



HAL
open science

Vers une redéfinition de l'acte médical

Clément Cousin

► **To cite this version:**

Clément Cousin. Vers une redéfinition de l'acte médical. Droit. Université de Rennes 1, 2016. Français. NNT: . tel-01425982v1

HAL Id: tel-01425982

<https://hal.science/tel-01425982v1>

Submitted on 4 Jan 2017 (v1), last revised 13 May 2019 (v3)

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.



**UNIVERSITÉ
BRETAGNE
LOIRE**

THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

**École doctorale des Sciences de l'Homme, des Organisations et
des Sociétés (SHOS)**

présentée par

Clément COUSIN

préparée à l'UMR CNRS 6262 IODE
Institut de l'ouest : droit et Europe
Faculté de droit et science politique
dotée d'un contrat doctoral
de l'école des hautes études en santé publique (EHESP)

**Vers une redéfinition
de l'acte médical**

**Thèse soutenue à Rennes
le 22 novembre 2016**

devant le jury composé de :

Gérard MÉMETEAU

Professeur émérite de l'université de Poitiers / *rapporteur*

Patrick MISTRETTA

Professeur à l'université Lyon III / *rapporteur*

Jean-René BINET

Professeur à l'université de Rennes I / *examinateur*

Joël MORET-BAILLY

Professeur à l'université de Saint-Étienne / *examinateur*

Brigitte FEUILLET-LIGER

Professeur à l'université de Rennes I

Membre sénior de l'Institut universitaire de France /
directrice de thèse

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Si l'essentiel du travail doctoral est solitaire, la thèse est le produit de multiples rencontres. Le doctorant ne fait que marcher sur le chemin pavé par ceux qu'il rencontre.

Je dois avant tout au professeur Brigitte FEUILLET-LIGER d'avoir ouvert la voie et ce dès mon premier cours de droit. Elle a suscité chez moi l'envie de travailler sur les normes juridiques qui ont trait à l'Homme et a su m'apprendre à avancer avec patience et rigueur. Je la remercie vivement de m'avoir permis de mener à son terme cette thèse par ses encouragements et ses conseils, spécialement dans les moments de découragement.

Je dois aussi à ma famille de m'avoir toujours encouragé et soutenu dans cette épreuve, aussi bien matériellement que moralement. Ces cinq années d'aventures n'auraient pas pu aboutir sans son soutien et spécialement celui d'Anne.

Cette thèse a été entamée grâce à un contrat de l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique. Au sein de son réseau doctoral, j'ai eu la chance de travailler dans un environnement ouvert aux autres disciplines composant le champ de la santé publique. Je tiens à remercier Sarah KITAR et Maud SUBTIL pour leur soutien.

Ce travail a été mené au sein de l'Institut de l'Ouest : Droit Europe, unité mixte de recherche du CNRS et de la faculté de droit de l'université de Rennes 1. Je remercie Nathalie COTELLE, documentaliste du laboratoire, qui a su me diriger tôt vers les bonnes sources et dénicher des ouvrages introuvables.

Ayant fait le choix d'enseigner, je souhaite remercier les enseignants qui m'ont accepté dans leur équipe dans les universités de Rennes I, Paris I Panthéon-Sorbonne et Paris II Panthéon-Assas et spécialement Madame le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN pour ses conseils et ses encouragements.

L'accès aux ressources documentaires est primordial. À ce titre je remercie Monsieur le conservateur en chef et le personnel de la Bibliothèque inter-universitaire Cujas, le personnel de la Bibliothèque Nationale de France, Arnaud WALRAVENS et Marie-Christine CLÉMENT de la salle de droit civil de l'université Panthéon-Assas, Maria-Isabel TRONCOSO du Laboratoire de droit civil de l'université Panthéon-Assas et Madame le professeur Dominique FENOUILLET, Nathalie CÉRIANI et Hussein KHALIFE du laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas. J'ai trouvé, au sein de ces bibliothèques et laboratoires, un accueil et une émulation décisifs.

Membre de l'association des jeunes chercheurs du Réseau droit, sciences et techniques, j'ai eu la chance de rencontrer lors des *Master-Class* Madame le Professeur Isabelle VACARIE, Olivier LECLERC et Paul-Anthelme ADELE qui m'ont aidé à éclaircir des points méthodologiques centraux dans ma thèse. Je les en remercie.

