limitent pour la victime les « possibilités professionnelles ou rendent l'activité professionnelle antérieure plus fatigante ou pénible »[711]. La personne pourra alors demander la réparation de ce préjudice qui se distingue bien de la perte de revenu. En effet, « ce poste n'a pas pour objectif d'indemniser la perte de revenu liée à l'invalidité permanente, mais les incidences périphériques du dommage touchant à la sphère professionnelle, comme le préjudice subi par la victime en raison de sa dévalorisation sur le marché du travail, de sa perte d'une chance professionnelle, de l'augmentation de la pénibilité du travail qu'elle occupe ou de la nécessité de changer de profession[712]. Ce poste comprend également les frais de reclassement professionnel, de formation, ou de changement de poste, et plus largement tous les frais nécessaires à un retour de la victime dans la sphère professionnelle. Enfin, ce poste de préjudice comprend également la perte de retraite que la victime va devoir supporter en raison de son handicap, c'est-à-dire le déficit de revenus futurs, estimé imputable à l'accident, qui va avoir une incidence sur le montant de la pension auquel pourra prétendre la victime au moment de sa mise en retraite »[713]. Un préjudice peut se trouver caractérisé suite à un dommage subi lors d'un acte gynécologique ou obstétrical. Des séquelles telles qu'une incontinence ou des douleurs peuvent en effet avoir une incidence professionnelle en ce qu'elles rendent impossibles ou difficiles certaines positions ou conditions de travail.

Ce fut le cas dans notre exemple filé où la jeune femme souffrait de douleurs abdominales et pelviennes persistantes et établissait les conséquences négatives de son état sur sa situation et son évolution professionnelle. Les juges lui ont alloué une indemnité à hauteur de 18.000 € (la victime demandait 69.000€)[714].

Le quotidien de la victime et/ou de ses proches sera également marqué par divers préjudices extrapatrimoniaux (aussi appelés préjudices moraux).

- L'impossibilité pour la victime de poursuivre une activité de loisir (sportive, ludique ou culturelle) caractérise ainsi l'existence d'un **préjudice d'agrément**. Encore faut-il pour que ce préjudice puisse être indemnisé, d'une part qu'il soit permanent, c'est-à-dire non susceptible de se résorber, d'autre part qu'il soit suffisamment spécifique pour ne pas ne pas avoir été indemnisées au titre du déficit fonctionnel permanent, lequel répare déjà les atteintes aux joies usuelles de la vie quotidienne incluant les loisirs communs.

Dans l'exemple filé, la victime rapportait la preuve d'avoir eu, avant la survenue du dommage, une activité sportive régulière (marche sportive à raison d'une ou deux heures par semaine, et séances

[711] Nomenclature Dintilhac.
[712] La même idée se retrouve avec le préjudice scolaire, universitaire ou de formation. Il s'agit du fait pour une victime d'accuser un retard scolaire ou encore de renoncer à une formation. V. par exemple CA Versailles, 3e chambre, 10 février 2022, n° 19/03916 à propos des dommages subis par une femme exposée au distilbène et les conséquences de cette exposition sur l'un de ses enfants.
[713] CA Douai, 3ème chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397.
[714] CA Douai, 3ème chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397.

de tapis de course, levée de poids et vélo elliptique 3 à 4 fois par semaine). Elle se voit accorder une indemnité à hauteur de 3.600 €[715].

- S'agissant d'interventions médicales touchant aux organes sexuels de la femme, le dommage subi par cette dernière aura souvent des répercussions sur sa vie sexuelle. Elle pourra donc solliciter l'indemnisation de son **préjudice sexuel.** Ce préjudice n'est indemnisé que s'il est permanent, c'est-à-dire qu'il ne pourra se résorber. Il correspond à trois types d'atteintes. L'une est morphologique (atteinte aux organes sexuels). La deuxième est d'ordre sexuel et correspond à l'impossibilité ou aux difficultés pour une personne d'avoir une vie sexuelle. Au sein d'un couple, cette altération de la sexualité sera également subie par le ou la partenaire qui pourra donc également solliciter des dommages et intérêts en réparation de son préjudice personnel. Le troisième est d'ordre reproductif et correspond à l'impossibilité ou à la difficulté à procréer.

Dans notre exemple filé, la juridiction constate que « le caractère douloureux de l'acte sexuel résultant du syndrome Master et Allen affecte la libido [de la victime], dans des conditions ayant conduit l'expert judiciaire à l'évaluer à 2/7 ». Les juges octroient donc à la jeune femme une indemnité à hauteur de 9.000€ en compensation de son préjudice sexuel. Par ailleurs, les juges retiennent l'existence d'un préjudice sexuel par ricochet pour le mari de la jeune femme, celui-ci subissant également une altération de la qualité de sa relation sexuelle en raison des dyspareunies (douleurs ressenties pendant et après les rapports sexuels) dont souffre son épouse. Ils indemnisent donc le préjudice moral du mari à hauteur de 4.500 €[716].

- En raison toujours des parties du corps concernées par la gynécologie et l'obstétrique, la victime pourra subir un **préjudice d'établissement**. Celui-ci indemnise l'impossibilité de « réaliser un projet de vie familiale "normale" » et ne se confond donc pas avec le préjudice sexuel[717]. Il n'est indemnisé que s'il est permanent, c'est-à-dire qu'il ne pourra se résorber.

Ainsi l'enfant né avec des séquelles physiques, cognitives et psychologiques entravant la possibilité de réaliser un projet de vie familial pourra obtenir une indemnisation au titre de son préjudice d'établissement[718]. La femme qui, suite à une erreur de dossier, aurait subi une stérilisation définitive par ovariectomie alors qu'elle est jeune et sans enfant pourrait par exemple elle aussi se prévaloir d'un tel préjudice.

- Un dernier préjudice doit être envisagé qui concernera plus souvent l'enfant que la femme, c'est le **préjudice esthétique.** Il concerne les victimes qui, en raison de l'acte dommageable, subissent une altération de leur apparence physique (cicatrices, déformations, etc). Ce préjudice peut être indemnisé que l'atteinte soit temporaire ou permanente.

Ainsi, un patient décède à 22 ans, cinq ans après la consolidation de son état résultant d'importantes lésions subies lors de sa naissance. Son préjudice esthétique avait été évalué par l'expert à 6/7 et indemnisé par les juges administratifs à hauteur de 5 000 euros[719].

[715] CA Douai, 3ème chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397.
[716] *Ibid.*
[717] Civ 2ème, 12 mai 2011, n°10-17.148).
[718] En ce sens, v. par ex. CA Versailles, 3e chambre, 10 février 2022, n° 19/03916 à propos des dommages subis par une femme exposée au distilbène et les conséquences de cette exposition sur l'un de ses enfants.
[719] CAA Bordeaux, 22 décembre 2022, n°20BX02996.

Rappelons que pour obtenir une indemnisation, la victime va devoir rapporter la preuve, non seulement de son dommage, mais également de l'acte fautif et du fait que c'est bien cet acte qui est à l'origine de son dommage. Cette dernière exigence probatoire soulève souvent des difficultés en matière de gynécologie et surtout d'obstétrique, l'accouchement étant considéré comme un moment à risques de nature à générer spontanément un certain nombre de dommages à la femme et à l'enfant. Les juridictions sont conscientes de ces difficultés et procèdent parfois à des aménagements.

- Tel est le cas de la création du **préjudice de perte de chance**. Il se peut que le demandeur souffre d'un dommage et qu'une faute ait été commise. En revanche, le lien de cause à effet entre l'un et l'autre n'est pas établi. Par exemple, un médecin manque à son obligation d'information en ne faisant pas part à sa patiente des risques d'une intervention. L'intervention se déroule et le risque se réalise. Le médecin a incontestablement commis une faute. La patiente a incontestablement subi un préjudice. Mais il n'y a pas de lien de cause à effet : ce n'est pas l'absence d'information sur ce risque qui a provoqué le dommage, mais bien la réalisation de l'intervention. En revanche, informée de ce risque, la patiente aurait peut-être préféré renoncer à l'intervention. Mais cela n'est pas certain non plus. C'est pour pallier cette incertitude que la jurisprudence a développé la notion de perte de chance. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain dès lors qu'est constaté la disparition par l'effet d'un délit de la possibilité d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine ». La perte de chance doit être certaine pour satisfaire la condition de certitude du préjudice. Le responsable n'a fait disparaître qu'une simple probabilité, mais il l'a fait disparaître de façon certaine. En revanche, puisque la réalisation d'une chance n'est pas certaine comme le dit la chambre criminelle, la réparation accordée à la victime ne peut pas égaler le montant du gain espéré ; l'indemnisation ne peut être égale au préjudice subi. La patiente a perdu une chance de renoncer à l'opération si elle avait eu connaissance du risque, mais on ignore si elle y aurait effectivement renoncé. Son indemnisation ne pourra pas consister en la réparation des conséquences de cette complication, on va déterminer dans quelle mesure la victime a été privée de la possibilité de refuser l'opération en tenant compte, notamment, de l'intérêt de cette opération et de son état de santé. On fixera ensuite un pourcentage (80% par exemple). Si les préjudices subis par la victime sont chiffrés à 100 000 euros, elle obtiendra 80 000 euros.

Outre l'enjeu indemnitaire qu'il présente devant le juge administratif ou civil, l'existence d'un dommage va être déterminante de la possibilité ou non d'appliquer à la situation une qualification pénale. En particulier, la possibilité d'entamer des poursuites pour violences volontaires ou atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique peut être conditionnée par la constatation et l'évaluation d'une incapacité totale de travail qui appelle donc des développements dédiés.

§3. L'ITT en droit pénal

Atteintes à l'intégrité et ITT. L'existence d'une ITT n'est pas une condition de la répression des violences car il est admis que soient sanctionnées des atteintes à l'intégrité de la personne sans ITT[720], mais elle est déterminante du degré de répression qui sera appliqué. Les atteintes à l'intégrité sans ITT ne sont que des contraventions. Dans le champ des "violences gynécologiques et

[720] En effet, même en l'absence d'ITT, l'infraction de violences, physiques ou psychiques, peut être relevée dès lors qu'est constatée une atteinte à l'intégrité physique ou psychique et ce, sous la forme de la contravention de la 4ème classe définie à l'article R. 624-1 du code pénal.

obstétricales", la difficulté à laquelle peut se heurter la mobilisation des qualifications de violences volontaires ou d'atteintes non intentionnelles à l'intégrité de la personne est liée à la détermination d'une incapacité totale de travail – à la hauteur des faits subis – lorsque celle-ci est liée à un choc psychologique sans lien avec des séquelles physiques. En ce sens, les violences volontaires sont définies aux articles 222-1 et suivants du Code pénal sous la forme criminelle et délictuelle et aux articles R. 624-1 et R. 625-1 du Code pénal en matière contraventionnelle. La qualification pénale retenue varie en fonction de la gravité de l'atteinte dont l'intensité et la gravité se mesure à l'interruption totale de travail (ITT) retenue[721]. Dans le domaine de la prise en charge gynécologique et obstétricale, cette atteinte à l'intégrité peut résulter du comportement d'un professionnel de santé qui accomplit brusquement un acte sur sa patiente. L'atteinte peut encore résulter de l'hypothèse dans laquelle le professionnel de santé intervient sans avoir recueilli le consentement de la patiente, ce qui aurait eu pour effet de justifier pénalement son comportement. Il a ainsi été jugé qu'un chirurgien avait commis des violences volontaires pour avoir procédé à la pose de clips destinés à la stérilisation lors d'une ablation d'un kyste de l'ovaire sans obtenir le consentement de sa patiente[722].

Si dans la plupart des cas, les violences se caractérisent en effet par une atteinte portée à l'intégrité physique de la victime, la jurisprudence a admis de longue date[723] que ces infractions peuvent être constituées, nonobstant toute atteinte à son intégrité physique, dès lors que pouvait être relevée une atteinte psychologique sous la forme d'un « choc émotif »[724] ou d'un « trouble psychologique »[725]. Ces violences qui n'impliquent pas de contact physique étaient expressément prévues par l'ancien Code pénal sous la dénomination « voies de fait ». Une partie de la doctrine considère, sans doute à tort, que cette reconnaissance revient à transformer des infractions matérielles en infractions formelles[726]. Pour rappel, les infractions formelles sont celles qui n'exigent aucun résultat pour être caractérisées comme l'infraction de mise en danger délibérée par exemple. Pour autant, si les violences n'ont pas de résultat visible, physiquement observable, elles ne sont pas pour autant privées de résultat en cas de choc psychologique. En effet, même en pareille hypothèse, la qualification pénale de violences ne pourra être retenue que s'il est démontré une véritable atteinte psychologique portée à la victime. La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a intégré au sein du Code pénal un article 222-14-3 qui prévoit que « Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ».

La jurisprudence livre de nombreux exemples qui illustrent ce type de violences, même si dans leur très grande majorité, ils ne concernent pas la prise en charge médicale de patients. Pourrait-être mis en cause par ce biais « le médecin qui, sans atteindre matériellement la victime, lui procure un trouble psychologique de nature à l'impressionner vivement »[727]. Le recours à la notion de « *violences sans contact* » pourrait permettre de qualifier certains types de violences gynécologiques et obstétricales. En ce sens, un gynécologue obstétricien a été poursuivi pour violences par des patientes qui affirmaient avoir été « victimes de propos inappropriés et choquants et de gestes

[721] P. Chariot, M. Teldlaouti, M. Debout, « L'incapacité totale de travail et la victime de violences », *AJ pénal* 2006, p. 300 et s.
[722] CA Chambéry, 2 mars 2011, inédit. La Cour de cassation a cassé pour défaut d'intention fautive la décision de condamnation par arrêt du 6 février 2001, *Bull. crim.* n° 33.
[723] Au nombre des décisions anciennes, voir par exemple Cass. crim., 14 novembre 1931, *Bull. crim.* n° 258 pour une attitude agressive n'ayant pas atteint physiquement la victime.
[724] Cass. crim., 6 février 2002, *D.* 2002, p. 1510 et s., note D. Mayer ; *Dr. pén.* 2002, comm. n° 69.
[725] M. Veron, *Droit pénal spécial*, Paris : Sirey, 2017, 16ème éd., n° 67.
[726] M. Daury-Favreau, *Droit pénal spécial*, Paris, PUF, 2010, n° 232.
[727] P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 277.

brutaux et douloureux »[728]. L'une d'elles indique dans son témoignage « avoir ressenti une grande détresse, avoir eu la sensation d'"avoir été détruite par ce médecin" ou encore d'avoir "été traitée comme un chien" »[729].

Ce trouble psychologique, pouvant être qualifié sous la forme d'ITT par la production de certificats médicaux ou par voie d'expertises judiciaires, pourrait découler de :

- l'empressement du professionnel de santé à accomplir l'acte (quand bien même le consentement de la patiente aurait été recueilli) sans lui adresser la parole ou en fournissant des explications trop rapidement énoncées,
- l'impression de réification ressentie par la patiente lors de sa prise en charge,
- les paroles de dénigrement ou blessantes adressées à la patiente,
- ou encore de ce que le personnel de santé tient un discours de nature à impressionner la patiente ou précipitant le consentement de la patiente…

Détermination de l'ITT. Nonobstant cette consécration légale de la violence psychologique, des difficultés de qualification perdurent. Il convient toujours que soit, d'une part, constatée une atteinte à l'intégrité psychique de la personne et, d'autre part, quantifiée l'ITT. Aussi, le médecin légiste sollicité et éventuellement l'expert devrait évaluer l'ITT ou l'absence d'ITT par rapport à ce choc émotionnel et non par rapport à une atteinte portée à l'intégrité physique. Il reviendra également au médecin légiste ou à l'expert judiciaire désigné ultérieurement de vérifier l'existence et la certitude du lien de causalité entre un tel comportement et le « choc émotionnel » causé à la patiente. Le recours aux « violences psychologiques » pour qualifier certaines « violences gynécologiques et obstétricales » permet d'appréhender une grande diversité de situations lorsque certaines qualifications ne sont pas adaptées aux situations dénoncées[730]. On pense notamment à la qualification de viol qui ne saurait être mobilisée en matière de touchers vaginaux injustifiés ou non consentis[731]. Cependant, les difficultés qui peuvent exister pour établir l'ITT qui résulte d'un choc psychologique pourrait conduire à écarter cette qualification qui ne peut être que contraventionnelle quand elle est "sans ITT". Des médecins légistes interrogés dans le cadre de cette recherche ont d'ailleurs témoigné de la difficulté rencontrée à "chiffrer" un syndrome de stress post-traumatique par exemple. Alors que les victimes invoquent des séquelles qui pourraient être définitives, les poursuites pourraient se limiter à celles de violences sans ITT, qui ne correspondent pas toujours à la gravité du comportement en cause. Cette difficulté pourrait d'ailleurs expliquer le fait que certaines victimes déposent plainte sur le fondement de qualification qui n'exigent pas de caractériser une ITT pour être retenue comme le viol, les agressions sexuelles ou encore le harcèlement[732]. Il semble donc impératif qu'un examen approfondi des conséquences d'atteintes à l'intégrité de la personne soit établi, et qu'il puisse prendre en compte les évolutions pour la personne de ces atteintes. A cet égard, le constat d'un stress post-traumatique devrait pouvoir être considéré comme entraînant une ITT longue voir une infirmité permanente. A défaut d'efforts des autorités judiciaires en ce sens, des qualifications pénales spécifiques pourraient être envisagées[733].

[728] TA Cergy-Pontoine, 29 septembre 2022, n° 1909718. Cette décision administrative fait état de la plainte portée au pénal.
[729] *Ibid.*
[730] Par exemple, le délit de harcèlement moral de l'article 222-33-2-2 du code pénal qui implique pour sa constitution le constat de comportements ou propos répétés, par une seule personne ou plusieurs personnes intervenant successivement.
[731] V. supra, sur la qualification de viol.
[732] V. supra sur le viol.
[733] V. supra sur la qualification des touchers vaginaux injustifiés.

Section 2 : Imputer la responsabilité

L'imputation de la responsabilité va supposer différentes opérations. Tout d'abord, il va falloir imputer le dommage à un acte répréhensible ou fautif. Cela revient à dire qu'il doit exister un lien de causalité entre l'acte et le dommage, lequel va souvent poser difficulté dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales" (Sous-section 1). Ensuite, il va falloir imputer cet acte à une personne déterminée, c'est-à-dire déterminer l'auteur de l'acte. Cette imputation de l'acte va permettre de savoir qui doit en répondre juridiquement : son auteur personnellement et/ou une tierce personne responsable juridiquement de l'auteur.

Sous-section 1. Établir la causalité

Le lien de causalité est la troisième condition d'engagement de la responsabilité, après la faute et le dommage. Il est celui qui unit cette faute à ce dommage. La première doit avoir causé le second. Cette condition est avant tout une condition de bon sens : on ne saurait exiger d'une personne qu'elle répare un préjudice dans la réalisation duquel elle est parfaitement étrangère. C'est donc tout naturellement qu'il est exigé en droits civil et administratif, comme en droit pénal. L'appréhension du lien de causalité dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales" appelle d'abord quelques rappels généraux relatifs à la causalité (§ 1) avant d'envisager les difficultés particulières relatives à notre objet (§ 2).

§1. Rappels généraux sur le lien de causalité

La causalité a fait l'objet de très nombreuses études et discussions doctrinales, mais continue de receler bien des « mystères »[734]. Ces difficultés sont partagées par les autres systèmes juridiques, la doctrine anglo-saxonne présente même la causalité comme un « fantôme à exorciser »[735]. Ces études ont, notamment, eu pour but de clarifier la notion et de savoir comment sélectionner une cause parmi différentes causes possibles. Le Code civil, pas plus que le Code pénal, ne donne d'indication à destination du juge sur la façon dont il convient de déterminer un lien de causalité. La doctrine s'est donc attachée à élaborer des théories, parmi lesquelles on peut citer l'équivalence des conditions, la *causa proxima* ou encore la causalité adéquate[736]. Si ces théories présentent un

---

[734] Ph. Brun, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », *in Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 117.

[735] « *Causation in the law is less a concept to be analysed than a ghost to be exorcised* ». (H. L. A. Hart, T. Honoré, *Causation in the law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 1985, p. 3).

[736] La *causa proxima* consiste à retenir comme cause du dommage, celle qui est la plus proche de celui-ci. L'équivalence des conditions est une théorie apparue au XIXème siècle au sein de la doctrine allemande. Selon cette théorie, tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit en sont la cause. Autrement dit, tout fait qui a été la condition sine qua non de l'atteinte subie par la victime est réputé en être la cause. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'importance des causes respectives. Cette théorie adopte une vision extensive de la causalité et n'opère aucune sélection parmi les différents facteurs qui ont contribué à la production du dommage. Elle peut conduire à remonter très loin dans le temps. La causalité adéquate est une théorie également développée par la doctrine allemande. Au contraire de l'équivalence des conditions, elle opère une hiérarchie entre les différents facteurs qui ont contribué à la production du dommage. Selon cette théorie, n'est cause du dommage que le fait propre à le produire selon le cours normal des choses. Seuls les facteurs qui étaient de nature à provoquer le dommage selon le cours normal des choses peuvent être qualifiés de cause. Si le fait imputé à une personne n'a conduit au dommage qu'au terme d'un concours de circonstances plus ou moins exceptionnelles, il n'est pas la cause du dommage. Cette théorie est beaucoup plus restrictive que la précédente. Elle distingue la causalité juridique de la causalité matérielle : la première est beaucoup plus restrictive que la première ; elle opère une sélection des faits.

intérêt indéniable au plan didactique, les juridictions ne se les sont jamais appropriées de façon claire. Elles n'apparaissent jamais telles qu'elles dans les décisions. Bien que la doctrine ait pu voir l'application de telle théorie dans telle décision, il est soutenu qu'en la matière, le juge se montre peu soucieux de ces développements théoriques et procède surtout au cas par cas et nous ne détaillerons donc pas ici ces théories doctrinales[737].

Néanmoins, la preuve du lien de causalité pèse sur le demandeur, donc sur la femme victime de "violences gynécologiques et obstétricales", et doit dès lors faire l'objet d'une présentation rapide. D'autant que, parce qu'elle est avant tout une condition de bon sens, l'exigence de causalité a quelque chose d'intuitif et, partant, paraît facile à caractériser. Mais cette apparente simplicité est trompeuse, la notion se révélant en réalité très difficile à manier dans nombre de situations. Dès lors que le lien de cause à effet n'est pas directement observable, c'est-à-dire dans la très grande majorité des cas, la causalité devient une abstraction[738].

Ainsi, la preuve du lien de causalité soulève souvent des difficultés, non pas tant quant à l'existence d'une causalité, que quant à l'existence d'une causalité directe et certaine, caractères que doit revêtir la causalité pour pouvoir avoir des conséquences juridiques. Dire que la causalité doit être *directe* signifie que le dommage doit être « la suite nécessaire » de la faute[739]. Dire que la causalité doit être *certaine* signifie que le dommage doit avoir été causé par la faute. La causalité doit donc revêtir ces qualités. Or celles-ci sont difficiles à caractériser au regard de ce que l'on vient de décrire, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas directement observables, qu'il est parfois difficile de déterminer, parmi différentes causes possibles, laquelle est celle à l'origine du dommage, plus généralement qu'il s'agit d'une abstraction. Il s'agit donc d'un idéal à atteindre. En pratique, le juge doit le plus souvent se contenter d'une causalité « suffisante »[740]. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une source considérable de difficulté et d'aléa pour les demandeurs et une cause importante de rejet de leurs demandes.

D'autant qu'il est rare que le dommage ait une seule cause possible. Bien au contraire, les causes possibles sont généralement très nombreuses. C'est pourquoi la jurisprudence admet que le lien de cause à effet entre la faute et le dommage puisse cohabiter avec un ou plusieurs autres liens de cause à effet, sans que cela ne le disqualifie. S'il faut un lien qui unisse la faute au dommage, il n'est pas exigé que ce dommage ait été entièrement causé par cette faute. Elle peut n'avoir causé qu'une partie du dommage, de sorte que celui-ci a au moins une autre cause. Dans ce cas, la faute est une cause partielle du dommage et fort logiquement, l'obligation de réparer le dommage sera elle-même partielle, proportionnée au rôle qu'a joué cette faute dans la production du dommage. L'exemple filé dans le cadre de la présentation des préjudices en donne une illustration : les juges ont considéré que le dommage était imputable à 90% à l'acte fautif et à 10% à d'autres causes (non explicitées) et, par conséquent, ont condamné l'auteur de l'acte fautif à indemniser la victime pour un montant correspondant à 90% de la valeur du dommage estimée par l'expert. Il est à noter que cette autre cause explicative du dommage peut être propre à la victime. Ainsi en est-il lorsqu'elle a contribué au dommage par son attitude que l'on peut juger fautive. Par exemple, la cour d'appel de Besançon a considéré que les lésions d'une patiente avaient été causées non seulement par l'épisiotomie qu'elle avait subie, mais encore par son attitude, qualifiée d'indisciplinée par les juges du fond[741]. Cet exemple laisse entrevoir la difficulté particulière qui peut exister à rapporter la preuve d'un lien de causalité en matière gynécologique et obstétrical, en raison notamment d'une conception

737 Ph. le Tourneau (s/dir de), *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Dalloz action, 2021-2022, 2131.51.

738 Y. Lambert-Faivre, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.* 1992, p. 311.

739 Selon l'expression employée par Pothier dans son Traité n°166.

740 P. Sargos, « La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? », *D.* 2008, p. 1935.

741 CA Besançon, 13 octobre 1999, jurisdata 99-103681

pathologique de la grossesse et surtout de l'accouchement. Cette conception, largement partagée au sein de la société, est de nature à influencer l'appréciation faite par les experts et les juges de la vraisemblance du lien de causalité allégué par la victime.

§2. Difficultés particulières en gynécologie et en obstétrique

La gynécologie et l'obstétrique n'échappent pas aux difficultés probatoires et cette difficulté est même encore accrue en matière d'obstétrique. Cela résulte notamment de la conception très "pathologisante" de la grossesse et de l'accouchement, déjà évoquée précédemment. Cette conception met l'accent sur les risques de cet évènement naturel conduisant les experts et les juges, notamment, à rattacher les dommages subis par la femme à l'accouchement lui-même plutôt qu'aux interventions médicales réalisées lors de l'accouchement et, partant, à exclure l'indemnisation de ce dommage. Autrement dit, les médecins-experts et les juges vont être enclins à souligner la possibilité que le risque se soit réalisé au cours de l'accouchement indépendamment de l'acte fautif reproché.

Pour cela, ils pourront considérer que le dommage ne résulte pas directement de l'acte fautif. A cet égard, la temporalité sera un élément déterminant : si le dommage est survenu à distance de l'acte fautif, les juges seront réticents à retenir le lien de causalité. Les décisions de justice relatives à l'indemnisation des personnes ayant développé une sclérose en plaques qu'elles imputent à la vaccination contre l'hépatite B en constituent un exemple aussi classique que médiatisé. Dans le domaine qui nous intéresse, on peut citer un arrêt du Conseil d'Etat de 2013 dans lequel la Haute juridiction, pour refuser l'indemnisation sollicitée, considère que « L'incontinence anale et urinaire s'est manifestée en 2003, soit trois ans après l'accouchement ayant nécessité une épisiotomie et une extraction instrumentale qui a provoqué une fistule recto-vaginale »[742]. Ici, c'est bien le caractère direct du lien de causalité qui est remis en cause. Les lésions se sont manifestées dans un temps jugé trop long après l'accouchement. La brièveté du délai est ainsi un indice important dans l'établissement du lien de causalité. Il tend à rendre probable le lien de cause à effet invoqué.

Mais la temporalité n'est pas le seul élément de nature à remettre en cause l'existence du lien de causalité. Le caractère direct de ce lien implique, on l'a vu, que le dommage soit la conséquence nécessaire du fait dommageable. Si les juges n'en sont pas convaincus, ils écarteront l'existence d'un lien de causalité et, corrélativement, le droit à indemnisation. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon de 2021 en fournit un exemple parlant. Selon les juges, « D'une part, il résulte de l'instruction, notamment de l'expertise, que Mme E..., qui avait elle-même demandé une stérilisation à visée contraceptive, avait consenti, de manière éclairée après avoir reçu des informations précises, à une intervention de ligature des trompes, dont les effets, en termes de stérilisation, sont identiques à une ablation des trompes, seule une intervention chirurgicale pouvant, dans les deux cas, mettre fin à la stérilité. Il résulte également de l'expertise que l'intervention d'ablation des trompes qui a été pratiquée n'a eu aucun retentissement sur la santé de Mme E... ni sur son fonctionnement hormonal. Dans ces conditions, si Mme E... a indiqué, lors des opérations de l'expertise, que le fait d'être devenue définitivement stérile a engendré des répercussions psychiques, qui l'ont conduite à bénéficier, au cours de l'année 2018, d'un suivi psychiatrique, cette circonstance est dépourvue de lien de causalité avec les fautes commises par le centre hospitalier »[743]. La réalité du trouble n'est donc pas contestée par les juges, mais ceux-ci considèrent qu'il n'est pas la conséquence directe de l'intervention. Selon eux, un élément plaiderait même en sens contraire : la patiente avait sollicité un acte conduisant au même résultat (la

[742] CE, 27 mars 2013, n°352536.
[743] CAA, Lyon, 6e chambre, 20 avril 2021, n° 19LY03449.

stérilisation). Les juges s'en tiennent à cet aspect et se montrent indifférents au fait que l'acte auquel elle avait consenti présentait un caractère réversible, contrairement à celui qu'elle a subi.

Mais c'est surtout sur le caractère certain du lien de causalité que la victime d'un dommage lors de son accouchement pourra rencontrer des difficultés à convaincre les juges. Les juges ne contestent alors pas la réalité du dommage, pas plus que la vraisemblance du caractère direct du dommage, mais ils considèrent qu'il existe une autre cause explicative à la survenue du dommage – l'accouchement lui-même – laquelle les conduit à écarter la responsabilité de l'auteur de l'acte fautif. Un jugement de tribunal administratif, qui nous a été communiqué par une patiente, illustre parfaitement les difficultés d'établissement du lien de causalité pour les dommages survenus lors d'un accouchement. Les juges s'en remettent largement à l'appréciation de la situation faite par le médecin-expert, lequel s'attache à souligner que les dommages invoqués peuvent survenir lors d'un accouchement indépendamment de toute faute médicale et donc que ces dommages ne peuvent en l'espèce être imputés de manière certaine à la faute médicale constatée.

Ainsi, dans cette affaire, « L'expert indique que l'incontinence anale par rupture sphinctérienne (...) est en lien direct et certain avec l'accouchement et sans rapport avec une éventuelle malfaçon ou erreur technique lors de l'accouchement ». Il faut comprendre ici que les lésions sont une conséquence normale de l'accouchement et que cette normalité exclut donc tout lien entre les actes éventuellement fautifs et le dommage. Autrement dit, c'est un dommage qu'il n'est pas anormal de constater à la suite d'un accouchement. L'anormalité du dommage aurait, au contraire, plaider en faveur de l'existence d'une faute et d'un lien entre cette faute et le dommage.

« Il écarte également tout lien de causalité direct et certain entre la rectocèle de la patiente et son accouchement en précisant qu'il s'agit d'une pathologie intercurrente, entrant dans le cadre d'un trouble de la statique pelvienne qui peut survenir indépendamment de tout accouchement ». L'expert fait ici référence à l'existence d'autres causes possibles. Il s'agit d'une situation assez classique en droit de la responsabilité ainsi que nous l'avons vu. Ces autres causes possibles ne sont pas explicitées ici, ce qui peut apparaître insatisfaisant puisqu'il n'est pas possible de connaître le raisonnement de l'expert, donc de s'assurer de sa validité. Mais dans ce cas aussi, il s'agit d'une pratique habituelle en droit de la responsabilité. Deux cas de figure peuvent se présenter. Soit le juge retient un lien de causalité ; dans ce cas il s'attachera à exclure les autres causes possibles les unes après les autres en considérant qu'elles sont moins probables que celle qu'il retient. Soit le juge ne retient aucun lien de causalité et il se contente alors d'évoquer l'existence d'autres causes possibles qui empêchent de considérer que la cause alléguée par le demandeur est la cause certaine de son dommage. Cette situation est peu satisfaisante du point de vue de l'argumentation, mais permise par le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, dans le champ duquel entre le lien de causalité.

Ces différents exemples donnent à voir combien les conditions de la responsabilité peuvent s'enchevêtrer en matière obstétricale, avec un raisonnement en cascade. L'anormalité du dommage démontre l'existence d'une faute et d'un lien de cause à effet entre l'un et l'autre. Le dommage anormal est défini comme celui dont l'intensité rompt les prévisions et les attentes de la victime[744]. Cela n'est pas sans faire penser au régime d'indemnisation des accidents médicaux, qui suppose un dommage anormal, et à celui de la responsabilité du fait des produits défectueux au sein duquel le produit défectueux est celui qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. L'accouchement étant par essence source de lésions, la patiente ne peut légitimement s'attendre à une absence totale de lésions. Au contraire, la conception pathologisante de l'accouchement tend à intégrer un grand nombre de lésions comme normalement prévisibles. Il est dès lors extrêmement

[744] L. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2000, 1052.

difficile de démontrer que ces lésions sont anormales, en ce sens qu'elles dépassent ce qui devrait être accepté au regard de l'acte lui-même ou de ses circonstances spécifiques (poids et taille de l'enfant par exemple). La tendance constatée dans les décisions de justice est plutôt à minimiser l'incidence du recours à des instruments lors de l'accouchement, ce recours étant présupposé favoriser le bon déroulement de l'accouchement. Ainsi, une cour administrative d'appel a écarté tout lien entre la déchirure utérine et l'épisiotomie pratiquée pour l'utilisation d'un forceps et les contraintes mécaniques fautives pratiquées pour l'extraction de l'enfant. Le rapporteur public avait pourtant retenu un lien entre les manœuvres douloureuses subies pendant l'accouchement et le préjudice de la victime[745]. Mais les juges ont considéré qu'il n'était pas prouvé que les lésions étaient imputables à une cause autre que l'accouchement. La solution peut surprendre compte tenu du caractère instrumental de l'accouchement, mais il faut avoir à l'esprit qu'aujourd'hui un certain nombre d'interventions médicales sont considérées comme participant de l'accouchement normal (eutocie), physiologique : « On met les forceps dans l'eutocie maintenant. Péridurale, forceps, ventouses, c'est l'eutocie. C'est troublant, elle est où la conception de l'eutocie ? »[746]. Autrement dit, l'accouchement considéré comme normal n'est pas uniquement l'accouchement spontané sans intervention extérieure, mais également un accouchement en partie médicalisé, ce qui ne peut que complexifier la possibilité pour la femme d'obtenir une indemnisation du dommage subi lors d'un accouchement instrumentalisé.

Ces développements montrent l'enjeu déterminant du lien de causalité pour l'indemnisation de dommages suite à des actes relevant des "violences gynécologiques et obstétricales". Ni le Conseil d'Etat, ni la Cour de cassation n'ont donné de définition précise du lien de causalité ou n'ont fait explicitement références aux définitions doctrinales, conservant ainsi aux juges une très grande liberté dans l'appréciation de l'existence ou non d'un lien de causalité (appréciation dont les Hautes juridictions de chaque ordre assurent toutefois le contrôle). Le lien de causalité apparaît ainsi comme « un instrument de politique jurisprudentielle »[747], permettant de limiter ou d'exclure l'indemnisation d'un dommage. Dans les affaires précitées, le choix ou non de se référer au caractère souvent intrinsèquement dommageable de l'accouchement pour minimiser ou écarter l'existence d'une causalité entre l'acte du professionnel de santé et les préjudices subis par la victime en constitue, selon nous, une parfaite illustration. L'importance médiatique et politique de la dénonciation des "violences gynécologiques et obstétricales" pourrait dès lors être de nature à faire évoluer le contentieux et à rendre les juges plus sensibles à la contribution, même partielle, du fait fautif à la réalisation du dommage.

Sous-section 2. Identifier le responsable

L'imputation consiste à rattacher la faute à une personne précise[748]. La patiente doit donc être en mesure de prouver qu'une faute a été commise et de déterminer qui en est l'auteur. Si elle échoue à satisfaire cette exigence d'imputation, elle devra alors être déboutée de sa demande. Or il peut exister un doute sur l'identité de l'auteur du dommage. Tel fut le cas par exemple dans une affaire dans laquelle une compresse avait été oubliée dans l'abdomen d'une patiente qui avait subi deux

[745] CAA Paris, 23 juin 2020, n°17PA03179.
[746] C. Thomas, *Sage-femme, gardienne de l'eutocie : Approche anthropologique du savoir-faire des sages-femmes*, Érès, 2022, p.144 ; dans le même sens, un certain nombre d'interventions médicamenteuses ou non médicamenteuses sont considérées par la Haute autorité de santé comme relevant de l'accouchement normal, v. HAS, Accouchement normal : accompagnement de la physiologie et interventions médicales, recommandation de bonne pratique, 25 janvier 2018.
[747] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5ème éd, PUF, 2021, p.246.
[748] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5ème éd, PUF, 2021, p.92.

interventions chirurgicales successives, réalisées par deux chirurgiens différents[749]. En dehors de cette situation d'incertitude sur l'identité de l'auteur de l'acte dommageable, les victimes font parfois face à des situations plus complexes. Ainsi, l'acte de violence n'est parfois imputable à aucun professionnel de santé. C'est le cas de la faute dans l'organisation du service, faute anonyme, qui engage la responsabilité de l'établissement de santé. Cette faute ne peut être imputée à aucun professionnel en particulier et il est logique qu'elle n'engage la responsabilité que de l'établissement de santé à l'origine de cette organisation défaillante. Par ailleurs, l'acte de violence peut avoir été commis par un professionnel de santé sans que celui-ci ne soit juridiquement tenu d'y répondre. Est-ce la responsabilité du médecin, de la sage-femme, de l'équipe médicale ou de l'établissement ? Outre la responsabilité individuelle des professionnels de santé, le rôle joué par les établissements dans la survenance des situations de "violences gynécologiques et obstétricales" est lui aussi pointé du doigt par les victimes et les différents rapports sur ce sujet. Pour mieux comprendre l'articulation de ces différentes responsabilités, il convient d'envisager dans un premier temps la responsabilité des personnes physiques (§1), avant de considérer celle des personnes morales (§2).

§1. Le responsable personne physique

En droit civil et en droit administratif. Le responsable est celui qui répond du dommage. On s'attendrait donc intuitivement à ce que le responsable ne soit autre que celui qui a causé le dommage, mais ce n'est pas toujours le cas. L'identité du responsable diffère selon la situation juridique du professionnel de santé mis en cause. Si celui-ci exerce à titre libéral, il engage sa responsabilité civile personnelle et l'acte lui sera personnellement imputé. A cet égard, il faut rappeler que certains professionnels de santé passent des conventions avec les établissements de santé, y compris publics, par lesquelles ils peuvent développer une partie de leur activité dans les locaux de l'établissement, mais à titre libéral. Les dommages résultant des actes qu'ils réalisent dans ce cadre relèvent en principe de leur responsabilité civile personnelle. Il en va ainsi par exemple d'une sage-femme proposant un accompagnement global avec accouchement en plateau technique.

Si au contraire le professionnel de santé exerce en qualité de subordonné dans un établissement de santé, sa responsabilité civile personnelle sera le plus souvent absorbée par celle de son employeur. Cela se vérifie qu'il s'agisse d'un établissement privé, comme une clinique, ou d'un établissement public comme un centre hospitalier.
Si le professionnel de santé exerce dans un établissement public, les dispositions de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique ne remettent pas en cause les principes du droit administratif[750]. Ainsi, la responsabilité personnelle du professionnel ne pourra être recherchée par la victime qu'en cas de faute personnelle détachable du service, c'est-à-dire « sans rapport avec la fonction qu'il occupe »[751]. Cela arrive rarement, la doctrine observe une tendance de la jurisprudence à « permettre à la victime une mise en cause de l'administration, même dans le cas de faute personnelle de l'agent, (et) dès lors que celle-ci n'est pas "dépourvue de tout lien avec le service »[752]. En ce sens, l'article L.134-3 du Code de la fonction publique dispose au demeurant que « lorsque l'agent public a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a

[749] Civ 1re, 3 novembre 2016, n° 15-25.348. Obs. Ph. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz, « Responsabilité civile », *D.* 2017, 24 ; M. Dugué, « La limitation du recours à la causalité alternative en présence d'une responsabilité médicale pour faute », *RDSS* 2017, p. 306 ; P. Jourdain, « Faute médicale dont l'auteur est inconnu : la victime ne sera pas indemnisée ! », *RTD.civ* 2017, p. 163 ;
[750] X. Bioy, A. Laude et D. Tabuteau, Droit de la santé, 4e édition, PUF, 2020, p.449
[751] Article L.134-2 du Code de la fonction publique. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 24ème édition, LGDJ, 2022, 391.
[752] Y. Gaudemet, *op.cit*, 386.

pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à l'agent public, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui ». Ce n'est donc que dans des conditions extrêmes que la faute sera jugée sans rapport avec les fonctions, « parce qu'elle est en tout point étrangère à l'exercice des compétences dévolues à l'agent »[753].

La situation est sensiblement comparable lorsque le professionnel de santé exerce dans un établissement de droit privé. En principe, l'article 1242 alinéa 5 du Code civil prévoit la responsabilité du commettant du fait de son préposé, c'est-à-dire que la personne, physique ou morale, qui a le pouvoir de diriger et de contrôler l'activité d'une autre personne répond des conséquences dommageables de cette activité envers la victime. En principe, aux termes des articles R.4127-64 et R.4127-69 du Code de la santé publique, « l'exercice de la médecine est personnel", "chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles ». Toutefois, la jurisprudence considère que lorsque le personnel accomplit des actes requérant le contrôle direct du médecin, ou lorsqu'il agit sous les ordres du médecin, ce dernier devient responsable des fautes dommageables subies par le patient[754]. Ainsi, l'obstétricien pourra être reconnu responsable des conséquences dommageables d'un acte réalisé par un auxiliaire de puériculture mais qu'il lui a ordonné de réaliser[755]. Par ailleurs, l'établissement de santé verra sa responsabilité recherchée du fait des fautes commises par un des professionnels de santé qu'il a engagé à son service.
Plus encore, il faut rappeler que depuis un arrêt de l'Assemblée plénière du 25 février 2000[756], le préposé bénéficie d'une immunité lorsqu'il commet une faute dans l'exécution de la mission qui lui a été confiée. Cela signifie que dès lors que le préposé n'a pas excédé les limites de cette mission, c'est-à-dire lorsqu'il se contente d'effectuer la charge qui lui a été confiée, la victime ne peut pas engager sa responsabilité personnelle. Elle ne peut rechercher que la responsabilité du commettant. Le tribunal des conflits a pu affirmer en 2000 qu' « eu égard à l'indépendance professionnelle dont bénéfice le médecin dans l'exercice de son art qui est au nombre des principes généraux du droit, il est loisible au patient, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer sur un fondement contractuel à l'encontre de l'établissement privé de santé de rechercher, sur le terrain délictuel, la responsabilité du praticien lorsque, dans la réalisation des actes médicaux, celui-ci a commis une faute »[757]. Toutefois, la Cour de cassation a par la suite opéré un revirement de jurisprudence et considéré que « le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient »[758]. Ainsi, la sage-femme salariée d'un établissement, qui n'a pas assuré une surveillance appropriée de la parturiente et n'a donc pas décelé une situation de souffrance fœtale conduisant à la naissance d'un enfant gravement handicapé, n'engage pas sa responsabilité civile personnelle à l'égard des victimes[759].
A contrario, dès lors que le professionnel excède les limites de la mission qui lui a été confiée, il engage sa responsabilité personnelle à l'égard de la victime. Deux hypothèses doivent alors être distinguées : soit le professionnel a commis un abus de fonction, c'est-à-dire qu'il a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, et en ce cas la victime ne pourra rechercher que la responsabilité civile personnelle de ce professionnel; soit le professionnel a excédé le cadre de sa mission mais sans commettre d'abus de fonction et en ce cas la victime pourra rechercher au choix, sa seule responsabilité civile, sa

753 Y. Gaudemet, *op.cit*, 390.
754 X. Bioy, A. Laude et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 4e édition, PUF, 2020, p.446
755 CA Douai, 3e chambre, 29 septembre 2022, n°21/02397. A noter toutefois que le médecin pourra alors se retourner contre l'établissement dont la jurisprudence considère qu'il reste responsable du dommage subi par le médecin du fait de la faute du personnel. Civ. 1re, 13 mars 2011, n°99-16.093
756 AP, 25 février 2000, n°97-17.378, Costedoat
757 Tribunal des conflits, 14 février 2000, n°02929 ; dans le même sens Civ. 1re, 13 novembre 2002, n°00-22.432
758 Civ. 1re, 9 novembre 2004, n°01-17908 et n°01-17.168
759 Civ. 1re, 9 novembre 2004, n°01-17.168

responsabilité civile conjointement à celle de son commettant, ou la seule responsabilité du commettant. Il est à noter par ailleurs, que le professionnel qui commet une infraction pénale intentionnelle ne peut se prévaloir de l'immunité.

En droit pénal. Un principe cardinal du droit pénal est posé par l'article 121-1 du Code pénal selon lequel « Nul n'est responsable que de son propre fait ». On oppose à ce principe les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui connues du droit civil. Cela signifie qu'en droit pénal seul l'auteur du comportement fautif pourra engager sa responsabilité. Ainsi, un chef de service n'est jamais pénalement responsable des fautes commises par les membres de son service, sauf à ce que ces fautes n'aient été permises par ses propres défaillances. Dans ce cas, les responsabilités pénales à envisager seront cumulatives. La seule limite de cette responsabilité "à double détente" pourrait être liée au fait que le chef de service n'est que le responsable indirect de l'atteinte et donc on pourrait exiger une faute qualifiée pour que sa responsabilité soit engagée[760]. A titre d'exemple, si une césarienne est nécessaire mais que la décision tarde en raison d'une désorganisation du service ou d'un effectif insuffisant mais aussi en raison d'une erreur de diagnostic d'un praticien. Dans ce cas, si l'enfant naît avec des séquelles, deux fautes à l'origine des atteintes constatées pourront être identifiées : le défaut d'organisation (cause indirecte du dommage) et l'erreur du praticien. Deux négligences susceptibles d'être en lien de causalité avec l'atteinte portée à l'enfant qui pourraient engager les responsabilités pénales respectives de leurs auteurs.

§2. Le responsable personne morale

Il convient de distinguer entre les principes des droits civil et administratif (A) et du droit pénal (B) pour enfin envisager, en guise de perspective d'évolution du droit, la possible responsabilité internationale de l'Etat (C).

A. La responsabilité indemnitaire des établissements

La responsabilité d'un établissement de santé peut être engagée à deux titres.

Elle peut l'être d'abord en raison de la faute commise par le professionnel de santé qu'il emploie. C'est ce que l'on appelle en droit civil la responsabilité du fait d'autrui, en l'occurrence ici du commettant[761]. Le même régime s'applique en droit administratif. L'article 1242 alinéa 5 du Code civil dispose que les maîtres et commettants doivent répondre du dommage causé par la faute de leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés. Le principe de ce régime de responsabilité est le suivant : le commettant répond du fait fautif de son employé. Mais on considère ici que l'employé se trouve dans la sphère d'autorité de son employeur et qu'il est logique que ce dernier réponde des dommages qu'il causerait dans l'exercice de son activité professionnelle qui lui est par ailleurs profitable. La responsabilité des commettants est une responsabilité sans faute. Peu importe donc que l'employeur (ici l'établissement de santé) ait commis une faute. Pour être engagée, elle suppose que trois conditions soient réunies. Il doit exister un rapport de préposition, un acte dommageable fautif du préposé et, enfin, cet acte doit être en rapport avec les fonctions exercées.

La responsabilité d'un établissement de santé peut également être engagée en raison de sa propre faute, qui prend la forme d'une faute d'organisation ou de fonctionnement. C'est le cas par exemple si le dossier médical de la patiente est perdu, ce qui empêche la patiente de prouver le préjudice

[760] V. supra.
[761] Cass, 1ère chambre civile, 17 décembre 2009 (n°08-21.206 et 08-21.878).

qu'elle allègue[762]. C'est le cas encore en l'absence de mise « à la disposition du patient d'un personnel qualifié (personnel paramédical et médecins), en nombre suffisant, pouvant intervenir dans les délais imposés par son état, et celle d'exercer une surveillance sur les patients hospitalisés »[763].

B. La responsabilité pénale des personnes morales impliquées

Depuis la réforme du Code pénal intervenue au 1er mars 1994, toute personne morale peut voir sa responsabilité pénale engagée sous les conditions prévues par l'article 121-2 de ce Code :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.
Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

Même si, comme dans toute autre structure, des infractions peuvent être perpétrées au sein des établissements de santé, les condamnations de ce type d'établissements sont relativement peu nombreuses au sein du contentieux pénal. Quelques explications ont pu être apportées par la doctrine qui tiennent notamment au fait que l'activité médicale à l'origine du dommage subi par le patient est le fait d'une personne physique – car elle ne résulte pas d'une décision d'un organe de la structure – ce qui conduira le plus souvent à rechercher des responsabilités individuelles. On observe également que les procédures indemnitaires contre les établissements sont privilégiées, plus que les procédures répressives[764] ; enfin, les peines encourues par les établissements de santé s'avèrent souvent peu adaptées[765]. Même si elles sont rares, les condamnations pénales d'établissements de santé existent. Ces condamnations interviennent dans la très grande majorité des cas en matière d'accidents médicaux et de prises en charge médicales inadaptées pouvant être qualifiés en homicides ou blessures involontaires et elles sont généralement fondées sur une « défaillance fonctionnelle » ou un « dysfonctionnement du service ». La mise en cause pénale d'établissements de santé peut également intervenir en dehors de l'activité de soins comme par exemple en cas de défaut de gestion d'une panne d'électricité[766], en cas d'insécurité des dispositifs et protocoles de prise en charge des patients[767], de travaux non sécurisés réalisés dans l'établissement[768], pour harcèlement moral d'un soignant[769]…

Les conditions de la responsabilité des personnes morales. Aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, deux séries de conditions sont posées pour l'engagement de la responsabilité des groupements : certaines sont liées à la structure mise en cause[770], d'autres à la commission de l'infraction. Il convient donc d'envisager d'abord d'envisager quelles personnes morales pourraient être mise en cause

[762] Cass, 1ère chambre civile, 26 septembre 2018 (n°17-20.143).
[763] Cour d'appel de Paris, 10 avril 2015, 14/05108.
[764] V. sur le choix de la procédure.
[765] J.-B. Thierry, « La responsabilité pénale des établissements de santé », *AJ pénal* 2012, p. 376 et suivants.
[766] Cass. crim., 2 oct 2012, n° 11-88089.
[767] Cass. crim., 3 juin 2014, n° 13-81056.
[768] Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84026, *Revue Droit & Santé* 2016, n° 73, p. 706 et s., obs. A. Ponseille.
[769] Cass. crim., 23 mai 2018, n° 17-81376, Revue Droit & Santé 2018, n° 86, p. 898 et s., obs. A. Ponseille.
[770] V. not. J. Moreau, « La responsabilité pénale des établissements publics de santé et le nouveau code pénal », *AJDA* 1995, p. 620 et s.

pénalement dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales" (1) et pour quel type d'infractions (2) avant de développer quelques pistes à explorer dans le champ de notre recherche (3).

1. Quelles personnes morales ?

Les établissements privés. Les établissements de santé privé définis aux articles L. 6161-1 et suivants du Code de la santé publique, sont regroupés en deux catégories : les établissements à but lucratif et les établissements à but non lucratif. Les premiers sont des cliniques qui peuvent prendre la forme de sociétés de personnes ou de sociétés de capitaux (société à responsabilité limitée, de société anonyme ou de société par actions) : ils acquièrent la personnalité juridique par leur inscription au registre du commerce et des sociétés. En ce sens, une clinique privée peut être mise en cause comme personne morale pour homicide involontaire à la suite d'une césarienne et d'une hémorragie de la délivrance ayant conduit au décès de la patiente[771]. Les seconds sont des établissements de santé à intérêt collectif : certains ne possèdent pas la personnalité morale mais ils sont gérés par des personnes morales de droit privé telles que des associations, fondations, congrégations ou mutuelles[772]. Le Code de la santé publique identifie encore comme relevant de la catégorie des établissements de santé les coopératives hospitalières de médecins qui sont des sociétés d'exercice professionnel[773] : elles prennent la forme juridique de société à responsabilité limitée, de société anonyme ou de société par actions simplifiée et, à ce titre, elles possèdent la personnalité morale. Bien que n'étant pas expressément définie par la loi comme étant des établissements de santé privés, d'autres structures possèdent la personnalité morale : il en est par exemple ainsi des maisons de santé présentées expressément par la loi comme étant des personnes morales constituées entre professionnels médicaux, auxiliaires médicaux ou pharmaciens[774]. Enfin, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'établissements de santé, les sociétés civiles professionnelles et les sociétés d'exercice libéral, en ce qu'elles sont dotées de la personnalité juridique à partir de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés, peuvent engager leur responsabilité pénale. Ainsi, des infractions commises au sein du cabinet du médecin gynécologue géré sous ces formes juridiques seraient susceptibles d'engager la responsabilité pénale de ces sociétés, sous réserve que les autres conditions de l'article 121-2 du Code pénal soient remplies.

Les établissements publics. Aux termes de l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique, « Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public ». Les fondations hospitalières, qui sont des fondations d'utilité publique, peuvent être créées par les établissements de santé publique en vertu de l'article L. 6141-7-3 du même code : elles disposent de la personnalité morale[775]. Il convient de noter qu'à la différence des personnes morales de droit privé, la responsabilité pénale des personnes morales de droit public est plus strictement définie : celle de l'État est exclue et celle des collectivités territoriales et de leurs groupements est limitée aux infractions commises dans l'exercice d'activité susceptible de faire l'objet de convention de délégation de service public. Dès lors, la question a pu se poser de savoir si les établissements de santé publics étaient concernés par cette restriction : la doctrine a suggéré une réponse négative dans la mesure où ils ne pouvaient être considérés comme des groupements de collectivités

771 V. not. en ce sens : Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 16 décembre 2014, 13-87.330, Inédit.
772 CSP, art. L. 6162-2.
773 CSP, art. L. 6163-1 et s.
774 CSP, art. L. 6213-3.
775 CSP, art. L.6141-7-3 : « *Les établissements publics de santé peuvent créer une ou plusieurs fondations hospitalières, dotées de la personnalité morale, résultant de l'affectation irrévocable à l'établissement intéressé de biens, droits ou ressources apportés par un ou plusieurs fondateurs pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif* ».

territoriales, sauf à ce qu'ils soient gérés sous la forme d'un tel groupement mais ils exerceraient alors une activité susceptible d'une délégation de service public (missions relevant du service public hospitalier)[776]. La Cour de cassation fait une interprétation de l'article 121-2 du code pénal en considérant que ce régime spécial et restrictif ne concerne pas les autres personnes morales de droit public tels que les établissements de santé publics, même si cette analyse est peu conforme à l'économie de cette disposition légale[777]. Ainsi, les établissements publics de santé peuvent engager leur responsabilité pénale.

Dépassant le clivage établissement privé de santé / établissement public de santé, d'autres groupements de santé peuvent être mis en cause pénalement à travers la structure juridique de gestion qui pourra seule engager sa responsabilité pénale. Il en est ainsi par exemple :

- des **centres de santé** qui sont gérés par des organismes à but non lucratif ou encore des collectivités territoriales ou leurs groupements, des personnes morales gestionnaires d'établissements privés de santé à but lucratif ou non lucratifs[778] ;
- des **hôpitaux de proximité** qui n'ont pas toujours la personnalité juridique[779].
- Des **maisons de naissance** qui n'ont pas de personnalité morale mais qui sont gérées par des groupements en possédant une[780].

Ainsi, le type de structures juridiques au sein desquelles des "violences gynécologiques et obstétricales" pourraient être commises n'apparaît pas comme étant un obstacle pour l'engagement de leur responsabilité pénale tant ces structures sont, soit dotées de la personnalité juridique ou morale, soit gérées par des groupements qui la possèdent.

2. Quelles infractions ?

Les conditions relatives à l'infraction commise. En vertu de l'article 121-2 du Code pénal, l'infraction commise doit l'avoir été par un organe ou un représentant de la personne morale pour le compte de celle-ci. La responsabilité pénale de la structure de soins peut se fonder sur n'importe quelle infraction, y compris celles qui pourraient permettre d'appréhender des comportements tels que les « violences gynécologiques et obstétricales » (violences volontaires, agressions sexuelles…), depuis que la loi n° 2004-202 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a fait disparaitre le principe de spécialité qui limitait l'engagement de la responsabilité pénale des groupements à certaines infractions seulement. Si le contentieux pénal impliquant les établissements de santé concerne essentiellement les infractions d'homicide et de blessures involontaires commises dans le cadre de prises en charge médicale ou sanitaire défaillantes, une recherche en responsabilité pénale peut concerner d'autres types d'infractions.

La condition relative au fait que l'infraction doit être commise « pour le compte de la personne morale » ne pose pas véritablement de difficultés *a priori*. Cela ne signifie pas qu'elle doit être commise « au nom de » cette structure. Cependant, cette condition est entendue de manière large : la commission de l'infraction doit favoriser la personne morale, en lui permettant un gain, une économie ou en lui évitant une perte. Il conviendra de remarquer que cette condition est souvent présumée tant les juges ne la mentionnent pas et ne la vérifient pas. Il est effectivement possible

[776] J. Moreau, *op. cit.* ; C. Caillé, M. Danti-Juan, « La responsabilité pénale des établissements de santé », p. 41 et s. *in Mélanges en l'honneur de Jean-Henri SOUTOUL*, Bordeaux : Les études hospitalières, 2000, 196 p.
[777] E. Dreyer, *Droit pénal général*, Paris : LexisNexis, 2021, n° 1202.
[778] CSP, art. L. 6313-1 al. 4.
[779] CSP, art. L. 6111-3-1.
[780] CSP, art. L. 6323-4-1 : la SCP, organisme à but non lucratif autre qu'un établissement de santé, groupement d'intérêt public, groupement d'intérêt économique ou groupement de coopération sanitaire.

de considérer qu'une infraction de corruption, de fraude fiscale… puisse être commise « pour le compte » d'une personne morale en ce que ce type d'infractions lui procure une économie. De même, à la rigueur, il peut être admis que les infractions d'homicide ou de blessures involontaires commises à l'encontre d'une patiente le sont « pour le compte de l'établissement » car elles s'expliquent en partie par un manque de moyens nécessaires, cette absence de moyens mis en œuvre ayant permis d'assurer une économie substantielle à la structure de santé. En revanche, il est sans doute plus difficile de justifier la manière dont des infractions volontaires commises par le personnel soignant ou résultant de fautes individuelles, pourraient l'être « *pour le compte* » de la structure de soins, sauf à considérer que, par exemple, le défaut de consentement du patient recueilli avant la réalisation de l'acte, qui permet de qualifier certaines de ces infractions, s'expliquerait pas un empressement du professionnel de santé dû à un manque de personnel soignant pour une prise en charge conforme aux règles déontologiques. Si une telle interprétation n'était pas retenue par les juges, cette condition légale pourrait ainsi être le premier obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale des structures de santé dans le champ de la répression des "violences gynécologiques et obstétricales".

Enfin, l'infraction reprochée doit être commise « par un organe ou un représentant » de la personne morale, ce qui fait de la responsabilité pénale de la personne morale une responsabilité pénale par représentation ou indirecte. Cette condition légalement exigée pourrait également être un obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale des structures de santé pour les "violences gynécologiques et obstétricales dénoncées". Les notions d'« organe » et de « représentant » de la personne morale sont distinctes mais elles ont en commun de ne pas être définies à l'article 121–2 du Code pénal ; elles doivent pourtant être précisément identifiées par l'autorité de poursuites[781]. Est un « organe » la personne qui incarne la personne morale, c'est-à-dire toute personne ou tout ensemble des personnes que la loi dénomme comme ayant cette qualité (directeur, président directeur général, membres du conseil d'administration…), qui agit au nom de la personne morale et qui tire son pouvoir de la loi ou des statuts. Est « représentant » la personne qui agit pour le compte de la personne morale dans ses rapports avec les tiers et qui peut engager la personne morale à l'égard des tiers. Ainsi, le directeur d'un établissement de santé public à la qualité d'organe et de représentant de l'établissement de santé[782] puisqu'il est désigné par l'article L. 6141-4 alinéa 4 du Code de la santé publique comme ayant, avec le directoire, des fonctions de direction. Dans les établissements de santé privés, exercera ces fonctions le président, le PDG, le directeur, ou le gérant en fonction de la structure juridique de ses établissements. Dans le cas où l'infraction reprochée est sans lien avec l'activité de soins, elle peut sans trop de difficulté être imputable à l'organe ou au représentant de la structure pour conduire à la responsabilité pénale de cette dernière. Dans le cas où l'infraction reprochée est en lien avec l'activité de soins, en raison d'une prise en charge inadaptée, elle prend en général la forme d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires et c'est en premier lieu au personnel soignant, qui n'a que très exceptionnellement les qualités cumulées de personnel soignant et d'organe/représentant de l'établissement de santé, que cette infraction est imputable. En effet, la Cour de cassation a précisé que « les décisions purement médicales ne ressortissent pas du pouvoir d'administration et de direction des organes et représentants de la personne morale, mais uniquement de la médecine qui est en totalité détachable »[783]. Pour que cette même infraction puisse être imputable à l'organe ou un représentant de l'établissement de santé et puisse permettre l'engagement de la structure de santé, le juge procède d'une manière qui peut paraître artificielle : l'organe ou le représentant de l'établissement ne pouvant être regardé la plupart du temps comme étant "l'auteur matériel" du

[781] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 16 décembre 2014, 13-87.330, Inédit. Dans cet arrêt la cassation est encourue en raison d'une absence d'identification de l'organe ou du représentant qui serait à l'origine d'un homicide involontaire.
[782] TC Paris, 3 septembre 2003, n° 99/26423046.
[783] Cass. crim., 13 décembre 2011, n° 11-81330.

dommage, les juges recherchent « un dysfonctionnement du service » ou « une défaillance fonctionnelle », pour reprendre les expressions prétoriennes[784], qui peut constituer une faute imputable à l'organe ou au représentant de l'établissement de santé, chargé du bon fonctionnement et de la sécurité des services de l'établissement qu'il dirige, et qui est également à l'origine du dommage : il peut s'agir d'un manque de personnel ayant conduit à une surveillance discontinue du patient en lien de causalité certain avec les préjudices, par exemple.

Les hypothèses de responsabilité pénale de l'établissement. Si le professionnel de santé auquel il est reproché d'avoir eu un comportement fautif est en même temps l'organe ou le représentant de la structure de santé, la responsabilité pénale de l'établissement ou la structure de santé pourra être retenue. En revanche, si le professionnel de santé auquel de tels faits sont reprochés n'a pas ces qualités en ce qu'il est seulement employé par cette structure, il ne sera pas possible, sauf au prix d'une contorsion des conditions de l'article 121-2 du Code pénal peu respectueuse du principe de légalité, d'imputer de telles infractions, en qualité d'auteur, à l'organe ou au représentant de l'établissement de santé. La jurisprudence ne nous donne pas d'exemple en ce domaine. Cependant, il pourrait parfois être retenu que certaines défaillances comme un défaut de recueil du consentement de la patiente seraient la conséquence de conditions de travail dégradées imposées par une mauvaise gestion du personnel, ne permettant pas aux professionnels de santé de prendre le temps de recueillir ce consentement. On pense encore à l'application de protocoles non conformes aux données acquises de la science qui pourrait être critiquée.

3. Les pistes à explorer

Une autre piste mériterait sans doute d'être explorée : l'article 121-2 du Code pénal prévoit que la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée « selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 » du Code pénal, ce qui permet d'envisager que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être retenue au titre de la complicité définie à l'article 121-7 du Code pénal. Aussi pourrait-il être reproché à l'organe ou au représentant de l'établissement de santé au sein duquel des comportements ou des situations ont été dénoncées, la participation à de telles infractions en qualité de complice. À cette fin, il faudrait que les faits reprochés à l'organe ou au représentant de l'établissement de santé public correspondent à l'une des formes de participation prévues par le code pénal. Parmi celles-ci, il conviendra sans aucun doute d'écarter la fourniture d'instructions et la provocation à la commission de l'infraction, définie à l'article 2nd de cette disposition légale, tout comme l'assistance qui suppose la présence du complice sur les lieux des faits. Serait-il possible de retenir une participation par aide ? On rappellera que, par principe, au sens de l'article 121-7, l'aide suppose une action mais la jurisprudence a pu considérer que l'abstention ou l'inaction pouvait être constitutive d'une aide au sens de l'article 121-7 lorsque la loi imposait à l'agent d'agir pour éviter l'infraction et que celui-ci s'abstenait. Cependant, encore faut-il que cette abstention « dénote la volonté de s'associer au comportement principal »[785], ce qui semble difficile à caractériser.

Autres qualifications. En outre, parallèlement à la mise en cause pénale directe des professionnels de santé sous diverses qualifications pénales, l'établissement de santé pourrait voir sa responsabilité pénale engagée pour deux infractions susceptibles d'être imputables à l'organe ou au représentant de l'établissement de santé, public ou privé. La première infraction est l'omission d'empêcher une infraction, infraction définie à l'alinéa 1er de l'article 223-6 du Code pénal qui dispose que « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de

[784] Ce vocabulaire est emprunté à la jurisprudence administrative : CE, 27 juin 2005, n° 250483 CHG Pau, *AJDA* 2005, p. 1434.
[785] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1129.

le faire et puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». A titre d'exemple, face à des pratiques de viol ou d'agressions sexuelles, cette infraction pourrait être reprochée aux personnels de direction de l'établissement de santé qui, informés de ce qu'un professionnel de santé exerçant au sein de l'établissement commettait de tels faits (confidences d'un professionnel de santé ayant assisté à de tels faits, plainte de la victime…), ne seraient pas intervenus, de manière volontaire, pour mettre fin à de tels agissements. Il pourrait être démontré sans difficulté que l'infraction a été commise "pour le compte" de l'établissement de santé - au sens du code pénal - car l'inaction de la direction permet de ne pas évincer un membre de ses équipes et ainsi de conserver ses effectifs. La seconde infraction pouvant fonder la responsabilité pénale de l'établissement de santé pourrait être l'infraction de non-dénonciation d'un crime tel que prévu à l'article 434-1 du Code pénal : « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Aucun obstacle ne semble s'opposer à l'application de l'article 121-2 du Code pénal au regard des conditions exigées pour sa mise en œuvre. L'engagement de la responsabilité pénale de l'établissement de santé pour cette infraction serait cependant limité à l'hypothèse où les « violences gynécologiques et obstétricales » recevrait une qualification criminelle[786]. L'une et l'autre de ces qualifications pénales supposent cependant pour être retenues que soit rapportée la preuve de la connaissance par l'organe ou le représentant de la structure de santé ait constaté ou ait été informé des comportements répréhensibles commis par les professionnels de santé.

Modalités de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales. Aux termes du dernier alinéa de l'article 121-2 du Code pénal, « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121–3 ». De la lecture de ces dispositions, il faut déduire que la responsabilité pénale de la personne morale peut être seule retenue mais qu'elle peut également se cumuler avec celle des personnes physiques qui ont participé à la réalisation des faits.

Au regard des éléments réunis, il n'apparaît pas exclu que la responsabilité pénale des établissements de santé soient recherchées et retenues pour des "violences gynécologiques et obstétricales" dans certaines hypothèses, les peines applicables seraient alors celles prévues par les articles 131-39 et suivants du Code pénal. Enfin, la responsabilité pénale de l'organe ou du représentant de l'établissement de santé pourra se cumuler avec celle de l'établissement de santé pour les infractions retenues si les juridictions l'estiment nécessaire.

C. La responsabilité internationale de l'État

La responsabilité de l'État mérite d'être envisagée car elle pourrait être recherchée sur le fondement de ses engagements internationaux, notamment en matière de droits de l'Homme. Considérée comme des formes de violences systémiques par certaines institutions de protection des droits fondamentaux, les violences gynécologiques et obstétricales pourraient être imputées à des Etats qui ne se préoccupent pas suffisamment des modalités de prises en charge de certaines patientes. Il est important de dire, à titre liminaire, que la France n'a jamais été condamnée sur le fondement d'un texte international de protection des droits fondamentaux par les instances compétentes mais les récentes décisions rendues en ce domaine ouvrent des perspectives nouvelles et incitent à la plus grande vigilance des autorités publiques.

[786] Par exemple la qualification de viol prévu à l'article 222-23 du code pénal.

Une décision contre l'Espagne. En Europe, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de l'ONU a rendu une décision contre l'Espagne en affirmant qu'une femme ayant vécu des violences obstétricales devrait être indemnisée par l'Etat. Le comité a d'ailleurs affirmé que ces violences étaient « systématiques dans leur nature et enracinées dans les systèmes de santé »[787]. Dans cette affaire, une femme, enceinte de 38 semaines a été déclenchée à la suite d'une rupture de la poche des eaux, sans avoir été clairement informée de la situation et de ses implications. Elle avait subi ensuite une multitude de touchers vaginaux et n'avait pas été autorisée à manger. Cette femme a finalement subi une césarienne sans justification médicale, sans son consentement et sans information adéquate. Pendant l'intervention, elle avait été attachée les bras écartés et avait été privée de la présence de son partenaire. Elle se plaignait également de la présence d'étudiants dans la salle, invités à assister à la césarienne sans qu'elle ait donné son consentement. Après la naissance de son enfant, elle a été privée de tout contact avec lui (en raison de ses bras attachées) et de la possibilité de faire du peau-à-peau. Après cette naissance, on lui a diagnostiqué des troubles anxieux et un stress post-traumatique en lien avec cette naissance. Le comité rappelle notamment à l'Espagne qu'elle doit « respecter l'autonomie des femmes et leur capacité à prendre des décisions éclairées concernant leur santé reproductive en fournissant des informations complètes à chaque étape de l'accouchement » et s'assurer que « leur consentement libre, préalable et éclairé soit obtenu pour tout traitement invasif pendant l'accouchement ».

La condamnation de l'Argentine. Une décision de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme *Britez Arce et autres c. Argentine*[788] retient la responsabilité de l'Argentine dans une affaire de violences obstétricales. Il s'agissait de sanctionner les défaillances dans la prise en charge d'une femme souffrant d'hypertension décédée à la suite de la découverte – à l'occasion d'une échographie – de la mort de son enfant *in utero*. Son décès était imputable à sa pathologie mais également et principalement aux défauts observés dans sa prise en charge. Dans le cadre de cette décision, la Cour interaméricaine prend position sur les violences obstétricales en les reconnaissant comme des violences de genre qui s'expriment principalement par un traitement déshumanisant, irrespectueux, abusif ou négligent des femmes enceintes ; dans le défaut d'information sur l'état de santé et les traitements susceptibles d'être fournis aux femmes, dans le recours à des interventions médicales forcées et dans la tendance à "pathologiser" les processus reproductifs naturels. Selon la Cour, la requérante n'a pas reçu le traitement médical dont elle avait besoin au regard des facteurs de risque propres à sa grossesse (hypertension connue). Elle n'a pas non plus été informée sur les traitements alternatifs et leurs implications. Il est donc affirmé qu'elle a été victime de violences obstétricales qui ont conduit à son décès[789].

L'Argentine est considérée comme responsable de la violation du droit à la vie de la mère, de son droit à l'intégrité et à la santé. Les deux enfants aînés de cette femme ont également été considérées comme des victimes de violations de leurs droits à un traitement humain, à un procès équitable, à la protection de la famille, aux droits des enfants et au droit à un recours effectif. Ces droits garantis par la Convention interaméricaine des droits de l'Homme ont été violés par l'Argentine qui n'a pas permis leur respect dans le cadre de son système de santé. Cette décision historique ouvre des perspectives quant à la mobilisation du droit dans le champ des violences gynécologiques et obstétricales.

---

[787] https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/spain-responsible-obstetric-violence-un-womens-rights-committee-finds.

[788] CIDH, 16 nov. 2022, *Britez Arce et autres c. Argentine*, disponible en ligne : https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf

[789] Ces éléments sont tirés d'une traduction libre de la décision précitée.

La France et le respect des droits de l'Homme. Au regard de la dimension systémique et structurelle de certaines défaillances reprochées aux services de santé en France[790], il est possible que certaines d'entre elles soient imputables à l'Etat. Dans la mesure où des comportements fautifs ou des dysfonctionnements pourraient ne pas être reconnus comme tels par les juridictions françaises, les victimes pourraient, après épuisement des voies de recours internes, saisir la Cour européenne des droits de l'Homme. Le contentieux qui nous intéresse dans le cadre de cette recherche pourrait avoir des échos sur le terrain du respect du droit à la vie privée et familiale (art. 8 CESDH) ou encore de la prohibition des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CESDH), éventuellement aussi sur le terrain du droit à la vie (art. 2 CESDH). Pour l'heure, il n'existe pas de contentieux en ce domaine, sauf en matière de stérilisations forcées qui représentent des cas extrêmes[791]. Cependant, au regard de l'ampleur du phénomène de dénonciation des violences gynécologiques et obstétricales à travers l'Europe et le monde, des développements de la jurisprudence sont à attendre en ce domaine.