N'étant pas soignant, j'ai eu la chance de pouvoir compter sur mes proches et amis qui ont fait le choix de soigner. Ils m'ont éclairé sur leurs pratiques et ont eu la patience de répondre

à mes nombreuses interrogations. Cette thèse ne serait ainsi pas ce qu'elle est sans l'aide de Christophe COUSIN, Alexandra CHAVANAT, Loig DUVERGÉ, Elise et Nils PAYELLE, François KAMMERER, Jean-François NGUYEN-TRAN, Florent DOBÉ et Carole FARRUGIA-ROUX.

Cette thèse a été l'objet de nombreuses discussions et j'ai pu compter sur les spécialistes du domaine que j'ai eu la chance de croiser. Je souhaite ainsi remercier pour leur expertise et leur temps Valérie CORDONNIER, Lucie DEGOY, Pierre DESMARAIS, Benjamin MORON-PUECH, Benjamin PITCHO et Paul VÉRON.

Ce travail est un travail d'écriture de longue haleine. Cette thèse a été grandement améliorée par les conseils précieux et éclairés de mes relecteurs. Je remercie chaleureusement Clotilde CAMUS, Alice DEJEAN DE LA BÂTIE, Guygonne-Bettina DEKER, Charlotte DUBOIS, Estelle FRAGU, Hussein KHALIFE, Marie LEVENEUR-AZÉMAR, Laure MONTILLET-DE SAINT-PERN, Benjamin MORON-PUECH, Mila PETKOVA, Benjamin PITCHO, Paul VÉRON et Guillemette WESTER. Je remercie tout spécialement Florence LE MASSON et Anne-Sophie COUSIN qui ont relu les nombreuses versions de cette thèse. Merci pour votre disponibilité, votre compétence et votre patience.

Cette thèse a été rédigée et composée avec le système L^AT_EX. Merci infiniment à Laure MONTILLET - DE SAINT-PERN de m'avoir montré la voie, Yves DE SAINT-PERN, d'avoir écrit le package *droit-fr* et de m'avoir aidé à le maîtriser et à Benjamin MORON-PUECH pour l'aide mutuelle.

Enfin, ce travail n'aurait pu aboutir sans l'art quotidien de la controverse de Benjamin MORON-PUECH. Il m'a amicalement empêché de penser en rond, je l'en remercie.

Aux soignés et spécialement à ceux qui souffrent.

Résumé

Le Doyen SAVATIER écrivait en 1956 que « le droit médical se centre autour de l'acte médical. Celui-ci, propre au médecin, doit être défini par le juriste¹. » L'acte médical est ainsi au centre d'une discussion doctrinale. Il est défini par trois éléments : l'auteur de l'acte médical — le médecin —, la technique utilisée et le but poursuivi. Ces éléments de définition ne convainquent pas car le critère de l'auteur compétent est en fait un élément de régime, la définition de la technique médicale est fuyante et les buts assignés à l'acte médical sont en perpétuelle évolution.

Nous procédons ici à une redéfinition de la notion en distinguant en son sein les actes médicaux sur le corps de la personne. Après avoir défini l'acte médical comme l'acte enseigné à la faculté de médecine, nous établissons une distinction entre les auteurs de l'acte médical en fonction de leur aptitude à diagnostiquer et donc à agir de manière autonome. Concernant les actes sur le corps de la personne humaine, nous démontrons qu'il est possible de distinguer les actes médicaux sur le corps des actes de biologie médicale avant de démontrer que la notion de « nécessité médicale » de l'article 16-3 du code civil ne reflète pas le fonctionnement actuel du droit puisque celui-ci, après avoir institué une autorisation générale pour les actes thérapeutiques, crée des autorisations spéciales pour les actes non thérapeutiques, ce qui nous a permis de créer une typologie de ces actes.

Une théorie fondée sur l'acte médical permet ainsi de clarifier les différentes professions de santé et de mettre un terme aux incertitudes liées à l'existence de la notion de « nécessité médicale ». ²

1. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 1, p. 11.

2. Pour un résumé approfondi, cf. *infra*, p. 339.

Sommaire

Sommaire	xi
Glossaire	xiii
Introduction	1
Partie I Droit commun des actes médicaux	31
Titre I Nature juridique des actes médicaux	35
Chapitre 1 Distinction des actes médicaux de leur contexte	39
Chapitre 2 Recherche des caractéristiques des actes médicaux	49
Titre II Régime des actes médicaux	75
Chapitre 1 La nécessité d'une autorisation pour pratiquer un acte médical	79
Chapitre 2 La sanction de l'acte effectué par un auteur dénué d'autorisation	127
Partie II Droit spécial des actes