Section 3 : Prouver les violences gynécologiques et obstétricales

Dans un sens commun, la preuve est ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait. Dans un sens juridique, la preuve peut être définie comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi.

Le droit de la preuve s'articule autour de trois questions. La première est celle de ce qui doit être prouvé. C'est l'objet de la preuve. En matière de « violences gynécologiques », plusieurs éléments doivent être prouvés afin d'établir un acte de violence gynécologique :

- un comportement susceptible d'être qualifié de faute ou d'infraction pénale
- les éventuelles conséquences de ce comportement pour la victime

La deuxième question est celle de la personne qui doit prouver. C'est la charge de la preuve. La troisième est celle de la manière dont on peut prouver, ce sont les modes de preuve.

Les questions de la charge de la preuve (§1) et des modes de preuve (§2) présentant une certaine complexité, elles seront successivement abordées.

§1. La charge de la preuve

La règle est générale et concerne l'ensemble des contentieux : la preuve incombe au demandeur mais le défendeur excipant qui forme à son tour une demande en réponse devient demandeur (*actori incumbit probatio* et *reus in excipiendo fit acto*). Dans le contentieux indemnitaire des "violences gynécologiques et obstétricales", le demandeur à l'action sera la patiente, le patient ou l'un de ses proches ayant subi un préjudice du fait du comportement fautif. Dans le contentieux disciplinaire ou pénal, l'action est mise en œuvre par l'autorité professionnelle ou le ministère public. En effet, dans le procès pénal, c'est sur le procureur de la République que pèse la charge de la preuve. Cependant, même dans les procédures répressives, la victime collabore et sera sollicitée pour apporter tous les éléments de preuve qui sont en sa possession. Aussi, en matière d'administration de la preuve, contentieux indemnitaire et contentieux pénal méritent d'être distingués notamment en raison des particularités du procès pénal (B).

[790] V. Partie 1.
[791] V. not. Cour EDH, *Anc.* 4e Sect. 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovaquie*, Req. n° 18968/07.

A. La preuve dans le contentieux indemnitaire

La charge de la preuve pèse sur le demandeur. Classiquement, c'est sur le demandeur à l'action – la patiente ici – que pèse la charge de la preuve[792]. Il lui reviendra de prouver le manquement allégué et ses conséquences préjudiciables, autrement dit les préjudices qui en résultent. Concernant celle du manquement dénoncé, dans la majorité des cas, c'est à la patiente de faire la preuve du comportement du professionnel de santé et du caractère fautif de celui-ci.

Renversement de la charge de la preuve. Cependant, si l'acte dénoncé résulte d'un manquement du professionnel à l'obligation d'information, la jurisprudence a admis un renversement de la charge de la preuve. En effet, cela signifie que le comportement du professionnel de santé et le caractère fautif de celui-ci seront présumés jusqu'à preuve du contraire. La patiente n'a pas à en apporter la preuve. C'est au professionnel de santé qu'il appartient de prouver qu'il a correctement exécuté l'obligation d'information à laquelle il est tenu, autrement dit, qu'il n'existe aucun défaut d'information[793]. En matière de responsabilité civile ou administrative, cela signifie qu'une faute sera caractérisée chaque fois que le professionnel ne sera pas en mesure de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information.

Focus sur la preuve de l'exécution de l'obligation d'information

Nombreux sont les professionnels de santé, gynécologues, sages-femmes, notamment, à exprimer des inquiétudes concernant la preuve de l'exécution de l'obligation d'information à laquelle ils sont tenus. Compte tenu des enjeux en présence, à savoir leur mise en cause par l'engagement de leur responsabilité ou de celle de leur employeur, cette preuve est essentielle. Les formulaires de consentement tendent à se développer en matière médicale. Toutefois, leur existence ne prémunit pas les professionnels de santé de l'engagement de leur responsabilité, pas plus que leur absence ne les expose à un tel engagement. Pour véritablement prémunir le professionnel contre toute responsabilité, ce formulaire doit dispenser une information claire et loyale au patient ; pour ce faire, elle doit notamment être intelligible pour ce dernier et adaptée à sa situation. À défaut, la responsabilité du professionnel pourra être engagée en dépit de son existence[794].

A contrario, l'absence d'un tel formulaire n'engage pas nécessairement la responsabilité d'un professionnel de santé. L'obligation d'information est un fait juridique, sa preuve est libre et peut donc se faire par tous moyens. La seule affirmation par le professionnel qu'il a transmis l'information ne suffit pas bien sûr. En revanche, dès lors que cette affirmation est corroborée d'autres éléments capables de constituer des présomptions graves, précises et concordantes établissant la preuve de l'exécution de cette obligation, l'exécution de l'obligation d'information pourra être prouvée. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans une espèce dans laquelle la responsabilité d'un gynécologue était recherchée[795]. Ces éléments peuvent être : l'existence de plusieurs entretiens avec le professionnel, les mentions figurant dans le dossier médical, une prise de décision après un temps de réflexion important, la manifestation d'une anxiété préalablement à l'intervention[796].

[792] Article 1353 du Code civil.
[793] V. supra sur l'information.
[794] CA Chambéry, 1re ch., 13 sept. 2022, n° 20/00704 : JurisData n° 2022-015101.
[795] Civ 1ère, 4 janvier 2005, n°02-11.339.
[796] Civ 1ère, 14 octobre 1997, n°95-19.609.

B. La preuve dans le contentieux pénal

Dans le cadre de la procédure pénale, le demandeur au procès est le ministère public qui est chargé de mettre en mouvement l'action publique. Il doit donc prouver les faits infractionnels qui font l'objet de ses poursuites. Le fondement de cette règle tient à la présomption d'innocence qui existe en faveur de la personne mise en cause. C'est donc au ministère public, éventuellement avec la participation de la partie civile, d'apporter la preuve de chaque élément constitutif de l'infraction dont il cherche à prouver l'existence.

La présomption d'innocence. Elle est à la fois un droit fondamental et un principe cardinal de la procédure pénale. La valeur constitutionnelle de la présomption d'innocence a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision en date des 19 et 20 janvier 1981[797]. Pour le Conseil constitutionnel comme pour la Cour européenne des droits de l'Homme[798], en vertu de ce principe, il incombe à l'accusation d'apporter la preuve de la culpabilité. L'autre dimension de cette présomption offre à son titulaire le droit de ne pas être présenté publiquement comme coupable d'une infraction.

Spécificités en matière d'administration de la preuve. La particularité de la procédure pénale est liée au fait que ce sont les autorités publiques qui mettent en œuvre des moyens de recherche des preuves pour établir la constitution de l'infraction. Aussi, les enquêteurs de police judiciaire[799], les membres du ministère public[800] ainsi que les juges d'instruction éventuellement saisis[801] sont compétents pour solliciter tous les actes qu'ils estiment pertinents pour mettre au jour l'éventuelle commission d'une infraction : réquisitions, perquisitions, saisies, auditions, confrontations, reconstitutions, expertises... Les autorités publiques ont l'obligation d'enquêter et de réunir des preuves « à charge et à décharge »[802]. Le ministère public est notamment titulaire du pouvoir de requérir la force publique directement dans l'exercice de ses fonctions[803].

§2. Les modes de preuve

La preuve peut être définie comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi. Par « formes admises par la loi », on fait référence aux modes de preuve, c'est-à-dire à la façon dont l'acte dénoncé au titre des "violences gynécologiques et obstétricales", ou l'absence d'un tel acte, est prouvé. L'un et l'autre constituent un fait juridique. Leur preuve est donc libre, même si cette liberté n'est pas sans limite, et peut intervenir par tout moyen. Patiente et professionnel pourront donc recourir à des moyens très variés pour établir l'existence des faits. Dans ce paragraphe, seront classiquement abordés le principe de liberté de la preuve dont bénéficient les patients (A) et les différents modes de preuve qui peuvent être mobilisés dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales" (B). De plus, seront approfondis deux éléments particuliers mis en exergue par la recherche à savoir le recours à l'expertise (C) et la mobilisation du dossier médical (D).

---

797 Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, no 80-127 DC. – Cons. const. 8 juill. 1989, no 89-258 DC . – Cons. const. 2 févr. 1995, no 95-360.
798 V. not. CEDH 13 janv. 2005, Capeau c. Belgique, req. no 42914/98 , RSC 2006. 451, obs. Massias.
799 Art. 14 CPP.
800 Art. 41 CPP.
801 Art. 81 CPP.
802 Art. 39-3 CPP et Art. 81 CPP.
803 Art. 42 CPP.

Selon l'article 1358 du Code civil, « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». La loi organise des règles particulières en matière probatoire pour les actes juridiques, il en résulte *a contrario* que la preuve des faits juridiques est libre. Les faits juridiques sont définis par le Code civil comme « des agissements ou des évènements auxquels la loi attache des effets de droit »[804]. En matière médicale, tout le déroulement d'un suivi gynécologique ou obstétrical est susceptible d'être appréhendé par la catégorie "fait juridique". Ainsi, un comportement fautif est un fait juridique car il est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. A titre d'exemple une manœuvre imposée, comme un décollement des membranes, sans l'accord de l'intéressée, est un fait juridique. Les infractions pénales sont également des faits juridiques donc leur preuve est libre[805]. Tout type de preuve pourra être mobilisé, afin d'établir la réunion des éléments constitutifs de l'infraction. En ce sens, des témoignages du partenaire ou des personnels présents ce jour-là, des éléments du dossier médical ou encore des témoignages de patientes ayant déjà rencontré des difficultés avec le même professionnel pourront utilement être mobilisés.

Limites : l'exigence relative de loyauté de la preuve. Dans les procédures indemnitaires, il existe un principe de loyauté de la preuve selon lequel les procédés destinés à produire des éléments de preuve ne devraient pas être excessivement attentatoires à la vie privée du défendeur ou encore être menés à l'insu de la personne concernée. En droit de la responsabilité, théoriquement, cette exigence de loyauté de la preuve s'applique, pouvant conduire à écarter certains éléments obtenus de manière déloyale. Cependant, la jurisprudence tend à s'assouplir. Il est déjà admis que le juge apprécie, en application du principe de proportionnalité, la recevabilité de la preuve. Et récemment, la chambre sociale a admis de manière conditionnée la recevabilité d'une preuve illicite. Elle considère en effet qu'une preuve tirée d'un dispositif de vidéosurveillance ou de badgeage illicite utilisé contre un salarié n'est pas en soi irrecevable en justice, en particulier si l'employeur démontre le caractère indispensable à l'exercice de son droit à la preuve. Tel n'est pas le cas si l'employeur disposait d'autres moyens de preuve[806]. Les demandeurs devront être vigilants aux moyens utilisés pour obtenir des preuves. A titre d'exemple, un enregistrement vidéo d'une consultation à l'insu du praticien pourrait être considéré comme déloyal et ainsi irrecevable dans le cadre de la procédure indemnitaire.

En matière pénale, l'exigence de loyauté des preuves est limitée à un champ d'application bien plus restreint. En effet, la loyauté n'est exigée que pour les preuves apportées par les autorités publiques (policier, procureur, juge d'instruction). *A contrario*, les particuliers peuvent apporter tout type de preuve, y compris lorsque celle-ci a été obtenue par un procédé illégal comme un enregistrement de propos à l'insu de leur auteur. En effet, selon la Cour de cassation « aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire »[807]. Aussi sont recevables des enregistrements de conversations privées[808], audio ou vidéo et même des preuves obtenues par le biais d'une infraction. Ainsi, l'enregistrement d'une consultation à l'insu d'un professionnel de santé serait sans doute recevable à titre de preuve dans une procédure pénale. S'agissant des autorités publiques en revanche, elles ne peuvent pas obtenir de preuves par le biais de procédés

[804] Art. 1100-2 CP.
[805] Art. 427 CPP.
[806] V. not. 3 arrêts : Soc. 8 mars 2023, et not. n° 21-17802.
[807] Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83395.
[808] V. not. Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88118.

déloyaux. A cet égard, un système d'écoute ou de vidéosurveillance ne pourrait pas être installé au sein d'un cabinet en dehors des conditions légales de recours à un tel procédé.

B. Les différents types de preuves dans le domaine médical

Aucun mode de preuve particulier n'est donc exigé pour établir l'existence des faits dénoncés au titre des "violences gynécologiques et obstétricales". Mais tous les modes de preuve n'ont pas la même force probante, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas tous la même force de persuasion. Tel est en effet l'enjeu de la preuve : convaincre de l'existence d'un fait. Si le témoignage de l'entourage d'une patiente faisant état de troubles dans l'existence, par exemple, est une preuve parfaitement admissible, on comprendra aisément que sa force probante soit moindre que celle de constatations médicales qui paraissent, *a priori*, moins empreintes de subjectivité.

1. Faisceaux d'indices et présomptions

Les présomptions sont des conséquences tirées d'un fait connu (ici ce peut être une attitude, l'absence d'autres causes possibles ou encore une temporalité par exemple) à un fait inconnu (ici, le fait qu'il faut démontrer, l'acte par exemple). C'est un procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile d'un fait connu (on parle de déplacement de l'objet de la preuve). Elles s'appuient sur le *plerumque fit*, adage faisant référence à ce qui se produit le plus souvent pour désigner le rapport de fréquence, source de vraisemblance. Le raisonnement présomptif repose sur la preuve indiciaire[809]. Ces indices doivent forger la conviction du juge quant à l'existence d'un fait, en l'occurrence ici la violence dénoncée. A titre d'exemple, s'agissant de la preuve du recueil du consentement, plusieurs témoignages de patientes qui décrivent le déroulement des consultations avec un même praticien en indiquant qu'il demande systématiquement leur consentement pour tout examen constitue un faisceau d'indices, de nature à faire naître une présomption de recueil de consentement systématique auprès des patientes. De la même façon, si un praticien accomplit régulièrement des actes qui portent atteinte à l'intégrité des patientes comme des épisiotomies systématiques et qu'une femme se plaint d'avoir subi une épisiotomie sans son consentement, alors la trace d'épisiotomies dans tous les dossiers de ses patientes et les témoignages concordants d'autres patientes en ce sens pourrait faire naître une présomption de comportement fautif.

2. Témoignages

La recevabilité de principe des témoignages. Dans le cas d'une patiente qui allègue qu'un professionnel de santé a commis un acte de violence à son encontre (des propos déplacés au cours d'un accouchement par exemple), il est peu probable que cet acte soit consigné dans le dossier médical de la patiente (*a fortiori* s'il s'agit de propos déplacés). Celle-ci ne disposera donc d'aucun moyen écrit de prouver cet acte. En revanche, d'autres professionnels de santé peuvent avoir assisté à l'acte et sont susceptibles d'attester son existence. Peuvent-ils témoigner sans s'exposer à manquer à leur obligation de confraternité ou violer le secret médical de la patiente ? Envisageons d'abord la possibilité de témoigner pour les professionnels de santé (a) avant de considérer les contours des obligations de révéler des faits (b).

a) La possibilité de témoigner pour les soignants

[809] J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, Bruylant, 1935, p. 237 ; F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 246.

Témoignages et secret médical. Le secret médical est fondé sur l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique selon lequel : « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ». Le respect du secret médical apparaît en tout premier lieu comme une règle déontologique[810], une obligation que se doit de respecter le professionnel de santé et déclinée dans le code de la santé publique pour les diverses professions de santé[811]. Si les professionnels de santé doivent respecter le secret professionnel, ils sont tenus également de le faire respecter par les personnes avec lesquelles ils travaillent[812]. Ce devoir qui pèse sur le praticien est à la fois « *une obligation de se taire et un droit au silence* ». Le champ des informations couvertes par le secret médical est large. Il ne s'agit pas des seules informations confiées par le patient au professionnel de santé : comme l'a indiqué la Cour de cassation, est couvert par le secret professionnel tout ce que le praticien « peut personnellement constater, découvrir ou déduire à l'occasion de l'exercice de sa profession »[813]. Cette définition de l'objet du secret médical a été reprise et complétée par la loi du 4 mars 2002 : « […] ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé » (art. L. 1110-4 alinéa 2 CSP). Le secret médical, on l'a vu précédemment, a pour enjeu à la fois la préservation d'un intérêt collectif à travers la promotion de la santé publique et la protection d'un intérêt privé : l'intimité des patients.. Dès lors, ces patients pourraient-ils demander à un soignant de témoigner pour eux ? Plus généralement, le secret médical a-t-il une incidence sur les possibilités de dénoncer des "violences gynécologiques et obstétricales" pour un professionnel de santé ?

Concernant la possibilité pour une patiente de solliciter le témoignage d'un soignant, elle se matérialise en pratique par l'établissement d'une attestation. Chacun a pu un jour solliciter de son médecin généraliste ou spécialiste une attestation ou un certificat médical, pour la pratique d'une activité sportive par exemple. Une telle demande est rendue possible par le fait que le secret médical n'est pas opposable au patient (qui a au demeurant un droit d'accès à son dossier médical)[814]. Dès lors, la patiente peut demander à un professionnel de santé d'établir une attestation par laquelle il fait état des constatations qu'il a pu réaliser et qui confirme (ou non) les griefs formulés par la patiente. Il s'agit là d'une possibilité et non d'une obligation, la remise d'un certificat ne s'imposant aux professionnels de santé que dans les cas prévus par la loi (certificat de naissance ou de décès, accident du travail, maladie professionnelle, etc.). Dans les autres cas, le professionnel de santé n'est pas tenu d'accéder à la demande de la patiente et s'il le fait, il doit être attentif à établir son attestation dans le respect des règles déontologiques, au premier rang desquelles se trouve le secret médical. Ainsi, l'attestation ne peut être remise qu'entre les mains de la patiente (ou de son représentant légal) à l'exclusion de toute autre personne. Il appartient ensuite à la patiente de décider de l'usage de cette attestation et en particulier de révéler ou non les informations qu'elle contient[815]. Le témoignage d'un médecin qui porte sur des informations couvertes par le secret, peut être écarté des débats ou annulé si le titulaire du secret n'y a pas consenti et des sanctions

[810] B. Feuillet-Le Mintier, « Les fondements du secret médical », *Responsabilité*, septembre 2001, n°3, p.25 et s.
[811] Art.R.4127-4 CSP pour les médecins ; art.R.4127-206 CSP pour les chirurgiens-dentistes ; art.R.4235-5 CSP pour les pharmaciens ; art.L.4314-3 CSP pour les infirmiers et infirmières …
[812] Art.R.4127-72 CSP ; notons qu'ils n'engageront pas leur responsabilité pénale pour un fait commis par autrui en raison du principe de responsabilité pénale personnelle prescrit à l'article 121-1 du code pénal, mais seulement leur responsabilité disciplinaire.
[813] Cass. crim., 17 mai 1973, n°72-91.572, *précit.* ; *RSC*, 1974, p.369, obs. G. Levasseur ; Cass. crim., 18 octobre 1977, *D.*, 1978, p.94 et s., note A. Brunois.
[814] Articles R.1111-1 et suivants du Code de la santé publique.
[815] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, 394.

disciplinaires sont encourues par le médecin[816]. Un médecin sollicité pour établir une attestation au soutien de la plainte d'une victime méconnaît ainsi le secret médical en adressant son courrier directement à l'avocat de la victime[817]. En outre, le Conseil d'État a pu rappeler à plusieurs reprises que l'interdiction d'établir un rapport tendancieux ou un certificat de complaisance[818] et l'obligation de confraternité[819] « s'imposent à tout médecin, y compris celui qui est librement sollicité par un particulier en vue d'apporter son concours, par des analyses ou des conseils, dans le cadre d'un litige ou d'une expertise »[820]. Ainsi, le contenu de l'attestation doit porter sur les constatations médicales opérées par le professionnel, consignées en des termes techniques mais compréhensibles, pouvant reproduire les propos de la patiente mais en les lui imputant clairement et ne contenant pas de propos dépréciatif quant à la pratique professionnelle d'un confrère ou d'une consœur. Dans le cadre des « violences gynécologiques et obstétricales », cela pourra donc porter sur les observations faites par le médecin sur le corps de la victime, mais également consister en un récit neutre du déroulé de la consultation, intégrant éventuellement le ressenti de la patiente, mais en lui imputant explicitement le récit de ce vécu et sans porter de jugement dépréciatif sur l'attitude du confrère ou de la consœur. A défaut, le médecin est, là encore, passible de sanctions disciplinaires[821].

Concernant la possibilité pour un professionnel de santé de dénoncer des « violences gynécologiques et obstétricales », il est important de rappeler que ces informations couvertes par le secret professionnel (médical), lequel bénéficie d'une protection pénale. En effet, aux termes de l'article 226-13 du Code pénal « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». Cependant, l'article 226-14 du Code pénal dispose que « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret », sous-entendu le délit de violation du secret professionnel n'est pas constitué dans pareilles circonstances. Parmi ces hypothèses, une pourrait concerner le professionnel de santé ayant constaté les agissements critiquables d'un autre professionnel ou auquel la patiente victime de tels comportements se serait confiée. En effet, l'infraction de violation du secret professionnel n'est pas appliquée, en vertu de l'article 226-14, 2° : « Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ». Dans ce cas, le signalement se fait directement au procureur de la République. Si cela peut sans doute être envisagé assez simplement *a priori* pour un professionnel

816 E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, 397.
817 V. par ex. CE, 18 juillet 2018, n°418910.
818 Article R.4127-28 du Code de la santé publique
819 Article R.4127-56 du Code de la santé publique. Le conseil de l'ordre des médecins commente ainsi l'article : « Il ne s'agit pas d'une manifestation de corporatisme mais d'une solidarité et d'une entraide nécessaires à l'accomplissement de la mission médicale. (…) lorsqu'un médecin croit découvrir une erreur commise par un confrère, la meilleure conduite consiste à entrer en rapport avec lui. Il en est de même en bien d'autres circonstances. Le patient ne doit jamais être l'objet ni même le témoin d'affrontements entre praticiens qui se disent confrères. Le médecin ne doit jamais médire d'un confrère dans l'exercice de sa profession, mais plutôt prendre sa défense s'il est injustement attaqué ». Disponible sur https://www.conseil -national.medecin.fr/code-deontologie/rapport-medecins-membres-professions-sante-art-56-68-1/article-56-confraternite.
820 V. par ex., CE, 18 juillet 2018, n°418910 et 406470, respectivement considérant 4 et 2.
821 V. par ex., CE, 18 juillet 2018, n°418910 et 406470

de santé exerçant à titre libéral, il est peu probable qu'un professionnel de santé au sein d'une structure se passe de l'aval de son supérieur hiérarchique qui pourrait finalement décider de ne pas transmettre l'information au ministère public.

Par ailleurs, les conditions pour bénéficier de cette autorisation de la loi sont strictement définies. Il faut, d'une part, que le professionnel de santé soit en mesure de les constater (que les sévices soient physiques ou psychiques) ce qui ne sera peut-être pas toujours aisé pour le professionnel de santé consulté. Il convient, d'autre part, de recueillir par principe l'accord de la victime. Une exception est posée au recueil du consentement consistant dans la minorité de la victime ou le fait que la personne n'est pas en mesure de se protéger en raison d'une incapacité physique ou psychique. Ainsi, le consentement de la victime devra être la plupart du temps recueilli pour valider cette autorisation. La seule souplesse prévue pour le bénéfice de cette autorisation de la loi est la présomption « que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises » qui est suffisante pour la dénonciation.

Outre cette possibilité de dénoncer des faits de « violences gynécologiques et obstétricales », il faut s'interroger sur le point de savoir si certaines de ces violences pourraient rentrer dans le champ des quelques obligations faites au médecin de révéler des informations à caractère secret.

b) Les obligations de révéler des faits

Les obligations de révélation d'informations à caractère secret. L'article 226-14 du Code pénal indique encore que le délit de violation du secret professionnel n'est pas constitué « dans les cas où la loi impose […] la révélation du secret ». Il est un cas qui pourrait concerner plus particulièrement les professionnels de santé exerçant dans des structures publiques, ayant constaté des « violences gynécologiques et obstétricales » ou ayant été informés de pareils faits. En effet, l'alinéa second de l'article 40 du Code de procédure pénale dispose que « tout officier public ou fonctionnaire qui dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit », doit en informer le parquet. Il est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements qui y sont relatifs. Cette obligation de dénoncer ne concerne pas seulement les hypothèses dans lesquelles le professionnel de santé a la certitude de l'exactitude des faits délictuels ou criminels. Il suffit que le professionnel de santé ait eu lui-même connaissance des faits qu'il rapporte. S'il est admis que cette disposition du Code de procédure pénale est applicable aux médecins exerçant au sein de structures publiques, elle devrait néanmoins être appliquée dans les limites du secret propre à cette profession. En effet, il convient de noter cependant que l'application de ces dispositions légales sans précaution aux professionnels de santé exerçant dans des structures publiques pourrait porter atteinte au secret professionnel. Par ailleurs, les modalités d'avis donné au parquet des crimes ou délits portés à la connaissance du professionnel de santé ne sont pas prévues par le texte, ce qui peut dissuader le professionnel de santé d'intervenir. De plus, le fait pour un professionnel de santé, agent public, de s'abstenir de donner pareil avis au procureur de la République n'est pas pénalement sanctionné par ces dispositions du Code de procédure pénale, comme l'a rappelé la réponse ministérielle faite à une question posée à l'Assemblée nationale[822], ce qui n'incite pas à la dénonciation. En outre, l'obligation déontologique de confraternité pourrait aussi être un frein à l'exercice de cette prérogative. Plus généralement et éventuellement, un signalement est fait à la hiérarchie qui fait, soit un signalement à l'autorité judiciaire, soit prend des sanctions disciplinaires, soit envisage les deux voies. Mais il se peut qu'aucune de ces voies ne soient empruntées. Le texte de l'article 226-14 du Code pénal précise que « Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article [...] ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi ».

[822] Question AN n° 31985, *JO* du 17 décembre 2013, p. 13162.

Les fondements légaux des obligations de révélation. Deux infractions méritent ici d'être envisagées. La première de ces infractions est définie à l'article 434-1 du Code pénal comme « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives » est puni, à titre principal, de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Il pourrait être reproché au professionnel de santé à qui se confie la patiente victime de certaines infractions (pouvant recevoir une qualification criminelle, c'est-à-dire un viol), de ne pas avoir prévenu les autorités judiciaires ou administratives afin d'en empêcher leur réitération. Cependant, le dernier alinéa de l'article 434-1 du Code pénal dispose que « Sont (…) exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 du Code pénal ». Si bien que le professionnel de santé ne pourrait être condamné pour une telle abstention sur le fondement de l'article 434-1.

La seconde infraction à envisager est prévue à l'article 434-3 du Code pénal selon lequel « Le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Dans l'hypothèse où les faits dénoncés recevraient la qualification pénale d'agressions sexuelles, la question de savoir si cette infraction serait susceptible d'être reprochée à un professionnel de santé informé ou ayant constaté de tels faits à l'encontre d'une femme enceinte, peut se poser. Encore faudrait-il que soit démontré qu'elle n'est pas en mesure de se protéger en raison de cet état. Cependant, le dernier alinéa de l'article 434-3 du Code pénal dispose que « Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 du Code pénal ». La proposition « sauf si la loi en dispose autrement » renvoie aux obligations ou autorisations de la loi justifiant la violation du secret professionnel. Or la simple autorisation de la loi posée à l'article 226-14 2° du Code pénal, parce qu'elle n'est précisément pas une obligation, n'impose pas l'action du professionnel de santé et cette inaction ne pourrait être d'un autre côté punissable sur le fondement de l'article 434-3 dans l'hypothèse où le professionnel de santé décidait de ne pas procéder à un signalement.

La non-assistance à personne en péril. L'infraction est réprimée sur le fondement de l'article 223-6 du Code pénal selon lequel « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». Il convient de noter ici qu'en présence d'une réunion des éléments constitutifs de cette infraction, sa constitution ne peut être écartée sous prétexte de ce que l'action constituerait une violation du secret professionnel, en l'absence d'une précision similaire à celle prévue dans les deux précédents textes étudiés. De plus, cette incrimination n'impose pas l'obligation de dénonciation mais celle d'agir par tout moyen adéquats[823].

Une décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation pourrait confirmer la possible répression de l'inaction d'un professionnel de santé informé ou ayant constaté des "violences gynécologiques et obstétricales". Par un arrêt du 23 octobre 2013[824], la Cour de cassation a jugé que caractérisait le délit d'omission d'empêcher une infraction le fait, pour un médecin

[823] Cass. crim., 7 novembre 1990, Bull. crim. n° 372.
[824] *Bull. crim.* n° 204 ; *Dr. pén.* 2013, comm. n° 166, obs. M. Véron.

hospitalier, sachant que plusieurs membres du personnel avaient un comportement maltraitant envers des pensionnaires âgés et dépendants, de s'être abstenu d'intervenir auprès de l'encadrement des infirmières, même s'il n'avait pas autorité sur le personnel soignant, afin que soient prises des dispositions tendant à prévenir le renouvellement de faits constituant des atteintes à l'intégrité de personnes hospitalisées, et, en cas d'échec de cette démarche, de ne pas s'être entretenu de la situation avec la direction de l'hôpital afin que la qualité des soins prodigués aux pensionnaires soit préservée par des mesures appropriées. Par analogie, une telle infraction pourrait être reprochée à un professionnel de santé ayant constaté la commission de « violences gynécologiques et obstétricales » (témoin ou confident de la patiente) n'ayant pas agi tel que cela est prescrit par le texte incriminateur. Une telle infraction pourrait également être reprochée à l'établissement de santé en cas d'information de la direction de tels faits suivie de son inertie (article 121-2 du Code pénal)[825].
Il peut donc être affirmé que la liberté de la preuve en matière de "violences gynécologiques et obstétricales" devrait inciter au déploiement de nombreux modes de preuve même si deux éléments occupent une place prépondérante : l'expertise et le dossier médical.

C. Le recours à l'expertise

A titre liminaire, il doit être rappelé qu'une expertise peut être sollicitée dans les procédures non juridictionnelles comme dans les procédures juridictionnelles. Ici l'attention sera portée particulièrement sur l'expertise dans les procédures contentieuses et il convient de formuler quelques considérations générales (1) avant d'envisager les difficultés attachées à l'expertise et qui pourront constituer un véritable obstacle pour les patientes victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » (2).

1. Considérations générales

Lorsqu'il est saisi d'une demande, le juge doit trancher une contestation relative à l'existence d'un droit à réparation invoqué par la patiente. Pour se prononcer sur l'existence de ce droit à réparation, il doit déterminer si un droit subjectif de la patiente a été lésé. Si tel est le cas, il doit encore se prononcer sur le *quantum* de la réparation. Le litige est donc un litige juridique, mais il porte sur la matière médicale, qui échappe à la connaissance du juriste. C'est la raison pour laquelle le juge va recourir le plus souvent à l'expertise qui occupe une place centrale en matière médicale[826]. Il s'agit d'une mesure d'instruction, définie comme celle par laquelle une personne – le commanditaire – confie à une autre – l'expert – la mission de l'éclairer sur une question technique, afin de l'aider à prendre une décision qui lui incombe[827]. Le plus souvent, le commanditaire est un juge. L'expertise est alors qualifiée de "judiciaire" ou de "juridictionnelle". On précisera qu'une expertise pourrait être réalisée à la demande de la patiente, sans être ordonnée par un juge, auquel cas il s'agit d'une expertise de partie. Les développements qui suivent se concentreront sur l'expertise judiciaire, celle à laquelle il sera le plus fréquemment recouru dans le contentieux des « violences gynécologiques et obstétricales ». L'expertise juridictionnelle fait l'objet de règles spécifiques en matière civile, pénale et administrative.

En matière médicale, compte tenu de la spécificité de ce domaine, le juge recourt le plus souvent à l'expertise. Mais il n'est pas tenu de le faire. La décision d'ordonner une expertise lui appartient.

---

[825] V. supra sur les conditions de la responsabilité des personnes morales.
[826] V. par ex. D. Duval-Arnould, « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, no. 1, 2019, pp. 10-16 ; R. Juston Morival, « Autonomie des juges ou automatisme des jugements ? La qualification judiciaire à l'épreuve des expertises médico-légales », *Sociologie*, vol. 12, no. 4, 2021, pp. 333-349.
[827] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op.cit* 709.

Il lui revient donc d'en apprécier l'opportunité[828]. En outre, l'expertise présente un caractère subsidiaire. L'article 263 du Code de procédure civile le rappelle, en disposant que l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge. En lieu et place de l'expertise, le juge pourrait donc procéder à des consultations, de médecins ou de sociétés savantes afin d'être éclairé sur les règles de l'art, par exemple. Mais cette hiérarchie demeure largement théorique, l'expertise étant nettement privilégiée en pratique, quel que soit le domaine considéré[829]. Si le juge ne recourt pas spontanément à une mesure d'expertise, la patiente, en sa qualité de partie, peut la solliciter. Mais dans ce cas aussi, le juge est libre de l'accepter ou de la refuser. En revanche, s'il refuse une telle demande, il doit motiver sa décision[830].

S'il prend la décision de recourir à l'expertise, le juge doit désigner un expert. Pour ce faire, il peut se référer à une liste d'experts établie dans le ressort de chaque cour d'appel. En matière administrative, le juge est invité à désigner un seul expert et à le choisir sur la liste, mais il conserve la possibilité d'en désigner plusieurs et de désigner toute personne de son choix[831]. En matière civile, le juge doit justifier le recours à la nomination d'un expert hors liste[832]. La désignation d'un expert hors liste n'est pas sans susciter quelques interrogations[833]. L'inscription d'un expert sur la liste ne peut en effet se faire que si le candidat présente les qualités professionnelles et morales (probité notamment) jugées indispensables[834]. Une demande d'inscription est instruite par le procureur de la République et examinée par une commission composée de magistrats et d'experts[835].

Le juge doit également déterminer la mission de l'expert, c'est-à-dire les éléments sur lesquels il souhaite être éclairé, et le délai dans lequel l'expert doit remettre son rapport au juge. Un cadre est donc fixé à l'expert, de sorte qu'il ne doit répondre qu'aux questions qui lui sont posées par le juge. Ce n'est que si les parties manifestent leur accord par écrit, qu'il peut répondre à d'autres questions[836]. Ce cadre est par ailleurs strictement médical et l'expert ne doit pas porter d'appréciation juridique[837].

Dans le cadre d'une expertise médicale, l'expertise correspond à un examen clinique, suivi d'une discussion entre les parties et l'expert. Une fois cette expertise réalisée, l'expert remet son rapport au juge qui n'est jamais lié par les conclusions de ce rapport[838]. Il demeure libre d'apprécier la portée du rapport. En théorie, il s'agit donc d'un mode de preuve parmi tant d'autres. Pour autant, la

---

828 Article 232 du code de procédure civile.
829 E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op.cit* 714.
830 Civ 2ème, 26 juin 2008, n°07-13.875.
831 Article R. 621-2 du code de justice administrative.
832 Article 265 du code de procédure civile.
833 V. R. Pellet, « Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 21, no. 4, 2018, pp. 7-33, qui rappelle que « la conférence de consensus a émis deux recommandations particulières sur les modalités de choix des experts en considérant : - qu' »il n'est pas de bonne pratique de choisir l'expert hors liste. Un tel choix doit être justifié par des raisons particulières et nécessite de la part de l'expert ainsi désigné le respect des contraintes inhérentes à l'expertise. Il est de bonne pratique de lui faire prêter serment » ; - qu' « il est de bonne pratique que le juge prenne en considération, dans la désignation de l'expert, la proposition conjointe des parties, ou celle d'une ou plusieurs d'entre elles dès lors qu'aucune ne s'y oppose, étant observé qu'il demeure toujours libre de son choix ». Plus généralement, voir le dossier consacré à ce sujet.
834 A cet égard, les récentes réflexions sur une éventuelle réforme de l'expertise médicale insistent notamment sur la formation des médecins experts. V. R. Pellet, *ibid.*
835 E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op.cit* 726.
836 Article 238 du code de procédure civile.
837 Article 238 alinéa 2 du code de procédure civile.
838 Article 246 du code de procédure civile.

preuve scientifique a une valeur probante essentielle en droit. Souvent, le juge adopte les conclusions de l'expert. On voit souvent des phrases du type « fait siennes les conclusions de l'expert » ou encore « adopte le rapport ». L'expertise joue un rôle essentiel en matière probatoire et se trouve ainsi soumise au principe du contradictoire[839], lequel constitue une composante essentielle du droit à un procès équitable garanti par l'article 6§1 ConvEDH. Le principe du contradictoire est un principe selon lequel les parties doivent être mises à même de participer, de discuter des éléments d'un procès. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, ce principe implique « le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »[840]. L'expert doit mettre en œuvre le principe du contradictoire, ce qui implique pour lui de mettre chaque partie en mesure de participer à son procès. En effet, ce principe implique une certaine égalité des armes. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'égalité des armes « requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »[841]. Or il se peut qu'il y ait un déséquilibre entre les parties avec d'un côté une patiente, victime, possiblement affaiblie, sans connaissances médicales, de l'autre un professionnel de santé qui dispose de connaissances médicales et jouit d'une certaine autorité. L'expert doit donc s'assurer que les discussions soient équilibrées ce qui peut être difficile à faire lorsque la patiente se présente seule aux opérations d'expertise. Plus généralement, l'expert doit informer toutes les parties. Afin de respecter le principe du contradictoire, celles-ci doivent avoir connaissance des documents qui lui ont été remis, des constatations qu'il a effectuées. Il doit leur communiquer ces informations en temps utile. Il doit également s'assurer que les parties se communiquent les pièces qui lui sont produites dès lors que celles-ci sont utiles.

En outre, en matière d'expertise, chaque partie doit pouvoir présenter ses observations[842]. Généralement, l'expertise donne lieu à la réalisation d'un pré-rapport envoyé aux parties qui peuvent, à cette occasion, formuler leurs observations[843]. L'expert doit donner une suite à ces observations et l'exposer dans son rapport[844]. Les parties ont la possibilité de formuler des observations par écrit et de demander à ce que celles-ci soient consignées dans le rapport d'expertise remis au juge, faculté dont elles ont tout intérêt à user[845]. Dès lors, le droit à un procès équitable et l'indépendance de la juridiction appelée à se prononcer sur le litige dépendent pour partie de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert ainsi que de la justesse du rapport qu'il réalise. Sur ces différents points, l'expertise médicale a pu faire l'objet de critiques qui laissent entrevoir les difficultés de l'expertise pour les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales ».

2. Les difficultés de l'expertise pour la victime de « violences gynécologiques et obstétricales »

L'expertise a pour but d'éclairer le juge afin qu'il tranche un litige. Compte tenu de son importance, les conditions dans lesquelles la mission d'expertise se déroule sont encadrées. Des exigences sont posées : l'expert doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité[846]. À cela, on

[839] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op.cit*, 733.
[840] CEDH 20 févr. 1996, Lobo Machado c/ Portugal, req. no 15764/89 , § 31.
[841] CEDH 27 oct. 1993, Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas, préc., § 33.
[842] Article R. 621-7 du code de justice administrative.
[843] Article 276 du code de procédure civile.
[844] Article 276 alinéa 4 du code de procédure civile.
[845] Article 276 alinéa 1 du code de procédure civile. Pour faciliter l'implication active des victimes et des conseils des victimes (médecins comme avocats), une base de documentation : l'Antenne Nationale de Documentation sur le Dommage Corporel (ANADOC), disponible sur www.andoc.net. Sur la création d'ANADOC, voir le dossier spécial « La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs », *JDSAM*, 2020/2 (n°26).
[846] Article 237 du code de procédure civile.

pourrait ajouter l'exigence de la compétence de l'expert. Les conditions de réalisation de la mission d'expertise soulèvent un certain nombre de questions en matière gynécologique et obstétricale. Ces questions ne sont pas spécifiques à ce domaine et peuvent se poser dans d'autres situations, mais elles nous paraissent exacerbées en la matière. La compétence (a), l'indépendance (b) de l'expert seront successivement envisagées pour montrer en quoi l'expertise peut constituer une véritable épreuve pour les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » (c).

a) La compétence de l'expert

En matière médicale, c'est assez logiquement que le juge se tournera vers un professionnel de santé. Si le professionnel mis en cause est un gynécologue, le juge se tournera naturellement vers un expert gynécologue. Si le professionnel mis en cause est une sage-femme, le juge se tournera naturellement vers un expert sage-femme. Deux remarques doivent toutefois être formulées. En premier lieu, aussi naturel soit-il, ce choix sera parfois impossible. Le juge n'aura parfois d'autre choix que de désigner un expert dont la spécialité médicale est éloignée de celle du professionnel mis en cause. La désignation d'un expert compétent doit en effet se faire dans un contexte de pénuries d'experts et de manque de moyens de la justice. En second lieu, ce choix peut parfois révéler une vision réductrice du dossier de la patiente. Lorsque la patiente dénonce une violence commise par un gynécologue, le juge désigne généralement un expert gynécologue. Ce choix apparaît tout à fait pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier une faute technique, un manquement possible aux règles de l'art médical ou d'information, celle-ci étant également d'ordre technique. En revanche, il peut être discuté lorsqu'il s'agit d'apprécier un manquement à l'obligation d'humanisme. Sans occulter le fait qu'un confrère du professionnel mis en cause connaît davantage les conditions d'exercice de ce professionnel qu'un autre professionnel de santé, l'obligation d'humanisme transcende les spécialités médicales et rien ne s'oppose à ce que son respect soit apprécié par d'autres professionnels de santé dont le regard extérieur peut par ailleurs avoir un intérêt. Mais le choix de désigner un professionnel de la même spécialité que celle du professionnel mis en cause est sans nul doute contestable lorsqu'il s'agit d'apprécier les préjudices psychologiques de la patiente. Un exemple tiré d'un entretien réalisé est à cet égard éloquent. Une patiente avait engagé une action en justice contre l'obstétricien en charge de son accouchement. L'expert diligenté par le juge était un gynécologue obstétricien. Il avait établi un manquement à l'obligation d'humanisme source de stress post-traumatique, mais aucun manquement d'ordre technique. Une fois ce manquement établi, il lui appartenait de se prononcer sur les dommages d'ordre psychologique subis par la patiente,. La question de la compétence d'un gynécologue-obstétricien pour apprécier les conséquences morales et psychiques d'un acte sur une patiente se pose. Il faut préciser que dans une telle situation, l'expert peut s'adjoindre les services d'un sapiteur. Mais il s'agit d'une faculté, non d'une obligation, dont l'exercice suppose que l'expert en question en ressente le besoin et identifie des limites à ses compétences[847].

La compétence de l'expert suscite donc des interrogations. On précisera néanmoins que le droit s'attache à prévenir toute difficulté de ce point de vue et qu'il existe donc des garde-fous qui permettent d'atténuer ce risque. Il impose d'abord à l'expert désigné qui considérerait qu'il n'est pas compétent pour se prononcer dans un litige, de refuser sa mission[848]. Il permet ensuite à toute partie, donc à la patiente, de demander à ce que l'expert soit récusé[849].

[847] Articles 278 du code de procédure civile et 162 du code de procédure pénale
[848] Article R. 4127-106 du code de la santé publique.
[849] Article 234 alinéa 2 du code de procédure civile.

b) L'indépendance de l'expert

L'expert doit être impartial et objectif[850]. L'indépendance de l'expert est essentielle à double titre. Compte tenu de l'importance de l'expertise dans le dénouement du litige, d'abord. Les conclusions de l'expert conditionnent l'issue du litige et il n'est dès lors pas acceptable qu'elles soient le fruit d'une appréciation influencée par des considérations personnelles. Cette indépendance est également essentielle compte tenu du rôle assigné à l'expert. Lorsque l'expert désigné est un professionnel de santé, il est important de rappeler qu'il intervient ici comme expert, non comme soignant.

En matière médicale, l'indépendance et l'impartialité de l'expert suscitent parfois des interrogations auxquelles le domaine de la gynécologie et de l'obstétrique n'échappe pas. L'expert agit comme un technicien au service du juge, non en sa qualité de soignant. Cela vaut donc à l'égard de la patiente envers laquelle il entretient un rapport expert-justiciable, mais aussi, et surtout envers les confrères mis en cause ou participant à l'expertise en leur qualité de médecin conseil de l'assureur du professionnel mis en cause par exemple. Or il reste un professionnel de santé, donc un confrère du praticien mis en cause, et ils sont susceptibles de se connaître puisqu'ils exercent vraisemblablement sur le même territoire. Cela expose à un risque de conflit d'intérêts ou au moins à celui d'un lien d'intérêts qui altère le jugement de l'expert[851]. Ce risque peut se matérialiser par une réticence à conclure en défaveur d'un confrère. Il s'agit d'un problème bien connu dans le domaine médical, que la doctrine américaine appelle la conspiration du silence[852]. Une étude américaine a d'ailleurs établi que 70 % des médecins refusent de conclure en faveur des victimes en dépit du bien-fondé de leur demande[853]. Si ce phénomène n'a fait l'objet d'aucune étude statistique équivalente en France, le Professeur Tunc évoquait néanmoins le fait que les juges "se heurtent (...) à la volonté systématique d'un grand nombre des médecins de couvrir leurs confrères et de déposer un rapport concluant soit à l'absence de faute, soit, si vraiment la faute ne peut être contestée, à l'absence de causalité entre cette faute et le dommage souffert par le patient"[854].

Pour illustrer les craintes suscitées par la proximité expert-professionnel mis en cause, on peut citer le cas qui nous a été rapporté par une patiente de l'expert judiciaire faisant la bise au gynécologue qu'elle mettait en cause. Le premier avait été le professeur du second. La patiente exprime d'ailleurs le sentiment suivant « Il n'essayait pas de trouver la vérité, il avait déjà sa vérité qui était qu'il y avait une erreur de son collègue mais que le métier est difficile et que l'accouchement comportait des risques et que j'avais manqué simplement de chance ».

Concernant la problématique de l'indépendance de l'expert, il semble utile de rappeler ici aussi les garde-fous instaurés par le droit. À savoir :

---

[850] Article 237 du code de procédure civile.

[851] V. par ex. N. Gemsa et J. Rossant, « Le conflit d'intérêts dans l'expertise médico-légale. Le tandem avocat-médecin favorable au renforcement des garanties contre le conflit d'intérêts des médecins experts », *Gazette du Palais*, 2014, n°158, p.41 ; A. Ghozia, « L'expert de justice dans son environnement : les exigences d'indépendance et d'impartialité face aux conflits d'écoles et d'intérêts », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, no. 1, 2019, pp. 17-23 ; proposition de loi visant à inciter l'expert médical à déclarer ses intérêts pour prévenir d'éventuels conflits, texte n°384, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 janvier 2022 ; v. également « La prévention des conflits d'intérêt de l'expert : indépendance ou impartialité », Déjeuners du droit du dommage corporel, Faculté de droit Université Savoie Mont Blanc, conférence n°20, 23 janvier 2023, disponible en ligne sur www.fac-droit.univ-smb.fr

[852] J. O'Connell, *Ending insult to injury: no-fault insurance for products and services*, University of Illinois Press, 1975, p. 30.

[853] *Ibid.*

[854] A. Tunc, « La responsabilité civile », *in Deuxième Congrès international de morale médicale*. Paris, mai 1966. Tome 1, Ordre national des médecins, p. 28.

- L'obligation pour l'expert de refuser sa mission au regard de la possible atteinte à l'exigence d'impartialité[855].
- La possibilité pour toute patiente de demander à ce que l'expert soit récusé[856]. La possibilité pour toute patiente de demander une nouvelle expertise ou la nullité de l'expertise réalisée, c'est-à-dire l'anéantissement de l'acte[857]. Cette nullité, qui est une nullité de forme, devra être soulevée lors de l'instance, non à titre principal[858] et la patiente devra prouver que l'irrégularité dénoncée lui est préjudiciable. Dans l'exemple que nous avons donné, l'avocat de la patiente avait bien soulevé la nullité au regard des multiples irrégularités observées, mais il l'avait fait sur le fondement des dispositions du Code de procédure civile, non du Code de justice administrative, applicables en l'espèce. En outre, les irrégularités dénoncées par la patiente n'avaient pas pu être prouvées. Il semble que cette situation aurait pu être facilement évitée si l'avocat avait participé aux opérations d'expertise, observé lui-même les irrégularités et formulé les observations utiles dans le rapport soumis au juge. Or celui-ci avait refusé de participer à une opération qu'il jugeait strictement médicale. Nous reviendrons par la suite sur cette question.

L'expert qui méconnaît ses obligations légales, et notamment celles d'indépendance et d'impartialité, peut voir sa responsabilité civile engagée.

c. L'expertise, une épreuve pour les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales »

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité et conscience ce qui implique, notamment, qu'il soit objectif et attentif aux parties. L'exigence d'objectivité se rapproche de ce qui a été préalablement envisagé. Elle exige que l'expert n'ait pas de parti pris, qu'il n'opère aucun jugement subjectif. L'expert doit par ailleurs être attentif aux parties. Le corps de la patiente est ici l'objet de l'expertise, l'examen doit donc se faire dans le respect de son intimité. Mais la théorie laisse place à une pratique bien différente. Cette problématique n'est pas propre aux « violences gynécologiques et obstétricales ». Ce sont plus généralement les expertises en matière de dommages corporels qui sont réputées pour être extrêmement éprouvantes pour les victimes dont le corps se trouve être au centre même des discussions et des éventuelles contestations. Le caractère "inquisitorial" de l'expertise et la suspicion exprimée à l'égard des victimes ont souvent été dénoncées[859]. Le contentieux des « violences gynécologiques et obstétricales » n'échappe pas à cette problématique. Des victimes ont ainsi fait part de ce qu'elles ont vécu comme une seconde épreuve. Une patiente nous a ainsi fait part d'un examen gynécologique extrêmement douloureux au cours duquel l'expert ne s'est jamais adressé à elle, y compris au moment de procéder aux différents examens médicaux. Une autre a évoqué la phrase prononcée par un sapiteur à l'expert affirmant qu' « elle ne fait pas semblant ».

Dans ce cas encore, il existe différents garde-fous juridiques supposés prévenir ces risques. L'expert est tenu d'informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé[860]. Il doit adopter un langage adapté à la personne qui se trouve face à lui (personne handicapée, profane). Le sentiment évoqué par certaines patientes de ne pas

855 Article R. 4127-106 du code de la santé publique.
856 Article 234 alinéa 2 du code de procédure civile.
857 Articles 114 et s. du code de procédure civile.
858 Civ 2ème, 2 décembre 2004, n°02-20.205.
859 Y. Lambert-Faivre, « Candide a eu un accident », *in Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, p. 97.
860 Article R. 4127-107 du Code de santé publique.

être considérées par l'expert ou d'être totalement oubliées de l'opération d'expertise peuvent donc traduire un manquement à ces obligations.

In fine, cela montre une fois encore l'intérêt pour la victime d'être accompagnée par un avocat ou un médecin lors de la réalisation de l'expertise et de s'être préparée en amont aux éventuelles questions ou remarques qui pourraient lui être adressées.

Focus sur l'accompagnement de la patiente aux opérations d'expertise à partir de l'exemple d'une patiente rencontrée dans le cadre du projet

La patiente a accouché de son premier enfant et subi de graves séquelles (douleurs, incontinence etc). Une expertise est ordonnée par le juge. Son avocat ne l'y accompagne pas, jugeant sa présence inutile au regard du caractère médical de la mesure d'instruction. En revanche, l'avocat sollicite un médecin afin d'accompagner sa cliente. Mais ce médecin est pneumologue, de sorte que son expertise fut remise en cause par les médecins-conseils de la partie adverse lors des discussions. La patiente constate des éléments de nature à faire douter de l'impartialité de l'expert (proximité avec le gynécologue mis en cause notamment). L'avocat étant absent, il n'a pas pu soulever immédiatement ce qui apparaissait comme des irrégularités. Il n'a pas jugé utile de le faire dans ses observations ultérieures.

Le rapport d'expertise influence nettement la décision du juge. Il conditionne donc l'issue du litige. Il intervient au terme des opérations d'expertise qui comprennent un examen clinique et des discussions. La patiente peut être assistée au cours de ces opérations et, au regard de l'importance du rapport qui en résultera, elle a tout intérêt à le faire. Pour que l'expertise soit véritablement contradictoire, la victime devrait donc être toujours accompagnée.

Le secret médical est parfois invoqué pour refuser la présence de toute personne, notamment de l'avocat, à l'expertise, *a fortiori* lors de l'examen clinique[861]. Ces discussions peuvent surprendre au regard notamment de la possibilité qui est offerte dans le cadre médical à tout patient d'être accompagné par une personne de confiance qu'il choisit librement (article L.111-6 du Code de la santé publique). De même, dans le cadre d'un différend, la possibilité pour la victime d'être assistée par la personne de son choix et d'autoriser cette dernière à recevoir des informations relevant normalement du secret professionnel ne devrait pas être contestée. La victime doit donc pouvoir venir accompagnée de son avocat, d'une personne de confiance et/ou d'un médecin conseil compétent.

> Elle peut donc être accompagnée d'un médecin (médecin-conseil) de son choix. La présence d'un médecin n'est jamais discutée et est même conseillée. Il convient néanmoins que ce médecin dispose d'une réelle expertise dans le domaine concerné par le litige, faute de quoi son intervention ne sera d'aucun secours pour la patiente. Il existe des associations de médecins conseils auprès desquelles les patientes peuvent trouver une aide et des informations[862]. Il existe aussi des associations de patients qui peuvent les soutenir.

> Elle peut être accompagnée de son avocat (ou d'un proche éventuellement). L'idée selon laquelle les opérations d'expertises n'auraient qu'une finalité médicale doit être remise en cause. Certes, les constatations sont médicales. Mais elles visent à permettre au juge de se prononcer sur une demande juridique, qu'il s'agisse de l'existence d'un droit lésé en raison d'un

[861] Relatant ces discussions v. Ch. Quézel-Ambrunaz, *Le droit du dommage corporel*, LGDJ 2022, 127.
[862] https://www.anameva.com/

manquement à une obligation légale ou de ses conséquences pécuniaires. L'expertise est donc aux confins du droit et de la médecine, ce qui justifie pleinement la présence de l'avocat lors de sa réalisation.

Cette liberté pour la victime d'être assistée lors des opérations d'expertise s'applique sans réserve pour les phases de discussion. Au demeurant, le principe du contradictoire exige que la partie adverse puisse être présente, directement ou représentée, lors des discussions postérieures à l'examen clinique. Ce même principe impose également au médecin-expert de laisser la victime bénéficier de l'accompagnement de la personne de son choix lors de l'examen clinique, *a fortiori* s'il s'agit d'un médecin. En effet, il est courant que les médecins-conseils de la partie adverse soient présents lors de cet examen. Il est à rappeler que seul le médecin expert (à l'exclusion donc des médecins conseils de la partie adverse notamment) est autorisé à examiner la victime et que les autres professionnels éventuellement présents ne doivent pas chercher à influencer les constatations de l'expert qui est un confrère. L'expert peut, au demeurant, refuser la présence de ces médecins-conseils. En effet, la Cour de cassation a ainsi considéré que l'expert n'était pas tenu d'admettre les médecins-conseils pour un examen psychiatrique en raison de son caractère intime. La solution semble devoir s'appliquer sans réserve à la gynécologie et à l'obstétrique. De même, en matière pénale, le prévenu ne peut demander à être présent lors de l'examen médical de la victime par l'expert, compte tenu de son caractère intime[863]. Cette exclusion des médecins-conseils n'implique pas mécaniquement l'exclusion d'un accompagnant auprès de la victime dès lors que c'est la préservation de son intimité qui est protégée.

Synthèse du déroulement de l'expertise et actions dont une patiente dispose à chaque étape pour la remettre en cause en cas d'irrégularité :

Désignation de l'expert	Sa récusation peut être demandée en cas de doutes sur sa compétence ou son impartialité, par exemple.
Détermination de la mission de l'expert	Il est important de s'assurer que la mission de l'expert, c'est-à-dire ce qui lui est demandé, est suffisamment exhaustive.
Phase préparatoire : - L'expert doit recueillir des informations auprès des parties. Il peut demander communication de tous documents aux parties et aux tiers, sauf au juge à l'ordonner en cas de difficulté (article 243 du Code de procédure civile).	

[863] Crim, 27 juin 2017, n°17-80.411.

- Le secret médical ne peut donc pas être opposé à l'expert. Il est dispensé de le respecter, mais seulement pour les informations pertinentes pour sa mission et à l'égard des personnes concernées par la procédure (juge et partie adverse). La patiente examinée est libre de décider quelles informations elle souhaite porter à la connaissance de l'expert. *A contrario*, le médecin-conseil d'assurance ne peut remettre à l'expert judiciaire un document médical (obtenu par exemple dans le cadre d'une procédure amiable) sans obtenir préalablement le consentement de la patiente à ce partage d'informations[864].	
Réunion d'expertise : - Commémoratifs - Examen clinique de la victime - Discussion contradictoire	Si des irrégularités sont constatées, notamment quant au respect du principe du contradictoire, à l'exigence d'impartialité, de compétence ou de conscience de l'expert la patiente peut : - Demander la nullité des opérations lors de l'audience au cours de laquelle le juge statue. - Demander au juge une nouvelle expertise ou une contre-expertise. - Formuler des observations à ce sujet dans le rapport final qui sera remis au juge.
Option n°1 : L'expert décide de rédiger le rapport final immédiatement. Il doit donner ses conclusions dès la fin de la réunion d'expertise afin que les parties puissent adresser leurs observations avant la réalisation du rapport final. L'expert ne peut écarter les parties ou leurs conseils de la discussion consécutive à l'examen médical et réserver cette discussion aux seuls médecins présents. Il y aurait une atteinte au principe du	Si des irrégularités sont constatées, notamment quant au respect du principe du contradictoire, la patiente peut demander la nullité des opérations lors de l'audience au cours de laquelle le juge statue.

[864] En ce sens, v. Crim., 16 mars 2021, n°20-80,125 et CE, 15 novembre 2022, n°441387, notamment considérant 5 « il résulte de l'article L.1110-4 du Code de la santé publique cité au point 2 que le partage d'informations couvertes par le secret médical et nécessaires à la prise en charge d'une personne, entre professionnels de santé ne faisant pas partie de la même équipe de soins, requiert le consentement préalable de cette personne, ce à quoi l'article 275 du Code de procédure civile ne permet pas, en tout état de cause, de déroger ».

contradictoire et les opérations d'expertise seraient nulles. Option n°2 (la plus courante) : L'expert décide d'envoyer un pré-rapport aux parties afin de recueillir leurs observations avant que le rapport final ne soit déposé au greffe. Un délai est généralement imposé.	
Le rapport est remis au juge.	

D. La mobilisation du dossier médical

Le droit d'accès au dossier médical. Toutes les personnes qui passent par un service de maternité ont un droit d'accès à leur dossier médical[865] et les établissements concernés engagent leur responsabilité en cas de non remise ou même de perte de ce dossier[866]. En matière de "violences gynécologiques et obstétricales", les difficultés portent en particulier sur les dossiers médicaux qui peuvent avoir été perdus ou dont le contenu serait, selon la victime, incomplet voire altéré par rapport à la réalité. La preuve étant libre, la victime peut cependant produire d'autres éléments que le seul dossier médical (même s'il reste un élément important). La recherche met en lumière que des courriers peuvent être pris en compte par les juges. En effet, dans une décision relative à une interruption médicale de grossesse, les juges de la cour d'appel de Paris indiquent que la preuve peut être rapportée par des écritures fournies par la patiente (son récit manuscrit relayés par les courriers envoyés à la clinique)[867]. Les juges de la cour d'appel soulignent que ces écritures gagnent en authenticité car ils sont corroborés par la feuille de transmission (qui précise « mauvais vécu de l'accouchement »), la fiche tenue dans la salle d'accouchement, la fiche de surveillance après délivrance[868] ainsi que par une lettre de la clinique s'excusant du manque de tact et de professionnalisme de l'équipe médicale.

L'altération du dossier médical. Une question particulièrement sensible soulevée dans le cadre de cette recherche est celle d'une éventuelle modification du contenu d'un dossier médical pour éviter qu'il soit utilisé pour corroborer des allégations de faits dénoncés au titre des « violences gynécologiques et obstétricales ». En effet, outre les situations dans lesquelles certaines omissions matérielles ne

[865] Sur le droit d'accès au dossier médical, v. A. Laude, B. Mathieu, et D. Tabuteau, *Droit de la santé, op. cit.,* n°342 et s. ; C. Nicolas, « L'accès direct au dossier médical à l'AP-HP, vingt ans après la « loi Kouchner » », *Les Tribunes de la santé*, vol. 70, no. 4, 2021, pp. 83-94.

[866] V. par exemple Civ. 1re, 26 septembre 2018, n°17-20.143

[867] Les faits : « lors de son admission à la clinique le 21 novembre 2011, elle a été prise en charge dans de bonnes conditions, que cependant, dès son arrivée en salle d'accouchement, le 22 novembre vers 20h30, l'équipe des sages-femmes s'est montrée incompétente et malveillante, qu'en effet, la sage-femme de nuit l'a contrainte à exposer à nouveau sa situation alors qu'elle l'avait déjà fait auprès de l'équipe de jour qui avait nécessairement transmis les consignes, qu'il lui a fallu, par l'intermédiaire de son conjoint, réclamer à plusieurs reprises l'intervention de l'anesthésiste alors qu'elle souffrait depuis plusieurs heures, qu'elle a été laissée seule dans la salle d'accouchement sans surveillance jusqu'à ce qu'alertée par son compagnon, l'équipe de sages-femmes appelle en urgence le médecin de garde, que par la suite, le placenta a été retiré sans anesthésie, provoquant des douleurs insupportables, qu'enfin, le personnel leur a demandé avec insistance s'ils souhaitaient conserver le corps ou prendre des photographies, exigeant la signature d'une décharge alors que leur souhait avait déjà été expressément recueilli avant l'accouchement".

[868] Cour d'appel de Paris, 10 avril 2015, 14/05108.

seraient qu'accidentelles d'autres pourraient être organisées à dessein. Ainsi, ont été mentionnées dans le cadre de la recherche, l'absence de mention d'une épisiotomie au dossier alors qu'elle avait été réalisée sans le consentement de la patiente, l'oubli de mention de certains actes ou, plus grave encore, la disparition de morceaux du partogramme lorsqu'une césarienne a été décidée pour des ralentissements allégués du cœur du bébé, élément contesté par la famille. Dans le cadre d'un entretien, une patiente nous a ainsi fait part de son expérience : blessée à l'ovaire suite à une ponction d'ovocytes mal réalisée, la patiente a été renvoyée chez elle seule malgré les douleurs dont elle se plaignait. Elle sera hospitalisée quelques heures plus tard et prise en charge en urgence par la même équipe médicale en raison d'une hémorragie interne engageant son pronostic vital. Dans son dossier médical, aucune mention n'est faite de l'atteinte à l'ovaire et l'intervention chirurgicale réalisée en urgence est mentionnée comme une intervention « de contrôle ».

Ces éléments relatifs à la preuve des "violences gynécologiques et obstétricales" ébauchent l'ampleur des difficultés procédurales auxquelles les patientes ou les patients pourraient être confrontés. En outre, ils sont confrontés à une autre difficulté : quelle procédure choisir ?

Chapitre 2 - Choisir la procédure : adaptation et inadaptations aux besoins des victimes

Le traitement des réclamations des patientes dénonçant des « violences gynécologiques et obstétricales » dont elles auraient été victimes permet d'identifier les attentes et les motivations de ces dernières. Elles peuvent exprimer le souhait d'obtenir des explications concernant leur prise en charge et de comprendre ce qui s'est passé ou encore celui qu'aucune autre patiente ne vive ce qu'elles ont vécu, à l'avenir. Elles peuvent également souhaiter être reconnues comme victimes et voir établir que les événements dont elles se plaignent revêtent un caractère traumatique ou anormal. Enfin, elles peuvent exprimer le souhait d'une sanction du professionnel de santé et/ou d'une indemnisation de leurs préjudices. Ces différentes attentes peuvent être satisfaites plus ou moins aisément selon la procédure choisie. Aussi, il apparaît indispensable pour les patientes d'identifier précisément ces attentes afin de s'orienter vers la procédure la plus pertinente. Deux voies procédurales peuvent être envisagées : la voie juridictionnelle et la voie non juridictionnelle au sein desquelles plusieurs possibilités s'offrent aux victimes ainsi que nous le verrons.

La voie juridictionnelle est celle qui consiste pour la patiente à saisir une juridiction afin qu'une solution juridictionnelle soit donnée au litige qui l'oppose à un professionnel de santé[869]. Il s'agira de façon tout à fait classique d'une juridiction civile, pénale ou administrative, c'est-à-dire les juridictions étatiques. Cette voie est la plus connue des justiciables. Mais la notion de juridiction ne saurait être réduite à ces organes. Sous l'appellation juridiction, il convient également de ranger les juridictions des ordres professionnels. La voie non juridictionnelle, quant à elle, est celle qui se déroule en dehors d'une juridiction afin qu'une solution conventionnelle soit donnée au litige opposant la patiente à un professionnel de santé[870]. C'est ce que l'on appellera ici la résolution amiable qui garantit également une forme de confidentialité[871]. Comme l'indique un auteur la « médiation est un processus de communication éthique, souple et confidentiel »[872]. Cette voie est moins connue du grand public, mais fréquemment utilisée par les justiciables confrontés au

[869] L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès,* 3ème édition mise à jour, PUF, 2020, 211.
[870] L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op.cit*, 233.
[871] En faveur de ces procédures v. aussi le livre vert de la Commission européenne sur ces "méthodes plus consensuelles de pacification des conflits".
[872] Ch. Arens, Préface *in* S. Amrani-Mekki et al (s/dir), *Les chimères de l'alternativité? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare & Martin, 2018.

système de santé. Afin de les distinguer, on pourrait dire que la voie juridictionnelle est une voie contentieuse (section 1), tandis que la voie non juridictionnelle est une voie amiable[873](Section 2).

Section 1 : Procédure juridictionnelle

La procédure juridictionnelle est la procédure que nous qualifierons ici de contentieuse. Elle a pour objectif de donner une solution juridictionnelle au litige, prononcée par une juridiction, donc un juge. La notion de juridiction est complexe[874]. Elle ne se réduit pas aux juridictions étatiques classiques. La Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'un « tribunal ne doit pas nécessairement être une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires. Il peut (...) avoir été institué pour connaître de questions relevant d'un domaine particulier dont il est possible de débattre de manière adéquate en dehors du système judiciaire ordinaire »[875]. L'ordre des médecins qualifie d'ailleurs lui-même de "juridiction" son organe de sanction des comportements de ses membres dont les décisions peuvent d'ailleurs être contestées devant le Conseil d'État, de sorte que cette juridiction relève de l'ordre administratif. Soulignons que les ordres professionnels ont été institués par la loi et disposent de pouvoirs décisionnels, deux critères de qualification jugés essentiels[876]. Le troisième critère est celui de l'indépendance et de l'impartialité[877]. Il interroge davantage que les deux premiers au regard de la qualité des membres de l'ordre, qui sont des pairs du professionnel visé. Cette réserve ne semble toutefois pas de nature à remettre en cause la qualification de juridiction.

Pour aborder les contours de cette voie juridictionnelle, il convient d'abord de formuler quelques remarques générales (§ 1). Ensuite, pour présenter plus précisément les différentes procédures ouvertes aux victimes de "violences gynécologiques et obstétricales", il convient de distinguer les deux grandes finalités des procédures juridictionnelles à savoir la sanction des professionnels concernés (§ 2) et l'indemnisation des victimes (§ 3).

§ 1. Remarques générales relative à la procédure juridictionnelle

Dans le cadre de la procédure juridictionnelle, la patiente s'en remet à un juge, chargé de se prononcer sur le litige qui l'oppose à un professionnel de santé. La procédure juridictionnelle peut conduire à deux résultats : l'indemnisation des préjudices subis par la patiente et la sanction du professionnel de santé. En fonction de la nature du manquement reproché au professionnel ayant participé à la prise en charge gynécologique et/ou obstétricale défaillante différentes voies de recours sont susceptibles de s'ouvrir à la victime, qui pourront être mises en œuvre alternativement ou cumulativement. Ainsi, la violation d'une norme déontologique ouvre un recours devant l'ordre professionnel, la commission d'une faute à l'origine d'un préjudice, caractérisée par un comportement en contradiction avec celui qu'adopterait un professionnel normalement raisonnable et diligent, ouvre des recours indemnitaires qui seront exercés soit devant le juge civil

873 "Justice amiable, qui privilégie l'écoute et la réconciliation, est de nature à modifier profondément l'office des acteurs du droit car elle suppose l'existence d'une justice possiblement hors le droit" in S. Amrani Mekki, "L'institutionnalisation des modes amiables", *in Les chimères de l'alternativité? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare & Martin, 2018, p. 135.
874 Sur cette question v. S. Amrani Meki, Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 2014, 664 et s.
875 CEDH, 1er juillet 1997, Rolf Gustafson c/Suède, n° 23196/94, §45.
876 S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op.cit* 416.
877 S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op.cit* 416.

soit devant le juge administratif en fonction du lieu de prise en charge. Enfin, le comportement contesté peut correspondre à la définition d'une infraction pénale justifiant un recours devant le juge pénal. Il est à noter qu'un même comportement peut violer en même temps ces trois types de normes et permettre théoriquement trois recours. Ainsi, la victime des "violences gynécologiques et obstétricales" peut obtenir à la fois une indemnisation et une sanction du professionnel concerné[878]. Chacune de ces voies procédurales sera présentée afin d'en comprendre le fonctionnement, dans quelle mesure elle peut être pertinente pour les patientes, eu égard à la nature du litige qui les oppose à un professionnel de santé, mais aussi de leurs intentions et de leurs souhaits.

Pour illustrer ce cumul possible de procédures juridictionnelles, un arrêt du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 29 septembre 2022[879] semble révélateur. Il s'agissait d'un médecin gynécologue qui avait un comportement violent et inapproprié, tant avec ses collègues et les personnels de son service qu'avec les patientes[880]. Dans cette décision, était contestée la sanction professionnelle qui avait été prononcée à son encontre, mais il est également fait état d'une plainte pénale déposée pour violences par des patientes. Deux actions avaient donc été introduites devant deux juridictions distinctes. L'ordre des médecins aurait également pu être compétent car les faits qui lui sont reprochés sont manifestement contraires à la déontologie, tout comme les juridictions administratives pourraient être saisies des éventuels recours indemnitaires introduits par ses victimes.

Différentes voies existent donc, mais qui présentent certains traits communs. Le premier consiste en l'exigence d'un juge indépendant et impartial. Le second a trait au respect des droits de la défense, dont le principe du contradictoire, la publicité ou encore la motivation de la décision rendue. Toute juridiction est tenue de respecter ces exigences procédurales. Il apparaît utile de définir rapidement ces différentes notions afin que toute patiente sache ce qu'implique le fait de s'engager dans une telle voie.

- Le principe du contradictoire est un principe selon lequel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée[881].
- La publicité désigne l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement, de l'issue d'une instance juridictionnelle. Elle suppose l'accès du public à l'audience ou, au moins, la possibilité pour le public de prendre connaissance de la décision[882].
- La motivation de la décision rendue désigne l'ensemble des motifs d'une décision[883].

Ainsi, la procédure juridictionnelle paraît adaptée lorsque la patiente souhaite obtenir une décision de justice publique et exemplaire[884]. Cette décision sera rendue par un organe présentant une certaine autorité, de sorte que la sanction prononcée, comme la reconnaissance de son statut de victime auront une légitimité et une valeur singulières. Elle est également la seule voie possible lorsque le professionnel refuse toute discussion ou que la patiente n'a pas obtenu ce qu'elle souhaitait dans le cadre d'une procédure non juridictionnelle. Cette autorité de la décision paraît

878 Il sera précisé dès à présent que ces résultats peuvent être obtenus dans le cadre de la procédure non juridictionnelle, qui sera envisagée par ailleurs.
879 TA Cergy-Pontoine, 29 septembre 2022, n° 1909718.
880 Sur les faits v. supra - partie pénale sur les violences.
881 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 14ème édition mise à jour, PUF 2020, °Contradiction.
882 L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès,* 3ème édition mise à jour, PUF, 2020, 324.
883 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 14ème édition mise à jour, PUF 2020, Motivation.
884 Sur cette caractéristique de la décision de justice v. S. Amrani Mekki (s/dir de), *Guide des modes amiables de résolution des différends 22/23*, LexisNexis 2022, p.88.

plus grande encore lorsque l'organe en question est un organe étatique. Dans le même temps, elle présente un inconvénient que les patientes ne doivent pas négliger : celui de la lourdeur, dont le degré varie selon la voie envisagée, nous le verrons. Une procédure juridictionnelle est lourde, en ce sens qu'elle est longue, coûteuse et possiblement éprouvante pour une victime. C'est ainsi qu'une patiente rencontrée dans le cadre du projet, qui avait engagé une action administrative, a évoqué un coût de procédure de 20.000 euros. La procédure juridictionnelle présente en outre une certaine complexité en ce qu'il s'agit de se confronter à un système dont le fonctionnement échappe généralement aux justiciables. La plus connue d'entre elles et la plus médiatisée est sans conteste la procédure pénale, procédure répressive par excellence.

§2. Les procédures répressives

Les procédures répressives ont pour objectif la sanction de l'auteur du comportement fautif. La voie pénale assure manifestement cette fonction en permettant d'aboutir au prononcé d'une peine, mais le droit disciplinaire est aussi doté de ce pouvoir de prononcer des "sanctions ayant le caractère de punition" pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel. Généralement introduite en premier, il convient d'envisager d'abord la procédure exercée devant les ordres professionnels (A) avant d'évoquer celle exercée devant le juge pénal (B).

A. La procédure devant les ordres professionnels

A l'exception des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes relevant des dispositions de l'article L. 4138-2 du code de la défense, tous les médecins et toutes les sages-femmes sont nécessairement affiliés à un ordre professionnel[885]. Il s'agit d'un « organisme de caractère corporatif institué par la loi au plan national régional ou départemental et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales qui exerce, outre une fonction de représentation, une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction disciplinaire sur ses membres »[886]. Chacun de ces ordres a donc une fonction de régulation interne. L'un et l'autre « veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie »[887]. La déontologie est définie comme « l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel »[888]. Tout manquement à ces règles de déontologie peut donner lieu à une *sanction disciplinaire*, définie comme une « mesure individuelle qui, prise en vue d'assurer la répression d'une infraction disciplinaire, atteint l'agent dans ses avantages de fonction »[889]. L'effet d'une telle action étant disciplinaire uniquement, c'est-à-dire qu'elle ne peut donner lieu à réparation des préjudices de la patiente, elle est appelée « action disciplinaire ». En matière de « violences gynécologiques et obstétricales », le recours à cette procédure par les patientes semble en pratique circonscrit à certains manquements. Le conseil national de l'Ordre des médecins nous a fait savoir que le principal motif de saisine de la juridiction en matière gynécologique et

885 Article L. 4121-1 du code de la santé publique.
886 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 14ème édition mise à jour, PUF 2020, Ordre professionnel.
887 Article L. 4121-2 du code de la santé publique. J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Introduction à la déontologie*, PUF, Paris, 2022, 252 p., v. en particulier partie 2, chapitre 3.
888 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 14ème édition mise à jour, PUF 2020, Déontologie.
889 F. Delpérée, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, LGDJ, 1968, p. 101 ; J. Moret-Bailly et D. Truchet, op. cit.

obstétricale est un manquement à l'obligation d'information concernant les actes réalisés. Vient ensuite le non-respect de l'intimité de la patiente.

Une sanction disciplinaire est prononcée par la *chambre disciplinaire*. Cette chambre se dédouble :

- La chambre disciplinaire de première instance. Il en existe une par région. Il s'agit d'un premier degré de juridiction.
- La chambre disciplinaire nationale. Il s'agit d'un second degré de juridiction, qui connaît donc des appels interjetés contre les jugements rendus en première instance. Un pourvoi en cassation est possible, devant le Conseil d'État.

Procédure. Une patiente ne peut jamais saisir directement la chambre disciplinaire. Deux situations doivent être distinguées.

- La plainte concerne un professionnel agissant dans un cadre libéral. En ce cas, la procédure est soumise aux dispositions de l'article R.4126-1 du Code de la santé publique, aux termes desquelles seules certaines personnes sont reconnues compétentes pour le faire dont le conseil national ou départemental de l'ordre concerné. L'un ou l'autre peut agir à la suite de la plainte d'une patiente ou d'une association de patientes notamment, mais aussi de sa propre initiative. Outre le conseil national ou département, le ministre de la Santé, le Préfet, le directeur de l'ARS, le procureur de la République et un syndicat ou une association de praticiens ont la possibilité d'introduire une action devant la chambre disciplinaire[890]. Ainsi, la patiente va donc pouvoir déposer sa plainte auprès du greffe de la chambre disciplinaire de première instance du conseil départemental de l'ordre du professionnel concerné, médecin ou sage-femme, ce qui va ouvrir la première phase de la procédure : la conciliation. À réception de la plainte, le président du conseil départemental convoque les parties dans un délai d'un mois devant la commission de conciliation[891]. Une commission de conciliation est instituée auprès du conseil départemental de chacun de ces ordres[892]. Elle est composée d'au moins trois des membres de ce conseil. Si la conciliation échoue, faute d'accord du patient quant à son principe ou à son issue par exemple, le président transmet la plainte à la chambre disciplinaire de première instance avec l'avis motivé du conseil départemental, et ce, dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte. Il lui est permis de s'y associer[893].

Une précision importante doit être faite à ce stade. Les dispositions du Code de la santé publique font référence au terme de "plainte", que les ordres peuvent interpréter comme requérant un certain formalisme. Ainsi, dans la pratique, tout courrier écrit par une patiente ne sera pas traité comme une plainte par l'ordre des médecins. En effet, celui-ci voit dans un courrier dans lequel le mot ne figure pas une simple doléance. Il en résulte qu'un tel courrier se situe, pour cet organe, en dehors du champ de la procédure instituée par le code de la santé publique. Une simple "doléance" pourra certes donner lieu à conciliation, à la discrétion du conseil départemental, mais en cas d'échec de cette dernière, la doléance ne sera pas l'objet d'une transmission automatique à la section disciplinaire. Le conseil départemental ne procèdera à une telle transmission que s'il considère qu'une faute est avérée. Ainsi, le conseil départemental assure un rôle de filtre qui, quoi que cohérent au regard de l'histoire des ordres professionnels, n'est pas expressément organisé par le Code de la santé publique. Cette situation a été dénoncée par la Cour des comptes dans un rapport

[890] Article R. 4126-1 alinéa 1 du Code de la santé publique.
[891] Article L. 4123-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.
[892] Article L. 4123-2 du Code de la santé publique.
[893] Article L. 4123-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

de 2019[894], mais il nous a été permis d'observer qu'elle persiste encore aujourd'hui. Aussi, il nous faut insister sur l'importance pour les patientes de faire figurer le terme de "plainte" sur le courrier afin d'échapper à ce risque. En 2017, tout domaine confondu, ce sont 22% des signalements seulement qui ont été traités en plainte[895].

- La plainte de la patiente concerne un professionnel de santé chargé d'un service public, à l'instar des médecins et sages-femmes travaillant pour un établissement de santé public. Ici, les dispositions applicables sont celles de l'article L.4124-2 du Code de la santé publique : « Les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil national ou le conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit ». Il en est communément déduit que la poursuite ne peut être le résultat, même indirect, de la seule plainte de la patiente. L'initiative doit être celle du conseil départemental (ou de l'une des autres personnes reconnues compétentes)[896]. Autrement dit, il faut que le conseil départemental fasse sien le grief présenté par la plainte de la patiente. Il ne le fera que s'il considère qu'une faute est établie et souhaite la voir sanctionner, ce qui conduit à faire de cette étape une étape de pré-jugement. En outre, la procédure de conciliation décrite à l'article L.4123-2 du Code de la santé publique ne s'appliquant pas en cas de plainte contre un professionnel exerçant une mission de service public, le conseil départemental dispose d'une large marge d'appréciation concernant l'opportunité d'organiser ou non une conciliation. Cela est de nature à inciter les patientes à se tourner vers l'établissement public pour régler un différend avec un professionnel exerçant en son sein, établissement qui dispose lui aussi, en interne, de la possibilité d'organiser une conciliation, nous y reviendrons.

La procédure ordinale est-elle conforme à la Convention d'Istanbul ?

L'article 48 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique interdit les modes alternatifs de résolution des conflits obligatoires en ce qui concerne toutes les formes de violences couvertes par ladite convention. Par violence, la Convention fait référence à une "violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes et désigne tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée"[897]. Certains des actes dénoncés au titre des « violences gynécologiques et obstétricales » pourraient donc être considérés comme relevant du champ de cette convention et ainsi faire obstacle à l'organisation d'une conciliation ou d'une médiation. On pense notamment aux violences volontaires et/ou sexuelles.

[894] Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019, p. 100. Cette situation avait également été critiquée par la cour administrative d'appel de Paris (Cour administrative d'appel de Paris, 18 octobre 2012, n°11PA03595).

[895] Cour des comptes, *L'ordre des médecins, op.cit* p. 98.

[896] Article L. 4124-2 alinéa 1 du code de la santé publique.

[897] Article 3.a de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence l'égard des femmes et la violence domestique

La saisine de la chambre disciplinaire de première instance peut aboutir à deux effets. Elle peut d'abord être directement rejetée, sans aucune instruction, par le président de la chambre disciplinaire qui considérerait qu'elle ne relève « manifestement pas de la compétence de la juridiction » ou constaterait « qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une plainte »[898]. Si la plainte de la patiente passe ce filtre, une instruction sera ouverte. Un rapporteur sera désigné par le président du conseil départemental parmi les membres de la chambre disciplinaire de première instance. Ce rapporteur pourra entendre les parties, recueillir des témoignages ou procéder à des constatations[899]. Une expertise peut également avoir lieu. Le rapporteur remettra au président de la chambre son rapport qui comprend un exposé, qui se veut objectif, des faits, les pièces du dossier et les actes d'instruction accomplis[900]. Sur la base du rapport qui lui a été transmis, le Président peut choisir de classer l'affaire ou de renvoyer le professionnel de santé devant la chambre disciplinaire.

La patiente qui parvient à surmonter ces nombreux obstacles sera alors convoquée à l'audience, tout comme le professionnel mis en cause. L'audience est publique, mais le président peut "interdire l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie". La décision est rendue publique par voie d'affichage, elle est notamment publiée sur le site de l'ordre, mais elle fait l'objet d'une anonymisation afin que la patiente et le professionnel ne puissent être identifiés.

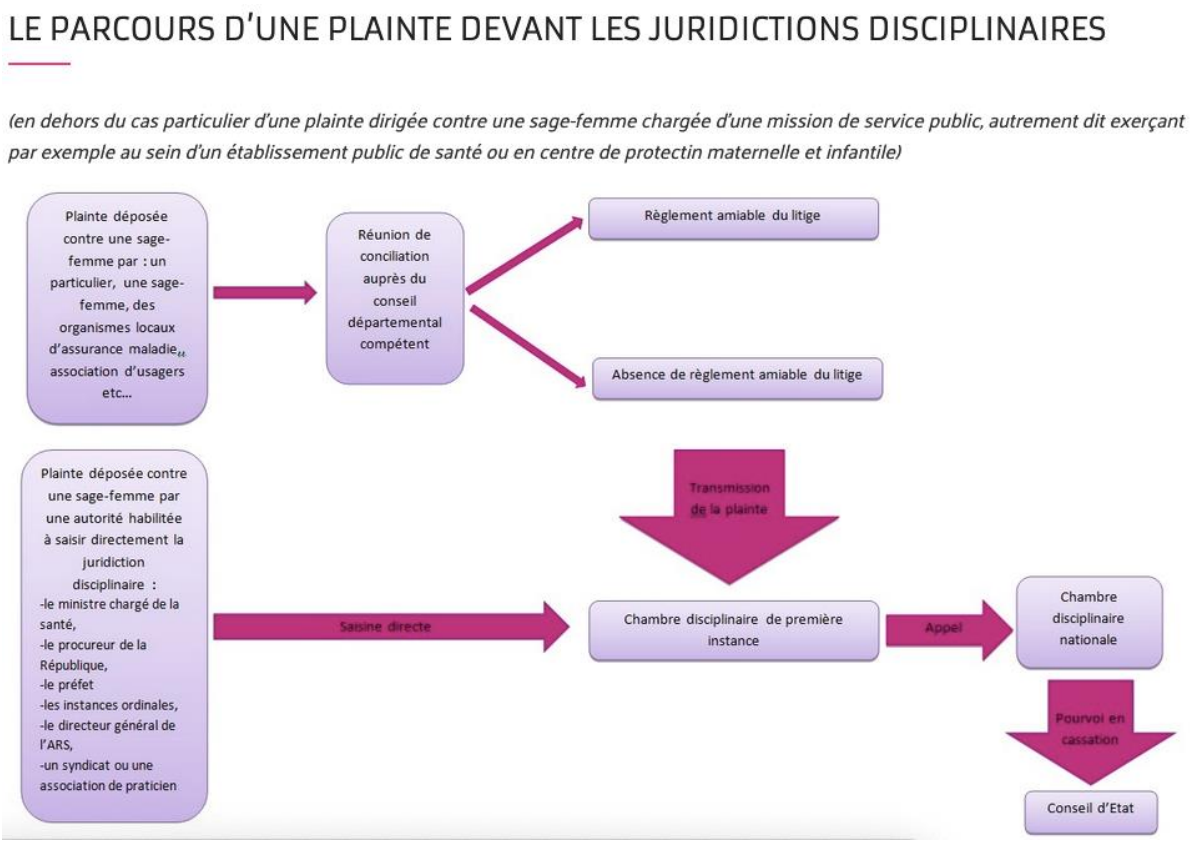


Schéma disponible sur https://www.ordre-sages-femmes.fr/ordre/juridictions-ordinales/pre-contentieux/

De façon classique devant les juridictions, les frais et dépens (frais d'expertise, d'instruction etc) sont à la charge de la partie perdante[901]. Ils sont recouvrés par le conseil national ou régional selon

[898] Article R. 4126-5 du code de la santé publique.
[899] Article R. 4126-18 alinéa & du code de la santé publique.
[900] Article R. 4126-18 alinéa 4 du code de la santé publique.
[901] Article L. 761-1 du code de la santé publique.

la juridiction qui s'est prononcée[902]. Cela signifie que la patiente dont la plainte serait rejetée pourrait avoir à supporter ces différents frais.

Issues possibles. Les sanctions disciplinaires sont prévues par l'article L. 4124-6 du Code de la santé publique : avertissement ; blâme ; interdiction d'exercer (temporaire sans dépasser trois ans, avec sursis) ; interdiction d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales (temporaire, avec sursis, permanente) ; radiation du tableau de l'ordre. À cela peut s'ajouter l'obligation de suivre une formation[903].

Exemple : Une patiente a consulté un gynécologue-obstétricien à deux reprises, en raison de difficultés à avoir des rapports sexuels alors qu'elle souhaitait avoir un enfant. Le médecin a procédé à un examen gynécologique à l'aide d'un spéculum lors de la première consultation et par toucher vaginal lors de la seconde dans des conditions que la patiente a ressenti comme un viol. Dans cette affaire, il n'est pas contesté que, lors de cette seconde consultation, le praticien a procédé à un toucher vaginal sans recueillir le consentement de la patiente, ni l'avertir de ce qu'il allait faire. En procédant ainsi, et alors que l'objet de la consultation résultait de difficultés à avoir des rapports sexuels, le praticien ne pouvait que générer chez la patiente des tensions. Il a pu constater que son hymen était épais de telle sorte qu'une pénétration digitale pouvait se révéler douloureuse. Le praticien a manqué à son devoir d'information loyale et appropriée, laquelle conditionnait l'expression par la patiente d'un consentement libre et éclairé. Le praticien a été sanctionné d'une interdiction d'exercer la médecine pendant une durée de deux ans, dont un an assorti de sursis[904].

Il est possible pour la patiente comme pour le professionnel de santé d'interjeter appel du jugement rendu par la chambre disciplinaire de première instance. L'affaire sera alors déférée à la chambre disciplinaire nationale. La décision rendue pourra ensuite faire l'objet d'un recours, dans le cadre d'un pourvoi en cassation, devant le Conseil d'État.

Avantages et inconvénients.

Par rapport à la procédure non juridictionnelle, il s'agit d'une procédure encadrée par la loi. Les juridictions ordinales relèvent de l'ordre administratif, les règles de la procédure administrative s'appliquent et, avec elles, les principes du procès équitable : les débats et les décisions sont publics, le principe du contradictoire s'applique, la décision doit être motivée etc. La procédure ordinale peut au demeurant avoir le même dessein qu'une procédure non juridictionnelle, à savoir la recherche d'un dialogue avec le professionnel de santé et d'explications sur ce qui s'est passé, auquel cas elle s'arrêtera à la phase de conciliation.

Par rapport aux autres procédures juridictionnelles qui seront étudiées par ailleurs, on peut citer :

- La rapidité. Contrairement à la procédure civile, pénale ou administrative, la procédure ordinale est enfermée dans des délais relativement courts : la chambre disciplinaire de première instance doit normalement statuer dans les six mois suivants la plainte[905]. En

[902] Article R. 4126-41 alinéas 1 et 2.
[903] Article L. 4124-6-1 du code de la santé publique.
[904] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, audience du 30 septembre 2021, n°14783.
[905] Article L. 4124-1 du code de la santé publique.

pratique, ce délai est dépassé mais il reste tout de même moins important que les délais observés devant les juridictions civiles, pénales ou administratives. En 2017, le délai moyen de jugement des chambres disciplinaires départementales était de neuf mois. En 2019, le délai moyen de jugement de la chambre disciplinaire national de l'ordre des médecins était quant à lui de un an et sept mois[906]. Dans l'affaire précitée, sept mois se sont écoulés entre la plainte et la décision de la chambre disciplinaire de première instance, délai infiniment plus court que ce que l'on observe devant les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif.

- Le coût, notamment parce que l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire. La patiente peut être assistée ou représentée par la personne de son choix ou se présenter seule[907].
- Une certaine souplesse des règles qui encadrent l'action :
    - Il n'y a pas de délai de prescription. Les patientes peuvent agir quand elles le souhaitent, y compris de nombreuses années après les faits.
    - Le principe "dispositif" ne s'applique pas. Conformément à ce principe, le juge civil est tenu par la demande de la patiente. Dès lors, si un manquement technique est invoqué et qu'au regard des faits il apparaît au juge qu'une faute d'humanisme a été commise mais qu'elle n'a pas été invoquée par la patiente, il ne pourra pas la sanctionner. Cela implique donc que la patiente détermine de façon très précise et rigoureuse les manquements qu'elle reproche au praticien dans le cadre de sa demande. Or, en matière de « violences gynécologiques et obstétricales », ces manquements peuvent être difficiles à qualifier. La juridiction ordinale, en revanche, n'est pas tenue de se limiter aux faits dénoncés par une plainte[908]. Elle connaît donc de l'ensemble du comportement du praticien. Dans le domaine qui nous intéresse, la chambre disciplinaire nationale retient les expressions « vécu traumatisant » et « inconduite sexuelle »[909].
    - La faute disciplinaire, contrairement à la plupart des infractions pénales, n'exige aucun élément moral pour être caractérisée, ce qui facilite sa démonstration[910].
    - Les manquements à la discipline ne sont pas limitativement énumérés, contrairement aux infractions pénales qui doivent respecter le principe de légalité. Les obligations disciplinaires (soins consciencieux etc.) sont suffisamment larges pour englober de nombreux manquements. La qualification d'un manquement disciplinaire apparaît donc infiniment plus aisée que celle d'une infraction pénale et même d'une faute civile.

Mais cette procédure présente également des inconvénients. On peut notamment citer l'absence de transmission automatique de la plainte d'une patiente à la chambre disciplinaire de première instance lorsque le professionnel exerce une mission de service public. Cette situation a fait l'objet de critiques de la Cour des comptes qui recommandait dans un rapport de 2019 de mettre fin à cette situation[911]. Cette protection fonctionnelle et la différence de traitement des professionnels selon leur secteur d'activité semblent mal à propos, *a fortiori* si l'on tient compte du fait que la transmission de la plainte à la juridiction n'aboutit pas nécessairement à une instance, ainsi qu'il l'a été vu.

---

906 Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, Rapport annuel d'activité de la juridiction ordinale, 2019, p. 11 ; Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019, p. 109.
907 Article L. 4126-2 du code de la santé publique.
908 CE, Section, 30 mars 1990, n°76961.
909 Entretien mené avec l'ordre des médecins.
910 J. Moret-Bailly, *Les institutions disciplinaires*, Mission de Recherche Droit & Justice, 2002, p. 58.
911 Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019, p. 23 et 26.

Un autre inconvénient tient à la spécificité de la sanction disciplinaire qui a vocation à être prononcée par des pairs. La juridiction est présidée par un juge administratif, certes[912]. Mais son caractère corporatif peut laisser craindre un manque d'indépendance et d'impartialité, ce qu'évoquent certaines patientes, qui y voient parfois même un manque de légitimité. Cette situation a d'ailleurs été dénoncée par la Cour des comptes en 2019 à propos de l'ordre des médecins, laquelle observait en outre un « manque de rigueur dans la gestion des conflits d'intérêts » et voyait dans ces défauts les « limites de l'activité juridictionnelle de l'ordre »[913]. Un exemple éloquent peut en être donné : le conseil départemental de l'ordre des médecins de Paris a vu sa responsabilité engagée en 2012 en raison de la carence fautive dont il avait fait preuve dans le traitement de plaintes concernant un gynécologue. Une première plainte pour « comportements déplacés » avait été déposée en 1988, une deuxième en 1990, une troisième en 1995, une quatrième en 2004, mais ce n'est qu'en 2006 que le conseil départemental avait saisi la chambre disciplinaire de première instance[914].

Ce caractère corporatif se retrouve également au stade de la conciliation au cours de laquelle la patiente se trouve face au professionnel qu'elle met en cause, mais également à ses pairs, ce qui peut constituer un contexte intimidant pour elle. C'est la raison pour laquelle elle a tout intérêt à être assistée ou représentée, même si elle n'est pas tenue de le faire.

Un autre inconvénient avait été relevé en 2011 par la Cour des comptes qui « s'interrogeait sur la qualité de la préparation des décisions juridictionnelles » en raison de la proportion très élevée d'annulation en appel des jugements rendus en première instance[915]. Puisqu'il est question d'une procédure juridictionnelle (ou d'aboutir à une telle procédure ici), sa mise en œuvre requiert des compétences et des connaissances juridiques dont il apparaît qu'elles font souvent défaut[916].

Le dédoublement de la procédure ordinale est également susceptible d'être problématique. Cette procédure comprend une procédure juridictionnelle mise en œuvre par une juridiction et qui n'est pas sans défaut ainsi que nous l'avons vu. Mais celle-ci elle est précédée d'une période qui n'est pas ou peu encadrée par le Code de la santé publique et laisse de ce fait une grande marge de manœuvre à ceux appelés à la mettre en œuvre, ce qui pourrait sans doute être utilement interrogé devant la cour européenne des droits de l'homme en termes d'impartialité de la procédure. Le conseil départemental de chacun des ordres dispose d'un pouvoir considérable en ce qu'il exerce une véritable fonction de pré-jugement des plaintes visant un professionnel exerçant une mission de service public afin de savoir lesquelles seront transmises à la juridiction. En outre, la distinction entre "plainte" et "doléance" faite par l'ordre des médecins qui a été envisagée par ailleurs lui confère un rôle de filtre.

On rappellera néanmoins que la procédure disciplinaire est autonome. Elle peut donc se cumuler avec une procédure devant les juridictions civiles, pénales ou administratives[917]. Il est possible d'engager une telle procédure afin que le praticien fasse l'objet d'une sanction disciplinaire et de la cumuler avec une procédure civile par exemple, afin qu'une indemnisation soit obtenue. Le recours devant un ordre disciplinaire peut également avoir une fonction d'archivage. Toute plainte est en effet consignée au dossier du professionnel. Aussi, la plainte d'une patiente qui ne donnerait lieu à

[912] Il est membre du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et est désigné par le vice-président du Conseil d'État. Article L. 4124-7 II du code de la santé publique.
[913] Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019, p. 23.
[914] Cour administrative d'appel de Paris, 18 octobre 2012, n°11PA03595.
[915] Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019, p. 119.
[916] En 2017, la chambre disciplinaire nationale comptait "quatre juristes expérimentés" ; Cour des comptes, *L'ordre des médecins. op.cit* p. 115.
[917] Article L. 4126-5 du Code de la santé publique.

aucune sanction, faute de preuve par exemple, pourrait corroborer les dénonciations ultérieures d'une autre patiente qui dénoncerait des manquements équivalents à l'encontre du même professionnel de santé[918].

B. La procédure devant le juge pénal

Lorsque l'on évoque la sanction des "violences gynécologiques et obstétricales", la plainte pénale fait figure de première intuition. En effet, le terme de violence renvoie à des qualifications pénales[919] et la peine est parfois considérée comme la seule véritable sanction du droit, ce qui mérite sans doute d'être nuancé. Comme cela a été démontré, bien qu'elle présente des particularités, la procédure pénale n'est qu'une voie parmi plusieurs autres. Lorsqu'une infraction pénale est commise, des poursuites pourront être engagées contre la personne auteur de l'infraction. Il convient d'évoquer ici l'initiative des poursuites d'abord (1), l'objet des poursuites ensuite (2) et les avantages et les inconvénients de cette procédure enfin (3).

1. L'initiative des poursuites

Si un comportement dénoncé correspond à la définition d'une infraction pénale, alors l'action publique est susceptible d'être mise en mouvement, soit à l'initiative du Ministère public, soit à l'initiative de la victime de l'infraction.

a. Par le ministère public

Par nature, le procès pénal oppose le ministère public, qui représente la société, à l'infracteur qui commet des faits contraires à la loi pénale. L'action publique peut d'ailleurs être définie comme l'action, exercée au nom de la société par le ministère public et qui a pour objet l'application, par une juridiction répressive, de la loi pénale à l'auteur d'une infraction afin de réparer le dommage causé à la société. Une fois qu'il est informé de la commission d'une infraction, par le biais d'une plainte de la victime de l'infraction, de la dénonciation d'un tiers ou encore du constat fait par les autorités publiques, le parquet peut décider de la mise en mouvement de l'action publique[920]. Il bénéficie d'un pouvoir organisé à l'article 40-1 du Code de procédure pénale : il décide de l'opportunité des poursuites. Cela signifie qu'au regard des éléments en sa possession, il peut décider de poursuivre, ou de ne pas poursuivre, l'infraction portée à sa connaissance. La mise en mouvement de l'action publique permet de faire entrer la procédure dans sa phase juridictionnelle : le parquet peut alors saisir un juge d'instruction (cette saisine est obligatoire en matière criminelle, mais seulement facultative en matière délictuelle), ou une juridiction de jugement qui devra statuer sur la culpabilité et la peine éventuelle à infliger à la personne mise en cause. C'est donc généralement le procureur de la République qui décide d'engager une procédure lorsqu'il est informé de certains faits.

b. Par la victime

Lorsque le ministère public a décidé de "classer sans suite" une infraction. La victime de cette dernière a la possibilité de "forcer" la mise en mouvement de l'action publique. Selon l'article 1er du Code de procédure pénale, si par principe l'action publique est mise en mouvement par le parquet, le second alinéa prévoit que « cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ». Cette mise en mouvement de l'action

[918] "L'instruction a au surplus révélé des précédents comparables à l'égard d'autres patientes inconnues de la plaignante" (Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, audience du 30 septembre 2021, n°14783).
[919] V. Supra sur les qualifications pénales à mobiliser.
[920] Art. 40 et 40-1 CPP.

publique par la victime est encadrée par l'article 85 du Code de procédure pénale. Selon ce texte, toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut, en portant plainte, se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent. Le même texte ajoute que « la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire ». Ces conditions de recevabilité ne sont pas exigées s'agissant des crimes ou d'infractions issues de la loi sur la liberté de la presse ou de certaines infractions du code électoral. Le juge d'instruction peut demander à la victime qui a déposé plainte la consignation d'une somme d'argent[921] pour éviter les plaintes abusives. La victime peut encore procéder par voie de citation directe de l'auteur de l'infraction devant une juridiction[922], là encore la consignation d'une somme d'argent pourra lui être demandée.

2. L'objet des poursuites

Seuls des faits constitutifs d'une infraction pénale peuvent être poursuivis, à condition que cette infraction ne soit pas encore prescrite. Il convient d'envisager l'exercice de qualification des faits infractionnels ainsi que les règles de prescription.

a. La qualification des faits

L'enjeu de la qualification. Théoriquement, la qualification pénale des faits doit se faire au plus près des éléments infractionnels qui ont été établis. Lorsque les faits sont susceptibles d'être appréhendés par plusieurs qualifications, c'est l'infraction la plus sévère qui doit être retenue et il n'y aura pas de cumul possible pour les mêmes faits. A titre d'exemple, lorsqu'un praticien commet des violences volontaires (infraction intentionnelle), il peut par le même acte violer une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (infraction non intentionnelle), dans cette hypothèse, la qualification de violences volontaires devra primer. Il est à noter que l'admission de certaines qualifications dans un champ où la pratique judiciaire n'a pas l'habitude de les appliquer relève de choix de politique criminelle qui peuvent mettre un certain temps à s'imposer.

Les différents moments de qualification. Les faits soumis à l'appréciation des autorités publiques seront qualifiés à différents moments. Tout d'abord, il est possible que la plainte déposée indique une qualification pénale qui semble pertinente pour la victime. Ensuite, les autorités de police judiciaire qui ont recueilli la plainte vont la transmettre au représentant du ministère public avec la qualification qui leur semble adaptée aux faits décrits. Cette qualification provisoire peut être différente de celle proposée par la victime et sera également déterminante des règles procédurales mises en œuvre car elles dépendent de la gravité et du type d'infraction pour lesquels la personne est mise en cause. Le ministère public informé de cette plainte propose à son tour une qualification pénale des faits. Si un juge d'instruction est saisi, il devrait également ouvrir son instruction judiciaire sur le fondement d'une qualification pénale. Enfin, les juridictions pénales compétentes et saisies pourront encore modifier la qualification à retenir pour les faits dénoncés. A titre d'illustration, les pratiques d'un gynécologue parisien dénoncées par des plaintes pour viols et viols aggravés sont finalement poursuivies sur le fondement de la qualification de violences

[921] Art. 88 CPP.
[922] Sur la procédure de citation directe v. art. 389 s. CPP.

volontaires[923]. Cette qualification de l'infraction est déterminante dans la mesure où elle conditionne la compétence des juridictions répressives : tribunal de police pour les contraventions, tribunal correctionnel pour les délits, cours d'assises et cours criminelles pour les crimes.

b. Le recours à la correctionnalisation

La correctionnalisation consiste à retenir une qualification délictuelle plutôt qu'une qualification criminelle, alors même qu'un crime est caractérisé dans tous ses éléments constitutifs. Ce procédé a été légalisé par la loi du 9 mars 2004 modifiant l'article 469 du Code de procédure pénale. Selon ce texte et par exception, le tribunal correctionnel ne pourra pas se déclarer incompétent s'il considère que les faits dont il est saisi ne sont pas de nature correctionnelle mais criminelle. Il faut que la partie civile ait donné son accord et qu'elle soit assistée par un avocat. Plusieurs arguments sont en faveur de la correctionnalisation, ce procédé permettrait un audiencement de l'affaire à plus court délai, devant des juges professionnels et sans l'épreuve que peut constituer un procès d'assises. La correctionnalisation est fréquente en matière d'infraction sexuelle permettant à des tribunaux correctionnels de juger des actes de nature sexuelle, impliquant des actes de pénétration théoriquement susceptibles d'être qualifiés de viols. Plusieurs arrêts impliquant des actes de pénétration digitale ou avec une sonde d'échographie retiennent ainsi la qualification d'agressions sexuelles[924].

3. Avantages et inconvénients de la procédure pénale

a) La limite de la prescription de l'action publique

L'action publique se prescrit par un an en matière contraventionnelle, six ans en matière délictuelle et vingt ans en matière criminelle[925]. En matière de violences gynécologiques et obstétricales, la date des actes dénoncés constitue le point de départ du délai de prescription de l'action publique. La qualification sur laquelle se fonde la procédure est donc déterminante de la possibilité d'introduire un recours. En effet, si l'action publique est prescrite alors le ministère public doit conclure à un classement sans suite. A cet égard, la détermination de l'ITT en cas d'atteintes aux personnes est d'une grande importance car lorsqu'elles sont sans ITT les violences et les atteintes non intentionnelles à l'intégrité ne sont que des contraventions qui se prescrivent au bout d'une année (art. 9 CPP). C'est notamment la raison pour laquelle une qualification délictuelle pourrait être envisagée pour les actes les plus graves, indépendamment de toute ITT[926].

b) Une procédure dans les mains du ministère public

Dans la procédure pénale, la victime de l'infraction n'est qu'une partie accessoire. Seul le ministère public a le pouvoir de requérir une peine qui lui semblera appropriée aux faits qui ont été commis, à condition qu'ils aient été établis. Cette peine est parfois éloignée des attentes des victimes dont la souffrance n'est pas toujours le mètre étalon de la sanction proposée. En effet, le ministère public représente la société et si la victime est autorisée à se joindre à l'action, c'est au nom de son droit à demander une réparation des préjudices subis du fait de l'infraction sur le terrain de la responsabilité civile. Le caractère peu satisfaisant que peuvent avoir certaines procédures

[923] V. not. "Affaire Emile Daraï : le gynécologue, mis en examen pour "violences volontaires", continuera ses consultations publiques dans un hôpital parisien", site *France Info*, publié le 28 nov. 2022.
[924] V. à titre d'exemple, Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 16-85186.
[925] Art. 7, 8 et 9 CPP.
[926] V. proposition qualification viol.

juridictionnelles pourraient donc inciter les victimes de "violences gynécologiques et obstétricales" à recourir à d'autres voies.

c) La prise en charge des frais de procédure

Pour les victimes, l'avantage principale de la mise en mouvement de l'action publique consiste dans le fait que toute la procédure et les frais afférents sont pris en charge par les autorités publiques. La recherche des preuves, l'ensemble des actes de la procédure, y compris la rémunération de l'expert éventuellement mandaté sont à la charge du Trésor public[927]. Il s'agit d'un avantage de la procédure pour les victimes qui ne seront pas dissuadées d'engager un recours en raison du coût de la procédure. En outre, il n'est pas obligatoire d'être assisté par un avocat.

d) L'exercice simultané de deux procédures

La mise en mouvement de l'action publique permet à la victime de bénéficier de l'efficacité d'une enquête pénale mise en œuvre par les autorités publiques pouvant aboutir à la répression de l'auteur des faits tout en accédant à une procédure destinée à l'indemnisation des préjudices subis. En effet, lorsqu'une victime se joint à la procédure pénale en se constituant partie civile, elle demande au juge pénal une indemnisation de son préjudice. Dès lors, deux actions (action publique et action civile) sont exercées devant le juge pénal. A titre d'exemple, une personne qui subirait des violences volontaires dans le cadre d'un accouchement pourrait saisir les juridictions pénales pour voir l'auteur des faits condamné à une peine mais également à des dommages intérêts destinés à indemniser ses préjudices. Il s'agit d'une option pour la victime d'une infraction pénale qui peut également décider d'introduire son action indemnitaire devant les juridictions civiles[928].

§3. Les procédures indemnitaires

Les procédures indemnitaires sont celles qui peuvent être introduites devant les juridictions administratives et civiles pour faire valoir le fait que la faute d'un professionnel est à l'origine d'un préjudice qu'il convient d'indemniser. La saisine de ces juridictions poursuit un but très précis, à savoir la réparation d'une atteinte à un droit, le plus souvent par l'octroi d'une somme d'argent. En matière de "violences gynécologiques et obstétricales", il peut s'agir du droit à l'intégrité corporelle ou psychique ou encore du droit à la dignité[929]. Pour que cette atteinte soit réparée, il convient d'engager une responsabilité, civile ou administrative. L'une et l'autre se focalisent sur la victime, non sur le responsable (au contraire de ce qu'il se passe pour la responsabilité pénale) ; elles ont une finalité indemnitaire qui les distinguent des autres voies judiciaires, même si la condamnation à verser des dommages et intérêts porte également en elle une dimension sanctionnatrice[930].

Avant d'envisager les caractéristiques communes aux procédures civiles et administratives en matière de responsabilité (B), il convient d'envisager le critère de répartition du contentieux entre ces deux ordres de juridictions (A).

927 E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op.cit* p. 744.
928 Art. 4 al. 1 CPP.
929 V. supra sur les préjudices.
930 V. not. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préface G. Viney, LGDJ, 1995 ; Ph. le Tourneau (s/dir de), *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Dalloz action, 11ème éd, 2018-2019, 010.12.

A. Répartition du contentieux entre juridictions administratives et civiles

L'objet d'une demande indemnitaire est toujours le même : il s'agit de demander une réparation des préjudices subis par l'octroi d'une somme d'argent. En matière de "violences gynécologiques et obstétricales", cette demande devra être adressée soit aux juridictions administratives soit aux juridictions civiles en fonction des circonstances de l'affaire. Cette répartition repose sur la qualité de la personne contre laquelle cette procédure est dirigée (1). Elle entraîne des différences dans le déroulement des différentes procédures (2).

1. Les personnes visées par la procédure

La répartition entre procédure civile et administrative correspond au partage de compétence entre les deux ordres de juridictions du système juridictionnel français. Dans un litige opposant l'administration (établissement public de santé) avec un de ses administrés, les juridictions administratives seront compétentes. En revanche, en cas de litige entre deux personnes privées (personne morale comme une clinique privée ou personne physique) alors les juridictions civiles de l'ordre judiciaire seront compétentes.

a) Un établissement public

Le contentieux des actes susceptibles d'être constitutifs de « violences obstétricales et gynécologiques » est largement traité par le juge administratif en raison de sa triple compétence. Tout d'abord, le juge administratif est en charge du contentieux de la responsabilité hospitalière. Or 70% des 750 000 accouchements annuels qui ont lieu en France se déroulent dans des établissements publics avec l'assistance du personnel de ces établissements[931]. Si un contentieux indemnitaire surgit à propos des conditions de l'accouchement, il y a donc statistiquement près de 3 chances sur 4 pour que ce soit le juge administratif qui ait à en connaître. Ensuite, le juge administratif est compétent pour connaître du contentieux de la fonction publique intéressant la discipline des sages-femmes et des infirmiers (IDE) et, dans une moindre mesure, de la discipline exercée sur les médecins hospitaliers par le Centre National de Gestion. Enfin, le Conseil d'État connaît en cassation, du contentieux ordinal des professions réglementées (médecins, sages-femmes et IDE). Il exerce à ce titre un contrôle des qualifications retenues par les chambres disciplinaires nationales des Conseils de l'ordre lorsque ceux-ci sont saisis de plaintes présentées par des patientes en raison des conditions dans lesquelles se sont déroulées leur suivi gynécologique et obstétrical, que ce soit en libéral comme en établissement médical public ou privé.

Il est à noter que lorsqu'une demande est déposée devant les juridictions administratives, elle vise exclusivement l'établissement dans lequel exerce le professionnel à l'origine de la violence et ne permet donc pas d'engager la responsabilité personnelle de ce professionnel.

b. Une personne privée

La procédure civile vise une personne privée, personne morale ou physique. Outre sa fonction indemnitaire, la réparation civile assure également, indirectement, une fonction accessoire de sanction de la personne privée condamnée. Cette fonction peut sembler relativise lorsqu'un

[931] Sources : Réseau Hôpital & GHT, Le tour de France des maternités : états des lieux, chiffres clés..., 22 octobre 2018. En ligne : https://www.reseau-hopital-ght.fr/actualites/specialites-medicales/maternite-nouveau-ne/les-maternites-en-france.html. L'accouchement peut avoir lieu dans l'enceinte d'un établissement public, mais avec une sage-femme libérale à la disposition de laquelle l'établissement met un plateau technique. En ce cas, les dommages résultant d'une faute de la sage-femme libérale engageront la responsabilité civile de celle-ci devant les juridictions civiles.

assureur garantit la responsabilité, comme c'est le cas pour tout professionnel de santé[932], ou que cette garantie est assurée par l'établissement de santé qui joue alors un rôle d'interface. Cependant, il ne faut pas négliger les conséquences que peut avoir ce type de condamnation sur la réputation de la personne visée, sa carrière ou encore le coût de son assurance. En outre, une condamnation civile peut constituer pour un professionnel de santé une forte sanction morale, quand bien même celui-ci n'aurait pas à s'acquitter personnellement de l'indemnisation de la victime[933].

La personne privée fautive peut être un établissement de soin privé ou encore un soignant exerçant à titre libéral ou à titre salarié dans le secteur privé. Dans le cas d'un exercice libéral, l'action sera dirigée contre le professionnel directement. Dans le cas d'un comportement reproché à un salarié du secteur privé, l'action sera dirigée contre le salarié et/ou l'établissement qui l'emploie (en fonction de la nature de la faute dont il est question : détachable ou non du fonctionnement de la personne morale). Elle est susceptible de viser spécifiquement le professionnel de santé. La faute détachable des fonctions du salarié est rarement admise en responsabilité civile[934], de sorte que la responsabilité de l'employeur constitue un rempart quasi infranchissable. Par sécurité, l'action devrait donc être dirigée à la fois contre l'établissement et son salarié, à charge pour le juge de répartir l'indemnisation entre les différents responsables impliqués.

2. Déroulement de la procédure

Il convient de distinguer ici entre les modalités de déroulement des procédures administrative et civile.

a. Procédure administrative

L'assistance d'un avocat est obligatoire dans le cadre de cette procédure. C'est donc ce professionnel qui se chargera d'accomplir les formalités requises. La patiente peut suivre l'état d'avancement de l'instruction sur une plateforme dédiée[935]. L'action doit être portée devant le tribunal administratif. Elle est dirigée contre l'établissement public de santé (on parle d'autorité administrative ou d'administration), à raison de manquement qui lui sont directement imputables ou de la faute d'un membre ou de plusieurs membres de son personnel. Les raisons de la saisine de la juridiction administrative diffèrent de celles de la juridiction civile. Ainsi que nous le verrons ultérieurement, une patiente saisit directement le juge civil afin d'engager la responsabilité civile d'un professionnel de santé. Dans le cadre de la procédure devant les juridictions administratives, la patiente saisit le juge administratif afin de contester la décision rendue par l'établissement de santé en réponse à sa réclamation formulée à la suite des violences qu'elle a subies de la part d'un membre de son personnel précisément identifié ou en raison de manquements dans l'organisation du service. La saisine du tribunal administratif ne peut donc intervenir que lorsqu'une décision a été rendue par l'établissement de santé et que celle-ci ne satisfait pas la patiente, par exemple lorsqu'elle demande une sanction d'un professionnel ou la réparation de ses préjudices et que cela lui est refusé. L'établissement de santé, en qualité d'administration, dispose de deux mois pour

[932] Sur l'affaiblissement de ce rôle en raison de l'effacement du responsable et de l'interface joué par son assureur v. S. Carval, *op.cit*, Y. Lambert-Faivre, « De la dégradation juridique des concepts de "responsable" et de "victime" », *D.* 1984, p. 51 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd, 2008, 26. Sur l'obligation d'assurance à laquelle les professionnels de santé sont soumis v. article L. 1142-2 du Code de la santé publique.

[933] Évoquant le fait qu'une condamnation pour faute est extrêmement traumatisante pour un médecin v. G. Viney, « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », *in Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, p. 851.

[934] V. supra

[935] https://sagace.juradm.fr/Authentification.aspx

répondre à la requête de la patiente. Lorsque ce délai est écoulé et qu'il ne s'est pas prononcé, il faut considérer qu'elle rejette implicitement cette demande[936].

Le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel siège l'administration à l'origine de la décision. L'action doit être introduite dans le délai de deux mois suivant la notification ou la publication de la décision qui est attaquée et dans le dans le délai de dix ans à compter de la consolidation du dommage[937], c'est-à-dire de la date où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent[938]

Pour saisir le tribunal administratif, il convient de déposer une requête qui indique les nom et domicile des parties, comprend l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge[939]. La requête peut être déposée au greffe de la juridiction (directement ou par voie postale) ou de façon dématérialisée sur une plateforme dédiée[940]. Cette requête doit être déposée par un avocat, la demande étant de nature indemnitaire[941].

Une fois la requête enregistrée par le greffe, l'affaire est instruite. L'instruction a « pour objet de réunir sur l'objet du litige, par le débat contradictoire sur des prétentions opposées ou par le résultat des mesures prescrites par la juridiction versé au dossier pour y être discuté, les éléments de fait et de droit qui vont permettre au juge de décider »[942]. Autrement dit, elle doit permettre au juge de trancher le litige qui oppose la patiente à l'établissement de santé. L'instruction se réalise selon une procédure essentiellement écrite. Le juge examinera alors les arguments des parties, les pièces qui lui ont été soumises, parmi lesquelles peut figurer un rapport d'expertise, celle-ci constituant un moyen d'investigation que le juge peut décider d'office ou à la demande des parties[943]. Un rapporteur est désigné afin qu'il effectue les mesures nécessaires à la mise en état du dossier[944]. Il fixe notamment une date à laquelle les parties doivent produire leur mémoire. Le mémoire de la patiente contient l'objet de sa demande, en l'occurrence ici l'engagement de la responsabilité de l'établissement de santé et la réparation de ses préjudices qui doivent être précisément listés et chiffrés et les arguments en ce sens. Il est important de faire preuve de précision, le juge ne pouvant se prononcer que sur ce dont il a été saisi.

b. Procédure civile

Dans le cadre d'une procédure devant une juridiction civile, l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire. Elle ne l'est que lorsque la demande porte sur un montant supérieur à 10 000 euros[945]. Une procédure judiciaire étant complexe, *a fortiori* lorsqu'elle a pour objet un dommage corporel, l'assistance d'un avocat apparaît toutefois souvent nécessaire.

L'action doit être portée devant le tribunal judiciaire (TJ). Le tribunal judiciaire compétent est celui dans le ressort duquel le dommage a été subi[946], autrement dit là où la violence a été commise.

---

936 Article R. 421-1 du Code de justice administrative.
937 Articles R. 421-1 du Code de justice administrative et L. 1142-28 du Code de la santé publique.
938 Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 8ème éd, 2015, 84.
939 Article R. 411-1 du Code de justice administrative.
940 https://citoyens.telerecours.fr/#/authentication
941 Article R. 431-2 du Code de justice administrative.
942 A. Courrèges, S. Daël, *Contentieux administratif*, PUF, 2013, p. 204.
943 Article R. 621-1 du Code de justice administrative.
944 Articles R. 611-9 et suivants du Code de justice administrative.
945 Art. 760 et 761 3° CPC.
946 Art. 46 du CPC.

L'action doit être introduite dans un délai de dix ans à compter de la date de consolidation du dommage[947], c'est-à-dire de la date où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent[948].

La saisine de la juridiction se fait par demande initiale qui doit être formée par assignation - un acte d'huissier de justice - ou par requête remise au greffe de la juridiction[949]. Au terme de l'instance, un jugement sera rendu. Un appel contre ce jugement pourra être interjeté devant une cour d'appel, dans un délai d'un mois. Enfin, un pourvoi en cassation pourra être formé devant la Cour de cassation contre l'arrêt rendu par la cour d'appel, dans un délai de deux mois.

B. Caractéristiques communes des procédures indemnitaires

Les procédures indemnitaires ont un objet identique : celui de la réparation des préjudices. Leurs conditions de mise en œuvre sont d'ailleurs les mêmes (1) et elles présentent logiquement des avantages et inconvénients communs (2).

1. Les conditions de la responsabilité

Pour qu'une procédure indemnitaire soit mise en œuvre, trois conditions doivent être réunies. Une ***faute*** doit avoir été commise et cette dernière doit avoir ***causé*** un ***dommage*** à la patiente ou à ses proches[950]. Faute, dommage et lien de causalité doivent donc être prouvés par le demandeur à l'action.

Une ***faute*** doit avoir été commise. Aucune condition de gravité n'est exigée et les fautes identifiées dans le champ des "violences gynécologiques et obstétricales" sont très variées[951]. Cette faute peut être une faute personnelle, commise par un praticien déterminé, ou une faute de service, une faute anonyme qui s'apprécie "indépendamment de l'agent qui l'a commise"[952]. La faute de service traduit un mauvais fonctionnement du service. Elle se distingue de la faute personnelle commise par un agent et qui est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle devant les juridictions civiles. Pour déterminer s'il y a faute de service, "le juge se demande ce que l'on était en droit d'attendre du service, compte tenu de la difficulté plus ou moins grande de sa mission, des circonstances, des ressources dont il disposait en personnel et en matériel, *etc*"[953]. En matière de « violences gynécologiques et obstétricales », cette faute trouvera sa source dans l'organisation et le fonctionnement du service ou dans l'exercice de l'art médical. Il se peut que la faute soit présumée, de sorte que la patiente n'aura pas à en apporter la preuve. Elle sera déduite de la situation, plus précisément des conséquences dommageables anormales ou inattendues.

Cette faute doit avoir ***causé*** un ***dommage*** à la patiente lequel se traduit juridiquement par divers préjudices dont il est demandé réparation. Si on reconnaît parfois à la responsabilité civile une fonction préventive : la sanction indemnitaire a un rayonnement plus large que l'affaire dans laquelle elle est prononcée et peut constituer une sorte d'avertissement pour l'ensemble de la profession visée. Mais puisque la finalité première de la responsabilité est l'indemnisation des préjudices, cette action ne s'adresse pas à une patiente qui estime n'avoir subi aucun préjudice ou

947 Art. L. 1142-28 CSP.
948 Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op.cit*, p. 84.
949 Articles 53 et 54 du Code de procédure civile.
950 Voir supra sur les victimes directes indirectes.
951 V. sur la qualification de la faute supra.
952 Ph. Le Tourneau (s/dir de), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz action 12ème éd, 1161.11.
953 Ph. Le Tourneau (s/dir de), *op.cit*, 1161.21.

ne souhaite pas voir ses préjudices réparés. Une typologie des préjudices envisageables a d'ailleurs été dressée préalablement.

2. Avantages et inconvénients des procédures indemnitaires

L'intérêt face aux procédures amiables. Contrairement aux procédures amiables, les procédures juridictionnelles indemnitaires sont strictement encadrées par la loi. La décision est prononcée par un juge, tiers impartial, investi d'une certaine autorité. La réparation que la décision peut prononcer doit être intégrale. À la différence d'une procédure amiable, la patiente n'a donc pas à faire de concessions, elle ne doit renoncer à rien. Soit son droit à réparation est reconnu et il sera mis en œuvre dans son intégralité. Soit son droit à réparation n'est pas reconnu et elle n'obtiendra rien.

Coûts et contraintes de la procédure juridictionnelle. Toute procédure juridictionnelle présente des inconvénients : délai, lourdeur, coût etc. La question du coût d'une telle procédure ne doit pas être négligée par les patientes. Ces coûts intègrent différents frais, comme la rémunération d'un avocat ou encore l'expertise dont le montant peut être mis à la charge de la patiente (qui doit alors avancer la somme), temporairement, dès le début de la procédure, ou définitivement à la fin de la procédure, quand la décision est rendue[954]. On précisera toutefois que tout ou partie de ces frais peuvent être pris en charge si la patiente se voit accorder le bénéfice de l'aide juridictionnelle.

La difficulté d'établissement de la preuve des préjudices. Comme cela a été évoqué, l'existence d'un préjudice est une condition de la responsabilité et donc de recevabilité des recours indemnitaires. C'est l'essence de la responsabilité, parfaitement illustrée par Noël Dejan de la Bâtie qui soulignait que « ce que la responsabilité (civile) doit réparer, ce n'est pas l'atteinte même portée aux victimes, mais les effets qui en résultent pour celles-ci »[955]. Il en résulte donc qu'un professionnel de santé peut avoir commis une faute sans que celle-ci n'ait toutefois causé aucun préjudice. Il s'agit d'une limite bien connue de la responsabilité, qui ne peut pas sanctionner un comportement fautif si ce dernier n'a pas causé de préjudice. Dans une telle situation, les procédures répressives constituent les seules procédures juridictionnelles envisageables.

La nature des préjudices causés par les "violences gynécologiques et obstétricales" suscite une difficulté supplémentaire. En effet, nombre d'entre eux sont d'ordre strictement psychologiques. Théoriquement, rien ne s'oppose à ce que les atteintes strictement psychiques soient réparées au moyen d'une action en responsabilité civile. Les atteintes psychologiques tendent d'ailleurs à être davantage prises en compte aujourd'hui qu'elles ne l'étaient par le passé. En pratique, toutefois, cette réparation se heurtera à la forte suspicion qui entoure les atteintes psychologiques, y compris lorsqu'elles ont été provoquées par une atteinte physique. Cette suspicion se matérialise au stade de l'expertise. Un exemple éloquent peut être donné concernant la réparation des souffrances endurées. L'évaluation se fait sur une échelle allant de 1 à 7, déterminant ainsi l'étendue de l'indemnisation. En matière de dommages purement psychologiques, il existe une règle implicite des médecins experts selon laquelle ce poste ne peut jamais excéder 3,5.

Ce problème n'est pas propre aux victimes de « violences gynécologiques et obstétricales », mais il se pose avec acuité en la matière, les dommages purement psychologiques y occupant une place importante. Il illustre la forte suspicion dont les victimes de dommages font l'objet, suspicion plus marquée encore en matière de dommages psychologiques.

---

[954] Article R. 621-12 du Code de justice administrative.

[955] N. Dejean de la Bâtie, *Droit civil français, Tome VI-2, Responsabilité délictuelle*, Librairies Techniques, 8ème éd, 1989.

Section 2 : Procédure non juridictionnelle

La procédure non juridictionnelle est la procédure que nous qualifierons ici d'amiable. « On désigne sous la dénomination de modes amiables de règlement des différends (MARD) (…) l'ensemble des procédés visant à résoudre les conflits de manière pacifique, c'est-à-dire en mettant les parties d'accord entre elles, souvent avec l'aide d'un tiers, mais sans intervention de nature juridictionnelle. Les MARD constituent des modes non juridictionnels de règlement des conflits : la solution négociée est librement consentie et non imposée par une entité tierce ; si un tiers peut intervenir (médiateur ou conciliateur), c'est seulement afin de faciliter l'accord entre les parties »[956]. Depuis plusieurs années en effet, le règlement extrajudiciaire des conflits se développe et est même incité par le législateur. Il en va ainsi dans le cadre des procédures juridictionnelles où la volonté de pacifier les rapports a conduit à faire une place toujours plus importante à la médiation et à la conciliation[957]. Logiquement, les MARD se sont également développés et ont été favorisés par le législateur en dehors de toute procédure juridictionnelle. C'est ainsi que le livre V du Code de procédure civile intitulé « La résolution amiable des différends » a été introduit en 2012. Des dispositions régissant ce règlement se retrouvent également dans le Code de justice administrative et dans le Code de l'organisation judiciaire[958]. Les MARD constituent donc également une voie susceptible d'être mobilisée par les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales ». De fait, il a été porté à notre connaissance par les associations de patients que la grande majorité des litiges portés à leur connaissance en matière de « violences gynécologiques et obstétricales » se résolvaient par une médiation.

Pourtant, les MARD sont sans doute la voie de résolution la moins connue. Aussi, il paraît nécessaire de formuler d'abord quelques remarques générales (§ 1) avant de préciser certains dispositifs particuliers de MARD accessibles dans le domaine de la santé et pertinents dans le cadre des « violences gynécologiques et obstétricales » (§2).

§ 1. Remarques générales relatives à la procédure non juridictionnelle

Liberté des échanges. Il ne s'agit pas ici de mener une étude juridique critique et détaillée des MARD, mais bien de les présenter dans leurs grandes lignes pour permettre au lecteur non juriste, non seulement de connaître leur existence, mais également de pouvoir saisir leurs avantages et leurs limites. A titre liminaire, il convient de préciser que les MARD recensés dans le Code de procédure civile n'épuisent pas les possibilités ouvertes aux parties. En effet, au fondement des MARD se trouve l'idée qu'un accord conclu entre les parties opposées à un différend est de nature à pacifier durablement les relations. Cette notion d'accord renvoie au champ contractuel qui est régi par un principe de liberté (article 1102 du Code civil). Ainsi, les parties ont toujours la possibilité d'entamer des échanges informels pour tenter de résoudre leur différend. La souplesse et la liberté laissées aux parties sont d'ailleurs au cœur de l'attractivité des MARD : les échanges sont menés de manière libre et non contraignante et ne sont pas enfermés dans un cadre rigoureusement

[956] C. Chainais et al., *Procédure civil. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 36e éd., Paris, 2022, p.1864, n°2387

[957] C. Chainais et al., *op. cit.*, n°2409, p.1880 et s. Ainsi, par exemple, il a été vu précédemment que la conciliation constitue une étape imposée de la procédure devant le conseil de l'ordre (v. *supra*). D'une manière générale et schématiquement, le mode judiciaire est le suivant : une partie saisit un juge et dans le cadre de cette procédure juridictionnelle, une résolution amiable du différend est recherchée par médiation ou conciliation. Si elle est obtenue, l'instance prend fin par un accord. Si elle n'est pas obtenue, l'instance se poursuivra avec une solution juridictionnelle donnée par le juge.

[958] Art. L. 213-1 du CJA et art. R. 131-12, R. 213-9-10, R. 213-9-11 du COJ.

juridique, de sorte que l'une des missions du tiers « facilitateur » de la négociation, s'il existe, « consiste à identifier les dimensions psychologiques ou sociologiques du conflit »[959].

Contenu de l'accord. Lorsque l'issue des échanges est favorable, les parties trouvent une résolution à leur différend dont le contenu peut être très varié : la victime peut obtenir les informations qu'elle recherchait, voir reconnaître par les professionnels de santé la réalité des dysfonctionnements et/ou des fautes dont elle a été victime, obtenir des excuses ou un engagement de leur part à remédier à ces dysfonctionnements ou à sanctionner ces fautes etc. ce qui peut la conduire, ou non, à renoncer à intenter une action judiciaire. La liberté des parties est totale dès lors qu'elles s'entendent sur le contenu de l'accord.
Une négociation peut également s'engager sur l'octroi d'une indemnisation en contrepartie, par exemple, de la renonciation de la patiente à engager les responsabilités civile et/ou administrative éventuellement en jeu. Dans ce cas, l'accord conclu par les parties a pour objet, par des concessions réciproques, de terminer une contestation née ou à naître. C'est la définition d'une transaction qui est un contrat nommé dont l'article 2044 du Code civil précise qu'il doit être rédigé par écrit. Si une telle transaction est conclue, elle va lier les parties sur tout ce qu'elle contient, de sorte que les griefs ayant fait l'objet de concessions ne pourront plus être soumis à un juge[960]. *A contrario*, tous les griefs qui n'auront pas été inclus dans la transaction, par oubli, choix ou parce que le dommage n'était pas encore connu, seront encore susceptibles de permettre l'engagement de la responsabilité du professionnel et/ou de l'établissement de santé.

Intervention possible d'un tiers. Si une résolution amiable du différend peut toujours être recherchée par les parties seules ou avec l'assistance de leurs avocats respectifs[961] ou de la personne de leur choix, elle peut également être facilitée par l'intervention d'un tiers. Il s'agira alors d'une médiation ou d'une conciliation[962]. Distinctes lorsqu'elles sont judiciaires[963], la conciliation et la médiation extrajudiciaires sont l'objet d'une définition unifiée à l'article 1530 du Code de procédure civile : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Ainsi, lorsque la médiation et la conciliation sont extrajudiciaires les termes de médiation et de conciliation s'emploient souvent indifféremment[964], de sorte que la dénomination choisie par les parties concernées importe peu.

Le Code de procédure civile distingue toutefois la médiation de la conciliation confiée à un conciliateur de justice. Dans le cadre d'une médiation conventionnelle, ce sont les parties elles-mêmes qui organisent la médiation, sans contrainte, ni forme imposée. « Quel que soit le conflit, les parties peuvent s'entendre pour qu'un tiers les rapproche et leur permette de parvenir à un accord. Cette forme épurée de la médiation n'aura que la force obligatoire que les parties voudront bien lui donner, à moins qu'elle aboutisse à une transaction, si les parties ont la libre disposition de leurs droits »[965]. Il est à noter que certaines institutions privées proposent des règlements de

[959] C. Chainais et al., *op. cit.*, n°2389
[960] L. Cadiet et Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 2019, p.95.
[961] Les parties pourront alors choisir de recourir à une procédure participative (articles 2062 et s. du Code civil et 1542 et s. du Code de procédure civile). Sur cette procédure, v. C. Chainais et al., *op. cit.*, n°2452.
[962] L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op.cit*, p. 233.
[963] C. Chainais et al., *op. cit.*, n°2424 et s.
[964] S. Amrani Mekki (s/dir de), *op.cit* p.7.
[965] L. Cadiet et Th. Clay, *op. cit.,* p.78-79.

médiations que les parties peuvent décider d'adopter[966]. Les conditions posées par le Code de procédure civile sont très générales et préservent donc largement la liberté des parties : le médiateur peut être une personne physique ou morale (article 1532), il ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n°3 du casier judiciaire ; il doit « posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation » (article 1533). Le rôle principal du médiateur est de favoriser les échanges, aussi « un bon médiateur ou un bon conciliateur doit (…) être formé aux techniques de négociation et mobiliser les acquis d'autres sciences humaines que le droit, telles que la psychologie ou la sociologie »[967]. En principe, il est rémunéré.
La conciliation conventionnelle confiée à un conciliateur de justice bénéfice de plus de précisions de la part du législateur. Les conciliateurs de justice font l'objet d'une nomination[968]. Ils bénéficient d'une formation et interviennent à titre bénévole, sous réserve d'une indemnité forfaitaire destinée à couvrir les frais qu'ils engagent pour mener à bien leur mission de conciliation. Ils recherchent activement avec les parties une solution au différend qui les ont conduites à le solliciter. En cas d'échec de la conciliation, le conciliateur de justice informe les parties des voies de recours juridictionnelles qui leur sont ouvertes. En cas de succès, le conciliateur établit un constat d'accord, lequel doit être établi par écrit et signé par les parties s'il implique la renonciation à un droit (agir en justice par exemple).
Qu'il s'agisse d'un accord obtenu à l'issu d'une médiation ou d'une conciliation, celui-ci peut faire l'objet d'une homologation par le juge, ce qui le rend exécutoire.

En pratique, dans le cadre des « violences gynécologiques et obstétricales », les procédures de médiation/conciliation sont institutionnalisées. En effet, et nous y reviendrons, l'ARS et les établissements de santé ont l'obligation d'organiser en leur sein une procédure de médiation. Ce sont alors ces institutions qui prennent en charge les coûts afférents à une médiation. Il en résulte que les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » ont tout intérêt à s'orienter vers ces procédures spécifiquement organisées, mais il est à noter que les procédures de droit commun précédemment évoquées leur restent accessibles, en particulier si l'auteur des faits est un professionnel agissant hors établissement de santé dans le cadre de son activité libérale.

Avantages et inconvénients. Quel que soit l'organe mettant en œuvre cette procédure, elle paraît appropriée lorsque la patiente souhaite avant tout qu'un dialogue s'instaure avec le professionnel de santé et bénéficier d'explications sur ce qu'il s'est passé. Le caractère amiable de la procédure permet, *a priori* du moins, d'instaurer un climat plus serein que ne le serait celui d'un litige juridictionnel. Une telle procédure est également plus facile, moins lourde et moins coûteuse à mettre en œuvre que ne l'est une procédure judiciaire qui pourrait par ailleurs apparaître disproportionnée aux yeux de la patiente. Enfin, une telle procédure présente l'avantage de la confidentialité. Les discussions et l'éventuel accord qui pourrait être conclu ne font l'objet d'aucune publicité contrairement à la procédure juridictionnelle. Le litige est donc confidentiel et ne sera connu de personne d'autre que des personnes concernées, ou d'un cercle restreint d'intervenants pour la médiation en milieu hospitalier. Un autre avantage non négligeable est celui de la gratuité. Mais la procédure non juridictionnelle n'est pas sans inconvénients. Elle n'offre pas à la patiente les mêmes garanties que celles offertes par un juge et notamment celle d'être entendue par un tiers neutre, indépendant et impartial. Le risque est grand pour elle de se trouver en position de faiblesse face à des personnes mieux armées qu'elle. Dès lors, la patiente aura tout intérêt à être assistée, d'un avocat notamment, afin d'être accompagnée, conseillée et informée. Mais elle ne pourra

[966] L. Cadiet et Th. Clay, *op. cit.,* p.80.
[967] C. Chainais et al., *op. cit.*, n°2389.
[968] Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

bénéficier de l'aide juridictionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'une procédure juridictionnelle. En tout état de cause, la voie amiable est celle privilégiée par les patientes, une association estimant que cette voie concerne 80% des personnes sollicitant son accompagnement.

Cette voie apparaît ainsi appropriée pour les patientes qui ne souhaitent pas engager une procédure juridictionnelle, qu'elles jugent :

- Trop lourde, mais qui souhaitent néanmoins aboutir à un effet équivalent en obtenant une indemnisation.
- Disproportionnée par ses effets potentiels (sanction civile ou pénale).

Plus généralement, cette voie est appropriée pour les patientes qui :

- Souhaitent uniquement obtenir des explications, des excuses, que leur statut de victime soit reconnu.
- Souhaitent que ce qu'elles ont vécu ne se reproduise pas.
- Souhaitent conserver une certaine confidentialité, qui ne se sentent pas prêtes à exposer leur vécu publiquement.

Elle ne sera pas appropriée pour les patientes pour lesquelles l'exemplarité et la publicité d'une décision est essentielle.

§ 2. Précisions sur des dispositifs particuliers

Dans le cadre de la recherche, différentes procédures amiables ont été rencontrées. Seront donc ici présentées : la procédure de résolution amiable des différends par une commission de conciliation et d'indemnisation (A), la procédure organisée par l'établissement de santé lui-même (B) et enfin, la procédure organisée conjointement par l'ordre professionnel et l'assurance maladie (C).

A. La résolution amiable du différend organisée par une commission de conciliation et d'indemnisation

Présentation du dispositif. Les commissions d'indemnisation et de conciliation (CCI) ont été créées par la loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner. Leur rôle est de « faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé »[969]. Les CCI sont présidées par un magistrat en activité ou honoraire de l'ordre judiciaire ou administratif et sont composées de représentants des usagers du système de santé, des professions de santé et de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).

La loi du 4 mars 2002 opère une répartition : les professionnels de santé doivent indemniser les dommages qu'ils ont causés par leur faute tandis que la solidarité nationale indemnise, sous conditions, les dommages causés par l'activité médicale, sans qu'aucune faute n'ait toutefois été commise. Plus précisément, cette indemnisation sera versée par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM). L'ONIAM et les CCI sont des structures distinctes mais qui

[969] Article L. 1142-5 du code de la santé publique. Il existe une CCI par région.

fonctionnent de manière complémentaire. La CCI instruit le dossier. Si elle ne constate aucune faute et que les conditions de bénéfice sont remplies, elle invite l'ONIAM à indemniser la victime. Si elle constate une faute, elle invite le professionnel de santé à indemniser la victime, comme il est légalement tenu de le faire. La CCI est à ce titre investie par le code de la santé publique d'une mission de conciliation[970].

Compte tenu de la définition des « violences gynécologiques et obstétricales » qui a été retenue dans le cadre de ce rapport, l'indemnisation des dommages subis par une patiente dans le cadre de sa prise en charge gynécologique et obstétricale qui ne seraient causés par aucune faute ne sera pas développée ici. Il sera simplement rappelé aux patientes qui subiraient des dommages sans qu'aucune faute n'en ait été la cause qu'une indemnisation par la solidarité nationale est possible. Sous certaines conditions, qui apparaissent restrictives. Il faut d'abord que le dommage résulte d'un accident médical, c'est-à-dire, d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soin. La jurisprudence considère qu'un accouchement réalisé par voie basse ne relève pas de cette catégorie, celui-ci étant un « événement naturel »[971]. Il faut, en plus, souffrir d'un dommage "anormal" et présentant un certain degré de gravité, autrement dit présenter un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique de 24%[972]. Pour déterminer ce taux, la CCI n'est pas tenue de recourir à l'expertise. Elle peut frapper une demande d'irrecevabilité pour "non atteinte manifeste des seuils de compétence". En 2021, ce sont 28% des demandes qui ont connu ce sort[973]. *De facto,* on pressent que de nombreuses victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » se trouveront exclues de cette indemnisation par la solidarité nationale

Avantages et inconvénients du dispositif. Le principal avantage de cette voie est sa gratuité. Les patients peuvent tout à fait privilégier cette voie et saisir une CCI, au détriment de la saisine d'une juridiction. Si la CCI considère que le dommage a été causé par une faute, peu importe le degré de gravité et l'anormalité de ce dommage, elle invite le professionnel de santé (ou son établissement employeur) à l'indemniser. En cas de refus ou de silence de ce dernier, l'ONIAM peut jouer un rôle de garant et dédommager lui-même la victime. Il y a donc pour les victimes une certaine sécurité. En outre, en s'adressant à une CCI, une patiente s'adresse à des tiers qui sont totalement extérieurs au litige qui l'oppose au professionnel de santé, gage de neutralité et d'indépendance.

B. La résolution amiable du différend organisée par l'établissement de santé

Présentation du dispositif. L'article R. 1112-91 du Code de la santé publique permet à l'usager d'un établissement de santé d'adresser une plainte ou une réclamation écrite au représentant légal de l'établissement de santé. Elle donne lieu à une "médiation médicale" qui a pour objectif de « restaurer le lien fragilisé entre le patient et le professionnel de santé ou son équipe »[974]. Elle ne peut avoir lieu qu'en présence d'une plainte ou d'une réclamation de nature médicale, laquelle n'est recevable que si elle émane de la patiente ou, en cas d'incapacité, du protecteur juridique ou encore, en cas de décès, de l'ayant droit. Toute plainte ou réclamation doit être transmise au représentant légal de l'établissement[975]. Ce dernier devra alors informer la patiente de la possibilité qui lui est

970 Article L. 1142-5 alinéa 4 du code de la santé publique.
971 CE, 27 juin 2016, n°386165.
972 Article L. 1142-1 II du code de la santé publique.
973 ONIAM, *Rapport annuel* 2021, p. 15.
974 https://www.iledefrance.ars.sante.fr/guide-sur-la-mediation-en-etablissement-de-soins
975 Article R. 1112-92 alinéa 1er du code de la santé publique.

offerte de saisir un médiateur et de la possibilité de se faire accompagner par un représentant des usagers membre de la commission des usagers pour la rencontre avec le médiateur.

Le médiateur médecin peut être saisi par le patient, directement ou après avoir été informé par l'établissement de la possibilité de le faire ou par le représentant légal de l'établissement. Une rencontre avec le patient doit avoir lieu dans les huit jours, sauf refus ou impossibilité de ce dernier[976]. Celui-ci peut être accompagné d'un représentant des usagers membre de la commission des usagers. Afin d'examiner le dossier du patient, le médiateur peut avoir besoin de consulter le dossier médical de ce dernier. Il ne peut le faire qu'avec l'accord de celui-ci. Dans les huit jours suivant cette rencontre, le médiateur adresse un compte rendu au président de cette commission, laquelle doit le transmettre sans délai, accompagné de la plainte ou de la réclamation, aux membres de la commission et au plaignant[977]. La commission peut rencontrer le patient, auteur de la plainte ou de la réclamation. En tout état de cause, elle « formule des recommandations en vue d'apporter une solution au litige ou tendant à ce que l'intéressé soit informé des voies de conciliation ou de recours dont il dispose. Elle peut également émettre un avis motivé en faveur du classement du dossier »[978]. Enfin, « dans le délai de huit jours suivant la séance, le représentant légal de l'établissement répond à l'auteur de la plainte ou de la réclamation et joint à son courrier l'avis de la commission. Il transmet ce courrier aux membres de la commission »[979].

Avantages et inconvénients du dispositif. Cette procédure présente l'avantage de se dérouler dans l'établissement au sein duquel la patiente estime avoir été victime de « violences gynécologiques et obstétricales ». Elle apparaît d'une certaine façon naturelle. Cela explique sans doute pourquoi, lorsqu'elle est utilisée par les patientes, la procédure extrajuridictionnelle est essentiellement organisée dans ce cadre. Précisons que sauf à ce que la patiente le demande expressément, les soignants directement concernés ne sont pas présents.

Mais cette internalisation de la réclamation est également le principal désavantage de cette voie. L'indépendance et l'impartialité sont exigées du médiateur médecin. C'est pourquoi, les guides de bonnes pratiques recommandent qu'il soit extérieur au service concerné par la plainte[980]. Mais il s'agira vraisemblablement d'un professionnel de santé de l'établissement, de sorte que le litige ne lui est pas complètement indifférent. Il s'agit de la première limite de cette procédure. En outre, il faut également signaler la grande diversité qui existe dans sa mise en œuvre, cette procédure étant plus ou moins organisée selon les établissements. Théoriquement, les établissements devraient donc aménager un circuit de plaintes afin que celles-ci soient systématiquement portées à la connaissance de leur représentant légal. En pratique, ces plaintes demeurent souvent au sein même du service concerné. En outre, le Code de la santé publique ne dit rien de la façon dont la médiation doit se dérouler, de sorte qu'une certaine hétérogénéité des pratiques peut exister. Depuis quelques années, toutefois, une certaine standardisation est à l'œuvre. L'Agence régionale de santé d'Île-de-France a publié en 2019 un « guide de la médiation » contenant des recommandations sans toutefois poser de cadre rigide, de sorte que les pratiques varient. La médiation peut se dérouler en présence du médecin médiateur uniquement, en présence d'un binôme de médiation comprenant un médecin et un non médecin ou en présence d'une équipe de médiation comprenant un représentant des usagers, un représentant de la direction de l'établissement hospitalier et le médecin médiateur. On notera par ailleurs que ces dernières années la médiation s'est professionnalisée. Les médiateurs étaient auparavant des autodidactes ; il existe désormais une association des médecins médiateurs. Ceux-ci sont des médecins volontaires ou sollicités, mais ce

976 Article R. 1112-93 du code de la santé publique.
977 Article R. 1112-94 alinéa 1er du code de la santé publique.
978 Article R. 1112-94 alinéa 2 du code de la santé publique.
979 *Ibid.*
980 ARS IDS p. 10.

sont le plus souvent des personnes qui assurent la médiation en plus de leur activité professionnelle. Cela explique les délais assez longs qui peuvent avoir court pour obtenir une médiation.

C. La résolution amiable du différend organisée conjointement par l'ordre professionnel et l'assurance maladie

Une résolution amiable du différend opposant une patiente à un professionnel de santé peut être organisée spécifiquement en cas de refus de soins. Dans une telle situation, la patiente concernée peut saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné. Conformément à l'article L. 1110-3 alinéa 2 du Code de la santé publique, cette saisine s'analyse en une plainte qui doit donner lieu à une conciliation, dans les trois mois, lorsque cette situation ne constitue pas un cas de récidive. Celle-ci est menée par une commission mixte composée à parité de représentants du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné et de l'organisme local d'assurance maladie. En cas d'échec des discussions, ou en cas de récidive, la procédure s'orientera vers la voie juridictionnelle, le président du conseil territorialement compétent transmettant la plainte à la juridiction ordinale compétente avec son avis motivé et en s'y associant le cas échéant.

Conclusion générale

Cette recherche systématique sur « les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit » a ainsi permis de révéler que, contrairement à ce qui a pu et peut encore être avancé, notamment par la presse, le droit dispose d'ores et déjà des outils nécessaires tant à la prévention des « violences gynécologiques et obstétricales » qu'à leur sanction et ce y compris au regard de leur très grande diversité de nature. Cela ne signifie pas que les dispositifs juridiques existants ne sont pas perfectibles et la recherche a pu ainsi identifier plusieurs axes d'amélioration, à la fois sur les terrains de la prévention et de la sanction. Sur le volet sanction, la recherche a pu montrer l'opportunité soit de faire évoluer certaines qualifications comme la faute professionnelle qui pourrait appréhender le manque de savoir être au-delà des défaillances en matière de technique médicale. Les qualifications pénales pourraient aussi évoluer, notamment par une appréciation rénovée de l'ITT en cas de stress post traumatique, ou encore par la création d'une infraction nouvelle pour saisir les atteintes à l'intégrité des organes sexuels indépendamment de l'existence ou non d'une ITT et sans référence à l'intention sexuelle afin d'éviter de forcer les qualifications existantes de viol et d'agressions sexuelles. Sur le volet préventif, la recherche montre également l'opportunité de favoriser une certaine diversification de l'offre en matière obstétricale. A cette fin, le rapport invite à établir un cadre clair et sécurisant pour tous les acteurs afin de favoriser le développement tant des maisons de naissance que des accouchements en plateau technique ou des accouchements assistés à domicile. Plus généralement, le rapport s'interroge sur la valorisation dans le cadre des modalités actuelles de financement de l'activité médicale de l'accompagnement non interventionniste, qu'il s'agisse de la valorisation de l'accompagnement des accouchements (réellement) physiologiques ou de la valorisation du temps d'échange entre les professionnels de santé et les patientes dans un contexte qui est souvent non pathologique (sexualité, contraception, grossesse, accouchement, etc).

Mais l'effectivité du droit ne se réduit pas à son énonciation. Elle est tributaire de sa mise en œuvre par les acteurs de terrain, à savoir pour les « violences gynécologiques et obstétricales », les professionnels de santé, les patientes et les professionnels du droit. A cet égard, plusieurs constats ressortent du rapport dont le premier, encourageant, est que la vague de dénonciation des « violences gynécologiques et obstétricales » a été à l'origine d'une évolution, toujours en cours, des pratiques médicales. Il n'en demeure pas moins que les professionnels de santé ne sont pas suffisamment formés au droit et ont le plus souvent reçu les informations dont ils disposent de personnes intéressées, qu'il s'agisse de confrères ou de consœurs, des services juridiques de l'hôpital toujours inquiets du contentieux ou de l'assistance juridique de leur assurance dont le conflit d'intérêts à cet égard est patent. Il en résulte une insuffisante et souvent partielle intégration des principes fondamentaux énoncés par la loi Kouchner en 2002, en particulier quant à la signification du consentement et à l'étendue de la responsabilité des professionnels. A cet égard, le rapport établit une présentation détaillée et expliquée de ces fondements appliqués à la situation particulière des « violences gynécologiques et obstétricales » et pourra donc constituer une source d'informations précieuses et de référence pour les professionnels de santé.

Au-delà de ces difficultés d'accès au droit qui régit leur activité, les professionnels sont confrontés à une difficulté majeure : la possibilité matérielle de réaliser leur pratique conformément aux prescriptions juridiques compte tenu de leurs conditions d'exercice et de rémunération. La situation n'est pas propre aux « violences gynécologiques et obstétricales ». Elle est à l'origine de violences qui pourraient être qualifiées d'institutionnelles et dont la résolution relève d'une volonté des pouvoirs publics.

Au demeurant, les évolutions, déjà en cours du côté des professionnels de santé, doivent également intervenir du côté des professionnels du droit. En ce sens, le rapport constate les difficultés pour

les patientes de voir reconnaître en justice certains chefs de préjudice ou condamner certains manquements caractérisés. Le rapport entend ainsi sensibiliser les professionnels du droit à ce contentieux, en clarifiant les qualifications juridiques susceptibles de saisir les actes litigieux et les préjudices subis et en insistant sur la nécessité pour la justice de se montrer en capacité d'entendre ces patientes. A cet égard, le rapport rejoint les travaux récents sur l'expertise en matière médicale visant à en améliorer l'organisation et le déroulé, tant quant à la qualification de l'expert, que quant à la délimitation de sa mission et à l'organisation pratique du contradictoire. Il rejoint également les critiques qui ont pu être adressées récemment par la Cour des comptes à l'ordre des médecins en particulier. Au fil de ce travail d'analyse critique du contentieux lié aux « violences gynécologiques et obstétricales », le rapport s'est attaché à fournir aux patientes un guide des différentes procédures mobilisables en fonction de leur situation et de ce qu'elles cherchent à obtenir, incluant non seulement les procédures juridictionnelles, mais également les principaux modes alternatifs de règlement des différends. Il tend ainsi à clarifier pour les patientes, mais également pour les professionnels de santé, le paysage de la répression et/ou de la réparation des actes de « violences gynécologiques et obstétricales ».

Perspectives de la recherche

Au-delà des résultats juridiques de la recherche et des nombreuses perspectives techniques qu'ils ouvrent, plusieurs pistes de réflexion et d'évolution de notre champ d'étude ont été ouvertes grâce à la parole recueillie dans le cadre des entretiens filmés des « grands témoins » de ce projet[981]. Ces perspectives d'amélioration de la situation en matière de « violences gynécologiques et obstétricales », qui faisaient l'objet de la troisième et dernière question de l'entretien, se rejoignent autour de cinq points principaux :

- Offrir une information de qualité pour permettre les choix éclairés des patientes en matière de santé gynécologique et obstétricale
- Apprendre aux soignants à écouter et à comprendre les besoins de leurs patientes
- Développer les moyens de diffuser les bonnes pratiques
- Clarifier et renforcer l'accès au droit
- Redonner les moyens aux soignants de pratiquer une « bonne » médecine

Offrir une information de qualité pour permettre les choix éclairés des patientes en matière de santé gynécologique et obstétricale. « Écouter et respecter les choix des femmes » constitue l'une des premières réponses qui ont été formulées à la question posée aux « grands témoins » quant aux perspectives d'évolutions de la prise en charge des femmes en matière de gynécologie et d'obstétrique. Il s'agit d'abord d'accepter les choix des femmes qui souhaitent une prise en charge particulière[982]. A cet égard, les demandes d'accouchement pas ou peu médicalisé constituent un exemple parlant. La grande médicalisation des accouchements (déclenchement, ocytocine, monitoring continu, perfusion continue, péridurale, position gynécologique d'accouchement, poussée dirigée, épisiotomie, délivrance dirigée) ne devrait pas être la seule option offerte aux femmes. A cet égard, nombreux sont les témoignages qui rappellent que le sujet de l'accouchement à domicile « doit être mis sur la table »[983], et que sa mise en œuvre pratique doit être rendue possible pour les femmes qui le souhaitent. Admettre la multiplication des maisons de naissances et des filières physiologiques comme un moyen concret de répondre aux attentes de nombreuses femmes qui n'ont pas besoin, en première intention, de l'arsenal sécuritaire des services hospitaliers. A cet égard, il est important d'admettre que la perception de la naissance par les familles ne soit pas celles des soignants qui, pour beaucoup, disent que « l'accouchement est un « moment à la fois violent et dangereux »[984]. Cependant, même certains chefs de service à la maternité admettent que l'accouchement à domicile peut être pleinement sécuritaire, à condition de respecter certains critères de prise en charge[985]. La liberté de choix des femmes et des familles devrait également être appliquée aux conditions d'accompagnement des femmes au moment de la naissance : présence

[981] Les vidéos sont disponibles sur le site de la médiathèque de l'Université Paris 1 : https://mediatheque.univ-paris1.fr/isjps-institut-des-sciences-juridique-et-philosophique-de-la-sorbonne-umr-8103/les-violences-gynecologiques-et-obstetricales-saisies-par-le-droit/

[982] Sur l'aspect gynécologique, v. le témoignage de Lucie Quéré.

[983] V. le témoignage d'Anna Roy.

[984] V. le témoignage de B. De Sarcus.

[985] V. le témoignage de Jacky Nizard.

du père, d'un autre accompagnant[986], ou même d'une sage-femme libérale[987] choisis par la famille. Pour permettre ces choix, une information claire et complète doit être donnée aux femmes quant à toutes les possibilités qui s'offrent à elle. Il s'agit d'un autre point faisant l'objet d'un consensus : les femmes et les familles ne reçoivent qu'une information tronquée faisant obstacle à l'expression de choix libres et éclairés. Même si, comme le soulignent nombre de nos « grands témoins », des progrès ont été faits en ce domaine[988], la marge de progression demeure importante notamment pour offrit une place pleine et entière à la physiologie dans l'accompagnement des naissances[989]. La prise en compte de la volonté des femmes dans les modalités de leur prise en charge permettrait sans doute de limiter leurs expériences négatives. A cet égard, plusieurs « grands témoins » indiquent qu'il serait indispensable de multiplier les enquêtes de santé publique, qui pourrait mobiliser des outils nouveaux pour mesurer le « bien-être » des femmes dans leurs parcours gynécologique et obstétrical. Une suggestion consiste dans l'élaboration d'indicateurs mettant en relation les conditions d'accouchement et les taux de dépression du *post partum* ou encore le nombre de femmes qui décident de revenir accoucher au sein d'un même service[990]. L'écoute des femmes et la prise en compte de leur choix passe nécessairement par un dépassement des stéréotypes de genre relatifs aux femmes enceintes qui ne seraient pas en état de décider pour elles-mêmes et par une revalorisation de la puissance des femmes qui sont libres de disposer de leur corps et ont la pleine capacité d'enfanter par elle-même[991]. Au-delà même de cette idée de pleine capacité des femmes, pourraient leur être reconnues des connaissances empiriques sur leurs propres corps et leurs éventuelles pathologies[992] grâce, notamment, aux acquis de l'expérience. Ces connaissances, partagées avec les soignants permettraient de définir les contours d'une prise en charge conjointement élaborée et comprise par les patientes.

Apprendre aux soignants à écouter et à comprendre les besoins de leurs patientes. Dans le prolongement de cette première piste d'écoute accrue des patientes, l'ensemble des acteurs interrogés s'accordent pour considérer la formation des soignants comme lacunaire en termes de posture, de savoir-être, d'humanité[993], de bienfaisance, de bien traitance ou d'empathie. Décrite comme essentiellement « technique », « extrêmement médicale » ou « hospitalo-universitaire », la formation des soignants – sages-femmes comme gynécologues – gagnerait à être enrichie de cette écoute nouvelle des patients. L'empathie pourrait être travaillée par des mises en situation ou un travail de prise de parole et d'écoute à l'occasion d'ateliers pratiques. L'intervention systématisée de patients experts à tous les stades de la formation initiale et continue des soignants devrait également permettre de prendre en compte les préoccupations concrètes auxquelles sont confrontées les familles. La culture médicale en serait profondément transformée, permettant par exemple aux professionnels d'accueillir un refus de soin ou de traitement ; situation aujourd'hui

986 Certaines femmes pourraient par exemple solliciter la présence d'une doula (accompagnante non médicale à la naissance), comme cela se fait dans de nombreux pays étrangers, Canada, Etats-Unis, Angleterre notamment.
987 V. le témoignage d'Anna Roy.
988 V. le témoignage de Alba Horvat. Elle évoque notamment les podcasts grand public qui parlent de la naissance et en particulier des naissances physiologiques comme *Bliss Stories*.
989 V. le témoignage de Chantal Birman.
990 V. le témoignage de Alba Horvat.
991 Il est à noter que ces stéréotypes de genre sont également subis par les étudiantes sage-femmes et les femmes médecins auxquelles sont imposées de nombreuses brimades au cours de leurs formations.
992 A cet égard, le cas des patientes atteintes d'endométriose est particulièrement parlant.
993 Cette référence à l'humanité de la prise en charge a été soulevée par Maïa Brami concernant la grande technicité et l'inhumanité des parcours de PMA dans lesquels la détresse humaine est pourtant souvent très grande.

difficilement audible *a fortiori* lorsqu'il s'agit de femmes enceintes vouées à donner la vie. Ce rapport renouvelé au patient dans l'élaboration du soin permettrait également de penser la place des pères dans l'accompagnement des naissances[994]. L'idée serait essentiellement de pouvoir aboutir à la « co-construction d'un diagnostic et d'une thérapeutique »[995] ; et ce y compris dans les situations d'urgence[996]. Aujourd'hui une place à la parole des patients est notamment faite grâce aux commissions d'usagers. Une proposition faite dans le cadre des témoignages consisterait à faire du vécu des parents ou des femmes un élément déterminant de l'analyse des pratiques[997]. Cette approche va d'ailleurs dans le sens de la dynamique aujourd'hui soutenue par le CNGOF d'expliquer aux patientes la raison des gestes qui ont dû être réalisés, parfois dans l'urgence dans le cadre de « debriefing » systématiques. Les recommandations en ce sens de cette importante organisation professionnelle marquent le début d'une prise de conscience au sein de la communauté médicale. Une formation renouvelée des soignants, impliquant des dimensions plus psychologiques et humaines et notamment des connaissances sur le stress post traumatique, ses causes et ses effets, aurait sans doute des répercussions positives sur le vécu des patientes dans leurs suivis gynécologique et obstétrical. Pour que ces éléments puissent intégrer efficacement les cursus de formation, il est indispensable que les soignants soient eux-mêmes invités à discuter et à s'impliquer dans ces changements de perspective.

Développer les moyens de diffuser les bonnes pratiques. Outre les évolutions possibles de la formation des soignants, il apparait indispensable que les organisations professionnelles et les organisations internationales, qui sont investies d'une grande autorité au sein de la communauté des soignants, participent activement à la diffusion des bonnes pratiques (conformes aux données acquises de la science) mais également à mettre un terme à des pratiques dorénavant considérées comme délétères et ainsi contraires au droit. Il est d'ailleurs intéressant d'imaginer quelles seront les pratiques, aujourd'hui admises, qui seront ultérieurement considérées comme inacceptables[998]. En effet, si les études scientifiques sont nombreuses en matière de gynécologie et d'obstétrique, et si certaines font l'unanimité quant à leurs conclusions, on observe dans le milieu médicale un temps long pour l'intégration de ces nouvelles « bonnes pratiques ». A titre d'exemple, l'OMS considère que le taux moyen d'épisiotomie devrait être autour des 10%, il est pourtant proche du double en France. Comment comprendre la persistance de ce chiffre, alors que le caractère trop systématique de cet acte est théoriquement remis en question ? Aussi, à l'instar de certaines recommandations des organisations professionnelles de gynécologie, le déploiement des réseaux d'information sur les bonnes pratiques semble souhaitable. L'un des « grands témoins » évoquait un réseau régional de professionnels qui travaille sur les questions de bientraitance au sein des services de maternité et élabore des outils pédagogiques à destination des personnels soignants[999]. A l'aide de petits films pédagogiques, ces chefs de services invitent les professionnels à penser leur posture. Pour un autre « grand témoin » il apparait important que « les leaders d'opinion prennent leur courage à deux mains »[1000] pour contribuer à ce changement de paradigme et pour éviter que les évolutions

994 V. témoignages de Benoit De Sarcus et Gadha Hatem.
995 V. témoignage de Philippe David.
996 V. témoignage de Alexandrine Guyard-Nedelec.
997 Selon Anne Evrard, il faudrait des « RMM (revue de morbidité et de mortalité) de vécu ».
998 Jacky Nizard invite à cette réflexion dans son témoignage.
999 V. témoignage de Ghada Hatem.
1000 V. témoignage de Philippe Deruelle.

aujourd'hui amorcées peinent à s'implanter en raison des résistances possibles sur le terrain. L'implication des professionnels de santé peut utilement être recherchée par l'élaboration de labels divers dont la mise en œuvre est aux mains des premiers concernés.

Redonner les moyens aux soignants de pratiquer une « bonne » médecine. L'unanimité des professionnels et des « grands témoins » entendus dans le cadre de ce projet s'accordent pour affirmer que la crise du système de santé est un frein à une meilleure prise en compte des « violences gynécologiques et obstétricales ». En effet, l'hôpital public connait une crise sans précédent qui a nécessairement des répercussions sur la gestion des services de maternité. Le manque de moyens des services de santé a des conséquences dramatiques sur les conditions de travail des soignants et au bout de cette chaîne causale, sur la prise en charge des patients, au point d'ailleurs qu'une sage-femme ait pris le temps de raconter le rythme intenable de l'une de ses gardes en postant sur les réseaux sociaux le *hashtag* « je suis maltraitante »[1001]. Pour certains, cette surcharge de travail permanente est nécessairement un « facteur de violence »[1002]. Au regard des circonstances de travail unanimement décrites, il ne semble pas possible que les prises en charge gynécologique et obstétricale des femmes soient à la fois individualisées, humaines, adaptées aux souhaits des patients, et sécuritaires alors même que le temps et les personnels manquent à tous les niveaux. Les logiques de rentabilité des services s'opposent aux échanges informels qui peuvent s'instaurer entre soignants au sein d'un service pour réguler les pratiques, faute de temps. Pour l'ensemble des partenaires à la recherche, la nécessité d'augmenter les effectifs apparait comme un impératif. Le mot d'ordre militant « une femme = une sage-femme » a d'ailleurs été repris à de nombreuses reprises dans les témoignages destinés au projet. Une femme qui accouche a besoin d'un accompagnement continu, global, de nature à faire naître une relation de confiance. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle est préconisée de favoriser l'existence d'un choix pour les familles dans l'accompagnement dont elles peuvent et veulent disposer. Mieux formés et mieux dotés, les soignants pourront retrouver une forme de confiance en eux-mêmes indispensable à nourrir leur confiance à l'égard des patients[1003]. Enfin, la proximité avec les patients et le déploiement des relations interindividuelles n'est possible que dans des structures de prise en charge à taille humaine : domicile, plateau technique, maison de naissance, petites maternités alors que la tendance est au contraire à la mutualisation des services de maternité au sein de structures démesurées qui font la course à des indicateurs chiffrés de réussite et d'efficacité[1004], ce qui a des conséquences néfastes sur la prise en charge des femmes et sur les conditions de travail des soignants. Sur cet aspect des moyens de la santé, personne ne s'y trompe, la question est politique. Il faut que les décideurs fassent de la bientraitance dans la prise en charge gynécologique et obstétricale des femmes une priorité[1005]. C'est en s'éloignant d'un « modèle fordiste de la naissance » dans lequel les soignants sont autant dévalorisés que les femmes standardisées, que des avancées en matière de prévention des « violences gynécologiques et obstétricales » pourront avoir lieu.

[1001] V. témoignages de Anna Roy.
[1002] V. témoignage de Benoit De Sarcus.
[1003] V. témoignage de Philippe David.
[1004] Ces chiffres sont essentiellement basés sur la mortalité des mères et des bébés.
[1005] V. témoignage de Margaux Collet.

Clarifier et renforcer l'accès au droit. Parmi ces perspectives d'amélioration du soin en matière gynécologique et obstétricale, la place du droit apparait déterminante, y compris aux yeux des professionnels eux-mêmes. Cette place du droit est à la fois symbolique et pratique. Symboliquement, le droit joue un rôle de régulation des pratiques important et il ne devrait jamais être considéré par certains professionnels comme ne les concernant pas. A cet égard, certaines décisions de l'ordre des médecins, contraires au droit, entretiennent un sentiment d'impunité sans doute excessif pour une partie de la communauté médicale[1006]. Plusieurs professionnels de santé entendus dans le cadre du projet s'accordent d'ailleurs pour affirmer que les comportements les plus graves devraient faire l'objet de plaintes et de condamnations pénales pour que soient évincées les personnes ayant de tels comportements et qui portent atteinte à l'image de la profession[1007]. Alors que l'accès aux recours juridiques apparait pour beaucoup de patients comme fastidieux et complexe et que le risque médico-légal est souvent sous-estimé ou surestimé par les médecins, il est indispensable que des informations juridiques fiables soient rendues disponibles tant au profit des familles que des professionnels de santé et soient délivrées par des juristes indépendants, notamment des assureurs médicaux. Quoi qu'un mouvement en ce sens soit déjà perceptible, il est également indispensable de favoriser la connaissance par les patients de leurs droits et de leurs limites. Les professionnels du droit - avocats et magistrats - pourraient quant à eux utilement bénéficier d'une formation approfondie sur ces questions pour gagner en indépendance face aux expertises médicales et faire évoluer la jurisprudence en admettant notamment que des soignants puissent commettre des fautes dans la posture qu'ils adoptent et non pas seulement dans leur technique médicale ou encore pour lutter contre l'inertie des Parquets en ce domaine. Améliorer le traitement des signalements comme point de départ d'éventuelles procédures judiciaires offrirait aux victimes un meilleur accès à la justice. La crainte formulée par certains d'une mise à mal de la relation soignants-soignés par une intensification des recours en matière de « violences gynécologiques et obstétricales »[1008] s'inscrit dans un discours déjà ancien sur la judiciarisation de la relation médicale dont la réalité pratique demeure cependant limitée. En outre, le risque contentieux ne doit pas faire oublier que le droit assure en premier lieu un rôle indispensable de régulateur social et que le souci de son respect est de nature à faire évoluer les pratiques dans l'intérêt commun des patients et des professionnels de santé, in fine donc, au profit de la qualité de la relation médicale et de la santé publique.

[1006] En matière d'infractions sexuelles notamment, l'inertie de l'ordre est patente, tout comme sont maintenues des procédures de médiation dans des domaines où la Convention d'Istanbul les prohibe.
[1007] V. témoignages de Benoit De Sarcus, Richard Matis et Isabelle Derrendinger.
[1008] V. témoignages de Richard Matis.

Bibliographie

Ouvrages, monographies, thèses

Dictionnaire de la pensée médicale, PUF, 2004

Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari, Dalloz, 2000

Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul, Bordeaux : Les études hospitalières, 2000

Mélanges offerts à Marcel Fontaine, Larcier, 2003

Mélanges Seuvic, PUN, 2018

AMRANI MEKKI S. (dir.), *Guide des modes amiables de résolution des différends 22/23*, LexisNexis 2022.

AMRANI MEKKI S. et STRICKLER Y., *Procédure civile*, PUF, 2014.

AMRANI-MEKKI S.et al (s/dir), *Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare & Martin, 2018

AOUIJ MRAD A., FEUILLET-LIGER B. et RISSEL A., *Le consentement à l'acte médical : autonomie réelle ou fictive ? Panorama international*, LEH Edition, 2022, pp.95-119

BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, coll. Partage du savoir, 2001.

BEAUCHAMP T. L. et CHILDRESS J. F., *Les principes de l'éthique biomédicale*, Les Belles Lettres, coll. Médecine et Sciences humaines, Paris, 2008.

BEN SOUSSAN P., *La grossesse n'est pas une maladie*, Ed. Syros, Paris, 2000

BETAILLOLE-GONTHIER F., *La capacité naturelle*, thèse, Bordeaux 4, 1999.

BINET J.-R., *Droit médical*, Cours, Montchrestien, Paris, 2010.

BIOY X., LAUDE A. et TABUTEAU D., *Droit de la santé*, 4e édition, PUF, 2020

BLOY G., SCHEYER F.-X. (eds), *Singuliers généralistes*, Presses de l'EHESP

BRUN Ph., « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », *in Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 117.

BURGELIN J.-F., *L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins*, lexinter.net, 15/09/2009.

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, CRFPA, Dalloz, Paris, 2007

CADIET L. et CLAY Th., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 2019

CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès,* 3ème édition mise à jour, PUF, 2020, 211.

CANSELIER G., *Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2006.

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préface G. Viney, LGDJ, 1995.

CAVERNI J.-P. et GORI R. (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Champs libres, éditions in press, 2005

CHAINAIS C. et al., *Procédure civil. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 36e éd., Paris, 2022

CHARIOT P., TEDLAOUTI M. et DEBOUT M., « L'incapacité totale de travail et la victime de violences », *AJ pénal* 2006, p. 300 et s.

CHARRIER Ph. et CLAVANDIER G., *Sociologie de la naissance,* Armand Colin, 2013.

CHASSAGNARD L., *La notion de normalité en droit privé français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2000.

COURREGES A. et DAËL S., *Contentieux administratif*, PUF, 2013.

DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, Bruylant, 1935

DAURY-FAVREAU M., *Droit pénal spécial*, Paris : PUF, 2010, n° 232.

DELPEREE F., *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, LGDJ, 1968.

DESPEISSE M.-A., *Statut gynécologique des femmes âgées de 18 à 49 ans hospitalisées au centre hospitalier psychiatrique Charles Perrens de Bordeaux*, thèse de médecine, Université Bordeaux 2, 24 mars 2016.`

DOSDAT J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, Thèse, Les Études Hospitalières, 2008.

DREYER E., *Droit pénal général*, Paris : LexisNexis, 2021.

DURAND G. et DABOUIS G. (dir.), *Philosophie du soin. Santé, autonomie, devoirs*, VRIN 2019.

DUPUY O. et SUREAU Cl., *L'information médicale : information du patient et information sur le patient*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2e éd. 2005.

EHRENREICH B. et ENGLISH D., *Sorcières, sages-femmes et infirmières. Une histoire des femmes soignantes*, ed. Cambourakis pour la traduction française, 2014.

FABRE-MAGNAN M.,

Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, Tome 1, PUF, 6E éd. 2021.

De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome n°221, 1992.

FAURE G., *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, CEPRISCA, PUF, Amiens, 2003.

FLIS-TREVES M. et al., *Intimités en danger ?*, PUF Hors Collection, 2019

GAMELIN-LAVOIS S. et HERZOG-EVANS M., *Les droits des mères, la grossesse et l'accouchement*, Collection La Justice au quotidien, L'Harmattan 2003.

GARCIA M. et MAZALEIGUE-LABASTE J., MORNINGTON-ENGEL A-D., *Envers et revers du consentement. La sexualité, la conjugalité, le corps, entre contraintes et exigences d'autonomie,* Mare et Martin coll. ISJPS, à paraître.

GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 24ème édition, LGDJ, 2022.

GORPHE F., *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

GREEN M. H., *Making Women's Medicine Masculine: The Rise of Male Authority in Pre-Moderne Gynaecology*, Oxford University Press, 2008.

GUYARD L., *La médicalisation contemporaine du corps féminin : le cas de la consultation gynécologique*, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, 2008.

HARDY A., *Travailler à guérir : Sociologie de l'objet du travail médical,* Rennes, Presses de l'EHESP

HART H. L. A. et HONORÉ T., *Causation in the law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 1985.

HENETTE-VAUCHEZ S. et PICARD E., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004.

HOCQUET-BERG S. et PY B., *La responsabilité du médecin*, LGDJ, 2006.

HOERY B. et SAURY R., *Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, Paris, 1998.

HUET V., *L'obligation d'information du patient*, thèse, Université de Montpellier I, 2004.

JOHANNOT A. et STOCKER J., *L'utilisation du projet de naissance permet-il d'améliorer l'expérience des femmes de l'accouchement ?*, travail de bachelor, Lausanne 2016.

JOUANNET I., *Mes années MLAC*, Editions du Croquant, 2020.

KAZOUAN T., *L'impact des comportements inappropriés durant la grossesse sur le vécu de l'accouchement*, Lyon 1, 2019.

KLEIN N., *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Les Etudes Hospitalières, Paris, 2012.

KOECHLIN A., *La norme gynécologique. Ce que la médecine fait au corps des femmes*, Éditions Amsterdam, 2022.

LAFONT B., *Accès des sages-femmes libérales aux plateaux techniques,* mémoire de fin d'études, université Claude Bernard, Lyon 1, 2010, 83 p.

LAUDE A., MATHIEU B. et TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF, Thémis Droit, 3e éd., 2012.

LEROY F., *Histoire de naître. De l'enfantement primitif à l'accouchement médicalisé*, DeBoeck, 2002.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, 8e éd., coll. HyperCours, Dalloz, 2018.

MARZANO M., *Je consens donc je suis*, PUF, 2006.

MASSIP J., *Les incapacités. Etude théorique et pratique*, Defresnois, 2002.

MAURY M. et TAOUREL P., *Les médecins ont aussi leurs maux à dire*, Eres, Questions de société, 2019, 280 p.

MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, Les études hospitalières, Bordeaux, 4e édition, 2010.

MILL J. S., *De la liberté*, 1859.

MINOIS G., *Le prêtre et le médecin. Des saints guérisseurs à la bioéthique*, CNRS Éditions, 2015.

MISTRETTA P., *Droit pénal médical*, 2ème éd. LGDJ, 2022.

MOREL M.-F. (dir).,

La naissance au risque de la mort. D'hier à aujourd'hui. Érès, 2021.

Naître à la maison. D'hier à aujourd'hui, Eres, 2016

Accueillir le nouveau-né, d'hier à aujourd'hui. Érès, 2013.

MORET-BAILLY J., *Les institutions disciplinaires*, Mission de Recherche Droit & Justice, 2002.

MORET-BAILLY J. et TRUCHET D., *Introduction à la déontologie*, PUF, Paris, 2022, 252 p.

O'CONNELL J., *Ending insult to injury: no-fault insurance for products and services*, University of Illinois Press, 1975.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 1928.

PORCHY S., *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, thèse, Lyon, 1996.

PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, coll. Thèse, Les études hospitalières, Bordeaux, 1999.

PY B.,

Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, Thèse de droit privé, Université Nancy 2, 1993.

Le sexe et le droit, PUF, 1999.

QUEZEL-AMBRUNAZ Ch., *Le droit du dommage corporel*, LGDJ 2022.

REBECQ G., *La prescription médicale*, Thèse, Préface L. Dubouis, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

ROUGERIE M., *Influence du vécu de la grossesse et de l'accouchement sur l'apparition d'une dépression dans le post-partum*, Université de Limoges, 2020.

SAVATIER R., *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959.

ST.-AMAN S., *Déconstruire l'accouchement : Epistémologie de la naissance, entre expérience féminine, phénomène biologique, et praxis technomédicale*, Thèse de doctorat de sémiologie sous la direction de S. Harel, Université du Québec à Montréal, Montréal, 2013.

SUESSER P. (éd.), *Conjuguer la santé de l'enfant et de la famille au singulier et au pluriel. Du soin individuel à la santé publique.* Érès, 2015

TESTART J., *Des hommes probables : de la procréation aléatoire à la reproduction normative*, Paris, Seuil, 1999.

THOMAS C., *Sage-femme, gardienne de l'eutocie : Approche anthropologique du savoir-faire des sages-femmes*, Érès, 2022.

VACHERON M.-N. éd., *Maternité et psychiatrie. Répercussions et prise en charge*, Lavoisier, 2015

VERON M., *Droit pénal spécial*, 16ème éd., Sirey, 2017.

VIALLA F. (dir.), *Les grandes décisions de Droit médical*, 2ème éd., LGDJ, 2014.

VILLEY R., *Histoire du secret médical*, Médecine et Histoire, Seghers, 1986.

WELSCH S., *La Responsabilité du médecin*, Litec, Juris-Classeur, Pratique professionnelle, 2e éd., 2003.

WINCKLER M., *C'est mon corps. Toutes les questions que se posent les femmes sur leur santé. Un guide utile et sans tabou*, Éditions de l'Iconoclaste, 2020.

Articles et contributions

« La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs », *JDSAM*, 2020/2 (n°26).

« Aux antipodes de la reproduction artificielle : la « naissance respectée » », *Écologie & politique*, vol. 65, no. 2, 2022, pp. 149-163.

« L'accompagnement des femmes à la maternité des Lilas. Entretien avec Marie-Laure Brival, gynécologue-obstétricienne, chef de service à la maternité des Lilas », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 121, no. 1, 2014, pp. 117-121.

« Violences obstétricales et gynécologiques, L'expérience du Cercle d'études des gynécologues obstétriciens d'Île-de-France (Cegorif) », *Périnat.* (2020) 12:178-182.

AGOPIANTZ M. et al., « Enseignement théorique du Diplôme d'études spécialisées de gynécologie médicale en France : évaluation nationale », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité***,** Volume 43, Issue 1, January 2015, p. 25-32.

ALLEMAND H. et JOURDAN M-F., « Sécurité sociale et références médicales opposables », *Revue médicale de l'Assurance Maladie*, n° 3, juillet-septembre 2000, p. 47.

ALT-MAES F., « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin – malade après la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 14 décembre 2002, p. 3.

ARENS Ch., Préface *in* AMRANI-MEKKI S.et al (s/dir), *Les chimères de l'alternativité? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare & Martin, 2018.

AZCUE M. et TAIN L., « L'émergence du concept de "violence obstétricale": l'impact du mouvement féministe », *Santé Publique*, 2021/5 vol.33, pp. 635-643.

BAILLOT A. et EVAIN F. « Les maternités : un temps d'accès stable malgré les fermetures », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 31, no. 6, 2013, pp. 333-347.

BAJOS N. et. al,

« La crise de la pilule en France : vers un nouveau modèle contraceptif ? », *Population & Sociétés* 2014/5 (N° 511), p. 1.

« La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ? », *Population et sociétés*, n°492, disponible sur www.ined.fr

BENEJAT M., « L'autonomie de la responsabilité médicale pour défaut d'information (à propos de quelques arrêts rendus en 2010) », *RGDM*, n°38, 2011, p. 195.

BERTILLOT H., "Comment les indicateurs de qualité s'imposent à l'hôpital: les mécanismes d'une institutionnalisation en douceur", *Sociologies*, 2020, https://doi.org/10.4000/sociologies.13499

BERTRAND Cl., "Soigner en maternité: un choix?", *Spirale*, 2019/3, n°91, p.101-103

BINET J.-R., « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », *JCP G*, 2012, n°1, p. 3.

BIRMAN Ch., « Entre raison et liberté : les maisons de naissance ou la création impossible d'un espace possible », Marie-France Morel éd., *Accueillir le nouveau-né, d'hier à aujourd'hui.* Érès, 2013, pp. 375-384.

BLOY G. et RIGAL L., « En quête de pertinence et d'égalité ? Quand les prescriptions des dépistages des cancers gynécologiques s'emmêlent », *RFAS* 2019/3, encadré 2.

BONNEAU J., « La protection de l'enfant à naître », *Act. JuriSanté* 2000, n° 29, p. 20.

BOUFETTAL H. et al. "Facteurs déterminants le regret après ligature tubaire", *Pan Afr Med J.* 2014; 17: 244. DOI : 10.11604/pamj.2014.17.244.4157

BOULET E., « 'C'est pour le bébé'. Moralisation des femmes, individualisation de la responsabilité et disparités de classe dans le travail de soins pendant la grossesse », *Terrains/Théories*, 16/2022, p. 1.

BOUTEILLE-BRIGANT M., « Les enjeux de la *e-santé* au sein de la relation médicale », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 593.

BRANGER B., DAVID Ph., « La stérilisation définitive chez la femme est-elle un soin ? », *in Philosophie du soin. Santé, autonomie, devoirs*, Vrin, 2019, p. 89.

BRIEX M., « Refus de soins », *Spirale*, vol. 87, no. 3, 2018, pp. 136-140.

BURNEL Ph., « L'impact de la T2A sur la gestion des établissements publics de santé », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 35, no. 2-3, 2017, pp. 67-79.

CABRILLAC R., « Le corps humain », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, CRFPA, Dalloz, Paris, 2007, pp. 165-177.

CAHEN F.,

« Éléments pour une histoire de la lutte contre la stérilité involontaire (France, 1920-1982) », *Annales de démographie historique*, vol. 126, no. 2, 2013, pp. 209-228.

« Le gouvernement des grossesses en France (1920-1970) », *Revue d'histoire de la protection sociale*, vol. 7, no. 1, 2014, pp. 34-57.

« Dépasser l'infertilité », *Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe* [en ligne], ISSN 2677-6588, mis en ligne le 22/06/20, consulté le 09/01/2023. Permalien : https://ehne.fr/fr/node/12254.

CAILLE C., DANTI-JUAN M., « La responsabilité pénale des établissements de santé », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux : Les études hospitalières, 2000, p. 41 s.

CASH R., « La T2A dans les établissements de santé de court séjour : réforme inachevée ? », *Les Tribunes de la santé*, vol. 57, no. 4, 2017, pp. 35-55.

CATTO M.-X., « La loi de bioéthique et les intersexes », *JDSAM*, 2020/1, n°25, pp. 64-76.

CHABBERT M., WENDLAND J., « Le vécu de l'accouchement et le sentiment de contrôle perçu par la femme lors du travail : un impact sur les relations précoces mère – bébé ? », *Revue de Médecine Périnatale*, vol. 8, no. 4, 2016, pp. 199-206.

CHAGNON J.-L. et FOURNIER V., « Fallait-il transfuser contre son gré Madame G., témoin de Jéhovah ? », *Médecine & Droit*, 2003, n°62-63, pp. 133-136.

CHAKHTOURA Z., SIMON A., DUFLOS C., THIBAUD E., « Gynécologie de l'enfant et de l'adolescente », *Journal de pédiatrie et de Puériculture*, Vol. 26, Issue 1, Fev. 2013, pp. 38-56.

CHICHE F., « « Vous pouvez vous déshabiller là » La consultation de gynécologie à l'épreuve de l'intime », in M. Flis-Trèves et al., *Intimités en danger ?*, PUF Hors Collection, 2019, pp.17- 27.

CLESSE Ch.et. al., « Histoire de l'accouchement en Occident: évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges », *Devenir*, 2018/4 vol. 30, pp.399-417, p. 399.

CLUZEL-METAYER L.,

« Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 (1) », *RDSS* 2012, p. 442.

« L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire », *RDSS* 2014. 1002

COINTOT M., « Chapitre 19. La contraception chez les femmes atteintes de trouble mental », in M.-N. Vacheron éd., *Maternité et psychiatrie. Répercussions et prise en charge*, Lavoisier, 2015, pp. 184-190.

COMBIER E. et al., « Temps d'accès aux maternités Bourguignonnes et indicateurs de santé périnatale », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 31, no. 6, 2013, pp. 348-368.

CREMER R., « Vingt ans après la loi Kouchner, qu'est devenue la relation soignant-soigné ? », *RGDM* n°82, 2022, pp.57-63

DE MOYA J.-F. et al. « La communication institutionnelle d'un hôpital sur Twitter. Une visualisation de son réseau avec les graphes sociaux », *Revue française de gestion*, vol. 283, no. 6, 2019, pp. 51-72.

DEFORGES C. et al., « Le trouble de stress post-traumatique lié à l'accouchement », *Périnatalité*, 2020/4 Vol.12, p. 192.

DEVOS C. et al. « Le vécu de la prise en charge en salle de naissance : étude qualitative comparative », *Périnatalité*, vol. 13, n°3, 2021, pp. 142-149.

DORMONT B., et SAMSON A.-L., « Revenus des médecins libéraux et offre de soins en France : les leçons des analyses empiriques », *Les Tribunes de la santé*, vol. 59, no. 1, 2019, pp. 35-45.

DREYER E., "Viol par tromperie sur l'apparence", *D.* 2019. 361.

DUGUE M., « La limitation du recours à la causalité alternative en présence d'une responsabilité médicale pour faute », *RDSS* 2017, p. 306

DUHAMEL G., « Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine », *La Revue des deux mondes*, 15 mai 1934, p. 278.

DUPONT E. et al., « Le vécu de l'examen gynécologique de femmes en situation de handicap mental », *Médecine : de la médecine factuelle à nos pratiques*, vol. 16, n°3, mars 2020, pp. 120-124.

DUPONT M., "Le libre choix du médecin: son évolution depuis la loi du 4 mars 2002", *RDSS* 2007.759.

DUPUIS M., « Violences de genre et de soins : l'exigence d'une éthique nouvelle à construire », Périnatalité, 2020/4, vol.12, pp.165-171

DURIF-BRUCKERT Ch., et al., "Evaluation qualitative de l'application du décret périnatalité. Un renforcement des mécanismes de la surmédicalisation", *Santé publique*, 2077/3, vol. 19, pp.229-239

DUVAL-ARNOULD D., « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, no. 1, 2019, pp. 10-16.

EVRARD A., « L'information et le consentement de la femme au dépistage prénatal non invasif. Le point de vue d'une association de patients. Entretien avec Anne Evrard », in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°15, 2022, p. 157.

FERRIE S.-M., « L'autonomie : à la vie à la mort », *RJPF* 2021, n°3.

FEUILLET-LE MINTIER B., « Les fondements du secret médical », *Responsabilité*, septembre 2001, n°3, p. 25 et s.

FLIS-TREVES M., « L'intime, otage de la 'transparence' », *in* Muriel Flis-Trèves (dir.), *Intimités en danger ?* PUF, 2019, p. 9.

FRIANT L., « L'influence des collectifs et des associations sur la politique criminelle, l'exemple des violences gynécologiques et obstétricales », *APC* 2023, pp. 141-155.

GAILLARD-SEUX P., "Les liquides corporels comme remèdes : l'attitude de Pline l'Ancien et ses parallèles chez Galien", *Pallas*, 113 | 2020, 75-92, n°24.

GALLOUX J.-Ch. et GAUMONT-Prat H., « Droits et libertés corporels », *D.* 2012, p. 308.

GAUMONT-PRAT H., « Toute personne doit être présumée capable a priori de recevoir des informations et de donner son consentement libre et éclairé à un acte médical », *D.* 1999, p. 346.

GEMSA N. et ROSSANT J., « Le conflit d'intérêts dans l'expertise médico-légale. Le tandem avocat-médecin favorable au renforcement des garanties contre le conflit d'intérêts des médecins experts », *Gazette du Palais*, 2014, n°158, p.41

GHOZIA A., « L'expert de justice dans son environnement : les exigences d'indépendance et d'impartialité face aux conflits d'écoles et d'intérêts », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 22, no. 1, 2019, pp. 17-23.

GIAMI A., « La spécialisation informelle des médecins généralistes : l'abord de la sexualité », in G. Bloy, F.-X. Scheyer (eds), *Singuliers généralistes*, Presses de l'EHESP, pp. 147-167.

GIRER M., « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM*, n°13, 2004, p. 41.

GLADINES D., BONNET P.-A. et DUROCHER A., « E-réputation : étude descriptive auprès de 240 médecins généralistes de région sud », *Santé Publique*, vol. 33, no. 3, 2021, pp. 379-392.

GRANGE CABANE A., « Le décubitus latéral : perspectives pour l'examen gynécologique du point de vue des patientes », *Médecine humaine et pathologie*, 2015, dumas-01164656.

GRENIER C. et al. « Haute Autorité de santé et normalisation de la médecine », *Les Tribunes de la santé*, vol. 64, n°2, 2020, pp.37-47.

GRIMALDI A., « Crise de l'hôpital public, la T2A pas si innocente », *Les Tribunes de la santé*, vol. 74, no. 4, 2022, pp. 91-94.

GRÜNDLER T., "La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ?", *Droit et cultures*, n°74, 2017-2, pp.155-178, https://doi.org/10.4000/droitcultures.4329.

FAVRE L., « Les législations sud-américaines contre les violences obstétricales : résultat d'une mobilisation précoce », 22 juillet 2020, disponible sur https://igg-geo.org/?p=1568#f+1568+3+2.

HARICHAUX M., « Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2002, n°4, p. 673.

HAUSER J. et PLAZY J.-M., « L'usager incapable », *Gérontologie et Société*, 2005/4 (vol. 25/n°115), pp. 101-115.

JAY-PASSOT L. et LEFEBVRE A., « Stratégie médicale et T2A dans un Centre Hospitalier de proximité. Est-il possible de transformer la contrainte en opportunité ? », *Journal de gestion et d'économie médicales*, vol. 33, no. 2, 2015, pp. 129-136.

JONAS C., « La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes », *Médecine & Droit*, 2002, n°56, p. 1.

JOURDAIN P., « Faute médicale dont l'auteur est inconnu : la victime ne sera pas indemnisée ! », *RTD.civ* 2017, p. 163.

JOYAU M., "Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédone", *RFDA*, 1999.47

JUSTON MORIVAL R., « Autonomie des juges ou automatisme des jugements ? La qualification judiciaire à l'épreuve des expertises médico-légales », *Sociologie*, vol. 12, no. 4, 2021, pp. 333-349.

KNETSCH J., « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

KOECHLIN A.,

« La consultation gynécologique, une instance paradoxale dans la socialisation des jeunes femmes à la sexualité », *Terrains & travaux* 2022/1 (N° 40), pp. 21-42.

« L'auto-gynécologie : écoféminisme et intersectionnalité », *Travail, genre et sociétés*, 2019/2, n° 42, pp. 109-126.

KRZISCH D., « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS* 2014, p. 1087.

LAMBERT-FAIVRE Y.,

« De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.* 1992, p. 311.

« Candide a eu un accident », *in Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, p. 97.

« II. – Les droits des malades, usagers du système de santé », *D.* 2002, p. 1291.

LANTERO C. et C. ROMAN D., « L'obstétrique et le juge administratif, au-delà de l'accident », RFDA, 2022, p. 743.

LARDANCHET S., « Connaissance des femmes sur le suivi gynécologique de prévention : étude menée en région PACA », *Gynécologie et obstétrique,* 2019, dumas-02381103, p.15.

LAUDE A., « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

LE DEN M., « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France. Enjeux et modalités de leur mobilisation dans la mise en place d'une politique de prévention », Sciences Sociales et Santé, Vol. 30, n°1, mars 2012, pp. 85-102.

LEQUILLERIER C., « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 1578.

LESAULNIER F., « De la protection pénale de l'être humain en gestation », *Médecine et Droit* 2000, n° 41, p. 10 et s.

LOKIEC P., « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641.

LÖWY I., « La fabrication du naturel : l'assistance médicale à la procréation dans une perspective comparée », *Tumultes* 2006/1 (n°26), pp.35-55.

MARGUENAUD J.-P., « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la Femme : la question du viol », sous Cour EDH, 4 déc. 2003, *M. C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, *RTD civ.* 2004, p. 364 et s.

MARROT B., « Administrer le système hospitalier ou administrer le système de santé ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 174, no. 2, 2020, pp. 443-458.

MASELLA M.-A. et MARCEAU E., "La stérilisation volontaire chez les femmes sans enfant de moins 30 ans : dilemme éthique et déontologique", *Revue canadienne de bioéthique*, Volume 3, numéro 1, 2020, p. 58-69.

MASSIAS F., « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, pp. 745-769.

MATHIEU B., « Les droits de personnes malades », *Petites Affiches*, 19 juin 2002, n°122, p.10.

MAYAUD Y., « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, II, p. 2917 et s.

MEMETEAU G., « Le contrat médical », *RGDM*, n°13, 2004, p. 27.

MICHEL C. et SQUIRES C., « Entre vécu de l'accouchement et réalité médicale : les violences obstétricales », *Le carnet PSY* 2018/8 n° 220, pp. 22-33.

MIRKOVIC A., « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et de la biomédecine », *D* 2012, p. 110.

MISTRETTA P., « Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G*, 2002, n°24, I, 141, p. 1075.

MOLFESSIS N., "La psychologisation du dommage", *in Quel avenir pour la responsabilité civile ?,* Dalloz, 2015, p. 39.

MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS*, 2002, n°4, p. 657.

MOREAU J., « La responsabilité pénale des établissements publics de santé et le nouveau Code pénal », *AJDA* 1995, p. 620 et s.

MORET-BAILLY J., « Médecin, discipline, recommandations de bonnes pratiques », *RDSS* 2005, p. 496.

MURAT P., « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. fam.* 1997, Chron. n° 9, p. 4 et s.

NGUYEN T. N. et BOYD M. E., « Prise en charge de l'hémorragie post-partum sans transfusions sanguines chez les Témoins de Jéhovah », *J. Obstet. Gynaecol. Can.*, juin 2019, 41(6), pp. 745-746.

NICOLAS C., « L'accès direct au dossier médical à l'AP-HP, vingt ans après la « loi Kouchner » », *Les Tribunes de la santé*, vol. 70, no. 4, 2021, pp. 83-94.

PELLET R., « Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, vol. 21, no. 4, 2018, pp. 7-33.

PERSON A. et FINCH L., "Bedside manner: Concept analysis and impact on advanced nursing practice", *Internet Journal of Advanced Nursing Practice*, vol. 10, I, 2008, disponible en ligne.

PENNEAU J., « Urgence, information et consentement », *in Urgences, médecine et droit*, ENSP, 2001, p. 19.

PORCHY-SIMON S., « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.* 1998, p. 329.

PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.* 2001, Chron., p. 2907 et s.

PY B., « Le médecin, la brute et le truand », in *Mélanges Seuvic*, PUN, 2018, pp. 475-507.

QUERE L.,

« Repousser les frontières des normes corporelles et sexuelles. Effets de l'engagement dans le self-help féministe sur la sphère intime », *Sociétés contemporaines* 2022/2 n° 126, pp. 93-119.

« Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et société*, 2019/2 n°102, p. 413.

« Luttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles questions féministes* 2016/1 vol. 35, p. 38.

REBUT D., « La loi est d'interprétation stricte », *Dr. fam.* 1999, Chron. n° 20.

RISSEL A., « Le consentement à l'acte médical en droit français, de l'affirmation dogmatique aux hésitations techniques », in A. Aouij Mrad, B. Feuillet-Liger et A. Rissel, *Le consentement à l'acte médical : autonomie réelle ou fictive ? Panorama international,* LEH Edition, 2022, pp.95-119

ROLLAND Ch. et SICOT F. « Les recommandations de bonne pratique en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique*, vol. 1, n°3, 2012, pp.53-75

ROMAN D., « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », *RDSS*, mai 2017, pp. 867 s.

ROGUE F., « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS*, 2016, p. 722.

ROSENBERG K. et TREVARTHAN WR., « Birth, obstetrics and human evolution », *BJOG*, 2002, 109(11), pp. 1199-1206.

RUAULT L., « La circulation transnationale du self-help féministe : acte 2 des luttes pour l'avortement libre ? », *Critique internationale*, 2016/1, n°70, pp.37-54.

RUDE-ANTOINE E., « Le droit du patient mineur », *Journal du droit des jeunes* 2012/3 (n°313), p. 19.

SANDULESCU C., « Primum non nocere: Philological Commentaries on a Medical Aphorism », *Acta Antiqua Hungarica*, n°13, 1965, p.359-368.

SARGOS P.,

« Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient », *Médecine et Droit*, 1997, n°100-101, p. 36.

« La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? », *D.* 2008, p. 1935.

« L'intelligence du droit », *D.* 2016, p. 1024.

« Le libre choix du patient et du médecin", Litec Droit médical et hospitalier, mai 2015.

SAVATIER R., « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 28, n° 3, juillet-septembre 1976, pp. 493-510.

SIMON A., « Les violences sexuelles et les limites de l'autorisation de la loi », *in* M. Garcia et J. Mazaleigue-Labaste, A-D. Morningtон-Engel, *Envers et revers du consentement. La sexualité, la conjugalité, le corps, entre contraintes et exigences d'autonomie,* Mare et Martin coll. ISJPS, 2023, pp. 79-93.

SINGLA A.K., LAPINSKI R.H., BERKOWITZ R.L., "Are women who are Jehovah's Witnesses at risk of maternal death?", *Am J Obstet Gynecol* 2001, p. 185.

SUBTIL D., « L'obstétrique aujourd'hui nouvelles demandes, nouvelles contraintes », *Laennec*, vol. 63, no. 4, 2015, pp. 16-26.

TABUTEAU D., « La santé publique en France, une histoire singulière », in Pierre Suesser éd., *Conjuguer la santé de l'enfant et de la famille au singulier et au pluriel. Du soin individuel à la santé publique.* Érès, 2015, pp. 17-44.

TAOUREL P. et al., "Comment passer de plans nationaux généraux à une politique locale concrète ? Favoriser l'attractivité pour les médecins de notre CHU", in M. Maury et P. Taourel, *Les médecins ont aussi leurs maux à dire*, Eres, Questions de société, 2019, 280 p.

THIERRY D., « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 2012, p. 839.

THIERRY J.-B., « La responsabilité pénale des établissements de santé », *AJ pénal* 2012, p. 376 s.

THOLLET M., « Les effets pervers de la tarification à l'activité (T2A) », *Infomed*, 2020, Systèmes de santé, 1 (5). ⟨hal-02876154⟩

THOUVENIN D., Entrée « droit à l'information du malade »*, in* D. LECOURT (dir.), *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, 2004, p. 368.

TILLICH E., "« Pas d'enfant si je veux ». Stérilisée et sans enfant, un refus par corps de la maternité", *Sextant*, n°36, 2019, p.73-89, https://doi.org/10.4000/sextant.353

TOPÇU S., « Obstétrique, (non)violence et féminisme. Un regard sociohistorique », *Cahiers du Genre*, vol. 71, no. 2, 2021, pp. 81-106.

TRUCHET D., « Le consentement en droit de la santé », *in* J.-P. Caverni et R. Gori (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Champs libres, éditions in press, 2005.

TUNC A., « La responsabilité civile », in *Deuxième Congrès international de morale médicale*. Paris, mai 1966. Tome 1, Ordre national des médecins.

VAN WOLFSWINKEL M.E, ZWART J.J, SCHUTTE J.M et al., "Maternal mortality and serious maternal morbidity in Jehovah's Witnesses in The Netherlands", *BJOG* 2009, 116:1103-8.

VERCOUSTRE L., « Dénouer les liens entre la naissance et l'hôpital ? », in M.-F. Morel, *Naître à la maison. D'hier à aujourd'hui*, Eres, 2016, pp.189-202.

VERON P., « Esprit de la loi Kouchner, es-tu (encore)là ? », RGDM n°82, 2022, pp.147-160

VIGNEAU D., « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Dr. fam.* 2000, Chron. n°21, p. 7.

VINEY G., « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », *in Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, p. 851.

VIOUJAS V., « La tarification à l'activité des établissements de santé, une législature plus tard », *RDSS* 2017 p.498

VITRAI E., « Accouchement en plateau technique lors de l'accompagnement global à la naissance : motivation et satisfaction des patientes : étude réalisée sur le territoire auvergnat auprès de 209 sages-femmes », *Médecine humaine et pathologie*. 2018. dumas-01993183

YAMGNANE A., « Violence obstétricale », *Périnatalité*, 2020/4, Vol. 12, pp.183-187.

ZEROUKI-COTTIN D., « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011, p. 575 et s.

Rapports, avis et recommandations

Académie de médecine, "Planification d'une politique en matière de périnatalité en France : Organiser la continuité des soins est une nécessité et une urgence", 28 février 2023. https://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2023/03/RAPPORT-planification-de-la-pe%CC%81rinatalite%CC%81-.pdf

APHP, *Rapport de la commission administrative sur l'affaire de Tenon*, 26 nov. 2021.

ARS Ile de France, *Guide sur la médiation en établissement de soin*, 11 février 2019.

BAHRAMI S. et al., *Parcours de soins gynécologiques de femmes atteintes d'un handicap moteur, sensoriel ou mental. Evaluation dans le cadre d'une démarche d'actions coordonnées en gynécologie*, rapport final, juin 2017.

CCNE,

Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques et touchant à l'intimité, avis n°142, 29 mars 2023

L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin, avis n°136, 15 avril 2021

Refus de traitement et autonomie de la personne, avis n°87, 14 avril 2005

Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive, avis n°50, 3 avril 1996

Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales, avis n°49, 3 avril 1996

CIANE, *Prévention de l'insécurité maternelle*, 2022

Conférence Régionale de la Santé et de l'Autonomie (CRSA - ARS) Hauts de France, *Rapport relatif aux droits des usagers du système de santé*, rapport annuel 2017, adopté le 3 juillet 2018.

Cour des comptes, *L'ordre des médecins. Rapport public thématique*, 2019.

Enquête nationale périnatale, *Les naissances, le suivi à deux mois et les établissements. Situation et évolution depuis 2016*, rapport 2021, octobre 2022, 297 p.

DOUGUET F. et VILBROD A., *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport de l'ONDPS, mai 2021.

HCEhf, « Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaitre, prévenir et condamner le sexisme », 29 juin 2018.

KOUCHNER C., LAUDE A. et TABUTEAU D. (dir.), *Rapport sur les droits des malades 2007/2008*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2009.

Observatoire national de la démographie des professionnels de santé (ONDPS), *La sage-femme, le généraliste et le gynécologue : les enjeux des relations entre des métiers en tension*, rapport, mai 2021.

ONIAM, *Rapport annuel* 2021.

URFALINO P., BONETTI E. et BOURGEOIS I., *Les recommandations à l'aune de la pratique. Le cas de l'asthme et du dépistage du cancer du sein*, Rapport du Centre de sociologie des organisations CNRS-FNSP pour l'Union régionale des médecins libéraux de Poitou-Charentes, 2001.

Autres ressources

ANESM, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles. La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre, juin 2008

Bliss Stories (podcast), Épisode 117, "Lucie, j'ai failli ne jamais me réveiller".

Bonjour Docteur (podcast) sur "La stérilisation contraceptive : une démarche compliquée", diffusé le 3 mars 2023 sur francebleu, disponible sur www.radiofrance.fr.

COUSIN M., "Stérilisation contraceptive : mon corps, mon choix ?", La maison des maternelles, 9 septembre 2022, disponible sur www.lamaisondesmaternelles.fr

DEROEUX I., "L'accouchement à domicile est-il autorisé, et dans quelles conditions?", *Le Monde*, 17 juin 2022

HUNSINGER V., "Après le rapport choc de l'Académie de médecine, les praticiens de la naissance favorables à la fermeture des très petites maternités", *Le Quotidien du Médecin*, 6 mars 2023

IMBACH R. et MAAD A., "Accès à l'IVG : dans la pratique, des obstacles perdurent en France", *Le Monde*, 2 février 2023.

Konbini, témoignage vidéo, https://www.konbini.com/news/video-jai-failli-mourir-lors-de-mon-accouchement/.

LAGAURIE L., "En France, malgré la loi, se faire ligaturer les trompes est un parcours du combattant", *Slate*, 6 octobre 2021

LCP (La chaine parlementaire), Débat Doc - *Violences sexuelles par les médecins : la fin de l'Omerta ?*, disponible depuis le 12 janv. 2023.

MARUANI A., “”Tu connais un bon gynéco?” Sinon, il y a un site pour ça”, *NouvelObs*, 21 nov. 2016.

MENGUY F., “À Guingamp, le rapport du Pr Yves Ville, préconisant la fermeture de la maternité, fait réagir”, *Ouest France*, 6 mars 2023

NEVES C., “La maternité lance un label Amie des papas”, *Le Parisien*, 18 juin 2016

Réseau Hôpital & GHT, « Le tour de France des maternités : états des lieux, chiffres clés... », 22 octobre 2018.

SIMON A. et SUPIOT E., “Viol gynécologique : « Une perspective d’évolution de la loi pénale mérite d’être réfléchie »”, *Le Monde*, 6 août 2022.

THOMAS M., “Stérilisation : la France peine à sauter le pas”, *Libération*, 18 janvier 2018

Table des matières

SOMMAIRE ..... **IV**

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1 - LE DROIT COMME OUTIL DE PRÉVENTION DES « VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES » **15**

CHAPITRE 1. VALORISER L'AUTONOMIE DE LA FEMME 16

Section 1. La médicalisation "ordinaire" du corps des femmes, frein au déploiement de leur autonomie *17*

§1. La médicalisation de la naissance 17

A) La médicalisation de l'accouchement puis de la grossesse 17

B) La médicalisation de la procréation 23

§2. L'institutionnalisation du suivi gynécologique 27

§3. Le colloque singulier : entre confiance et intimité 32

Section 2. La promotion par la loi d'une relation médicale équilibrée *35*

§1. L'information, au service d'une relation médicale bientraitante 35

A) La prévention des « violences gynécologiques et obstétricales » par l'obligation légale d'information 37

B) L'information complète et adaptée, un défi pédagogique et relationnel. 41

1. L'étendue de l'information 41

2. L'intelligibilité et la personnalisation de l'information 46

§2. Le non-respect du consentement, au cœur des vécus de violence 49

Section 3. Des exceptions limitées au principe d'autonomie en matière de sexualité et de reproduction *58*

§1. L'urgence et l'impossibilité : exceptions aux contours incertains 59

§2. Une incapacité juridique restreinte en matières gynécologique et obstétricale 66

A. Les personnes mineures non émancipées : entre autonomie et protection de l'enfance 67

B. Les majeures protégées : insuffisance et inadéquation de la prise en charge 75

CHAPITRE 2. PERMETTRE LE CHOIX DU PRATICIEN 78

Section 1 – Le choix du praticien : principe et limites *79*

§1. Le principe et sa mise en œuvre 79

A. Un principe fondamental de la législation sanitaire 79

B. Les sources d'information 80

§2. Les limites à la liberté de choix 81

A. Limites pratiques : démographie médicale et rationalité économique 81

B. Limites légales : démographie médicale et refus du praticien 83

Section 2 – Les difficultés particulières en matière d'accouchement *86*

§1. Le service de maternité : institution privilégiée, mais pas toujours choisie 86

A. Le financement des soins en établissement de santé : la T2A et les "violences gynécologiques et obstétricales" 86

B. Les indicateurs de qualité 89

C. Les labels 91

§2. Des alternatives limitées aux services de maternité 93

A. Des réticences persistantes aux alternatives à l'accouchement en maternité 94

B. L'accouchement à domicile, un choix suspect 97

1. Le cas de l'AAD 98

a) La CEDH : la liberté de choix des parturientes conciliée à la protection de la santé des nouveaux-nés 98

b) Les dispositions de la loi Kouchner : le droit des patients c. le droit des assurances 99

c) Le manque d'encadrement institutionnel des AAD : une situation génératrice de "violences gynécologiques et obstétricales" ? 101

2. Le cas de l'accouchement non assisté (ANA) 103

C. Les maisons de naissance et les plateaux techniques : une offre insuffisante 103

1. Plateaux techniques 104

2. Maisons de naissance 106

PARTIE 2 - LE DROIT COMME INSTRUMENT DE SANCTION DES VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES 110

CHAPITRE 1 - ÉTABLIR L'ACTE À L'ORIGINE DES « VIOLENCES GYNÉCOLOGIQUES ET OBSTÉTRICALES » 111

Section 1 : Qualifier juridiquement les « violences gynécologiques et obstétricales » *111*

Sous-section 1 : Qualifier le comportement de l'auteur *111*

§1. Les comportements qualifiés de fautes *112*

A. Remarques générales sur la diversité des fautes 112

1. Diversité des comportements sanctionnés 112

2. Spécificité de la faute déontologique 116

B. La faute technique à l'épreuve des « violences gynécologiques et obstétricales » 116

1. La réalisation d'un acte non conforme aux données acquises de la science 117

a. L'accomplissement d'un acte proscrit ou déconseillé 117

b. L'accomplissement d'un acte admis mais dont le recours n'est pas justifié dans le cas de la patiente 118

c. L'accomplissement d'un acte admis mais mal réalisé 119

d. L'absence de recours à un acte 120

2. La réalisation d'un acte non conforme à l'exigence de soins « consciencieux et dévoués » 120

C. Les manquements dans le recueil du consentement en matière gynécologique et obstétricale 122

1. Le recueil du consentement non libre ou non éclairé de la patiente 122

2. L'absence de prise en compte de la volonté de la patiente 123

a. L'absence de volonté de la patiente de recourir à un acte 124

b. La manifestation par la patiente de sa volonté de recourir à un acte 125

D. La faute d'humanisme 127

§2. Les comportements générateurs de responsabilité pénale *133*

A. Le cadre du soin comme cause d'irresponsabilité pénale 133

1. L'autorisation de la loi 134

2. L'état de nécessité 136

B. Les infractions pénales à mobiliser 137

1. Les atteintes à l'intégrité 138

a. Les infractions sexuelles 138

b. Les violences 143

c. Les atteintes non intentionnelles à l'intégrité 147

2. Les infractions de mise en danger 151

3. Les qualifications liées aux propos des personnels soignants 152

4. De nouvelles qualifications ? 155

a. La création d'un délit de violence gynécologique et obstétricale 155

b. Les limites de la qualification de viol 156

C. L'omniprésence des circonstances aggravantes 157

D. L'état des lieux du risque pénal en matière gynécologique et obstétrical 159

1. Le mouvement en faveur d'une pénalisation croissante des atteintes à l'intégrité 159

2. Un risque pénal circonscrit 160

a. Une obligation de pénalisation nuancée 161

b. Un arsenal pénal existant 162

c. Une perception du risque pénal erronée 162

Sous-section 2 : Qualifier les conséquences pour la victime *163*

§1. Identifier la ou les victimes *163*

A. Victimes directes et indirectes 163

B. L'enfant à naître 164

1. L'enfant mort *in utero* 165

2. L'enfant mort après sa naissance ou né handicapé en raison d'actes vécus *in utero* 167

§2. Répertorier les préjudices indemnisables *168*

§3. L'ITT en droit pénal *175*

Section 2 : Imputer la responsabilité *178*

Sous-section 1. Établir la causalité *178*

§1. Rappels généraux sur le lien de causalité ... 178
§2. Difficultés particulières en gynécologie et en obstétrique ... 180
Sous-section 2. Identifier le responsable ... 182
§1. Le responsable personne physique ... 183
§2. Le responsable personne morale ... 185
A. La responsabilité indemnitaire des établissements ... 185
B. La responsabilité pénale des personnes morales impliquées ... 186
1. Quelles personnes morales ? ... 187
2. Quelles infractions ? ... 188
3. Les pistes à explorer ... 190
C. La responsabilité internationale de l'État ... 191
Section 3 : Prouver les violences gynécologiques et obstétricales ... 193
§1. La charge de la preuve ... 193
A. La preuve dans le contentieux indemnitaire ... 194
B. La preuve dans le contentieux pénal ... 195
§2. Les modes de preuve ... 195
A. La liberté de la preuve au bénéfice des patientes ... 196
B. Les différents types de preuves dans le domaine médical ... 197
1. Faisceaux d'indices et présomptions ... 197
2. Témoignages ... 197
a) La possibilité de témoigner pour les soignants ... 197
b) Les obligations de révéler des faits ... 200
C. Le recours à l'expertise ... 202
1. Considérations générales ... 202
2. Les difficultés de l'expertise pour la victime de « violences gynécologiques et obstétricales » ... 204
a) La compétence de l'expert ... 205
b) L'indépendance de l'expert ... 206
c. L'expertise, une épreuve pour les victimes de « violences gynécologiques et obstétricales » ... 207
D. La mobilisation du dossier médical ... 211
CHAPITRE 2 - CHOISIR LA PROCÉDURE : ADAPTATION ET INADAPTATIONS AUX BESOINS DES VICTIMES ... 212
Section 1 : Procédure juridictionnelle ... 213
§ 1. Remarques générales relative à la procédure juridictionnelle ... 213
§2. Les procédures répressives ... 215
A. La procédure devant les ordres professionnels ... 215
B. La procédure devant le juge pénal ... 222
1. L'initiative des poursuites ... 222
a. Par le ministère public ... 222
b. Par la victime ... 222
2. L'objet des poursuites ... 223
a. La qualification des faits ... 223
b. Le recours à la correctionnalisation ... 224
3. Avantages et inconvénients de la procédure pénale ... 224
a) La limite de la prescription de l'action publique ... 224
b) Une procédure dans les mains du ministère public ... 224
c) La prise en charge des frais de procédure ... 225
d) L'exercice simultané de deux procédures ... 225
§3. Les procédures indemnitaires ... 225
A. Répartition du contentieux entre juridictions administratives et civiles ... 226
1. Les personnes visées par la procédure ... 226
a) Un établissement public ... 226
b. Une personne privée ... 226
2. Déroulement de la procédure ... 227
a. Procédure administrative ... 227
b. Procédure civile ... 228

B. Caractéristiques communes des procédures indemnitaires 229
1. Les conditions de la responsabilité 229
2. Avantages et inconvénients des procédures indemnitaires 230
Section 2 : Procédure non juridictionnelle *231*
§ 1. Remarques générales relatives à la procédure non juridictionnelle *231*
§ 2. Précisions sur des dispositifs particuliers *234*
A. La résolution amiable du différend organisée par une commission de conciliation et d'indemnisation 234
B. La résolution amiable du différend organisée par l'établissement de santé 235
C. La résolution amiable du différend organisée conjointement par l'ordre professionnel et l'assurance maladie 237
CONCLUSION GÉNÉRALE 238
PERSPECTIVES DE LA RECHERCHE 240
BIBLIOGRAPHIE 245
TABLE DES MATIÈRES 260

L'année 2018 a été marquée par la dénonciation, parfois virulente, de pratiques qualifiées de "violences gynécologiques et obstétricales". Sous ce dénominatif se retrouve une grande variété d'actes et de comportements, regroupant tant des attitudes ou propos considérés comme déplacés par certaines patientes que des actes graves attentatoires à l'intégrité physique des personnes. Cette recherche constitue une étude juridique approfondie du droit susceptible d'être mobilisé dans ce champ. Elle permet de recenser, de catégoriser des situations dénoncées au titre des « violences gynécologiques et obstétricales » et de les qualifier juridiquement pour contribuer à assurer tant le respect des droits des patients que la promotion de bonnes pratiques professionnelles. La recherche met en lumière une analyse croisée des différentes branches du droit applicables en ce domaine et en particulier le droit civil, le droit administratif, le droit pénal et le droit disciplinaire. La recherche intègre également l'ensemble de la jurisprudence – ordinale et étatique - qui précise les conditions d'application des différentes sanctions des « violences gynécologiques et obstétricales » par le droit. Elle est, de plus, enrichie par l'implication de tous les acteurs concernés. La parole des patientes a été prise en compte par l'intégration de témoignages recueillis dans le cadre d'entretiens, ou auprès d'associations de soutien aux victimes, mais également par le recensement de plaintes formulées dans des courriers adressés à plusieurs services juridiques de maternités. Quant à celle des professionnels de santé concernés, elle a été prise en compte à chaque étape de la construction de la recherche, par le recours à leurs témoignages dans les vidéos des « grands témoins », par des entretiens individuels mais aussi et surtout par la participation de représentants des professions concernées à chacune de nos réunions de travail. Aussi, cette recherche permet l'élaboration d'un cadre juridique rigoureux, nourri de la réalité des conditions concrètes de prise en charge des patientes. Notre analyse juridique révèle deux dimensions distinctes dans les liens qui unissent droit et « violences gynécologiques et obstétricales ». Le droit est d'abord apparu comme un outil de prévention qui, malheureusement, est encore souvent trop mal connu ou mal compris. A ce droit outil de prévention vient correspondre, quasiment en miroir, le droit comme instrument de sanction dont la recherche a pu constater simultanément la pertinence et les limites. Cet état des lieux du droit positif applicable en matière de « violences gynécologiques et obstétricales » ouvre des perspectives à la fois en termes de renforcement de l'autonomie des patientes et de libre choix du praticien, pour une meilleure prévention des actes et des situations dénoncées, mais aussi en termes de renouvellement des sanctions. En effet, si des mécanismes juridiques bien établis existent pour appréhender et sanctionner certaines fautes des professionnels de santé, ils sont souvent mal connus et des obstacles procéduraux sont susceptibles de limiter leur mobilisation.

Anne Simon, Professeure de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Artois

Elsa SUPIOT, Professeure de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Angers

cnrs
UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON SORBONNE
INSTITUT DES SCIENCES JURIDIQUE & PHILOSOPHIQUE DE LA SORBONNE - UMR 8103
Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice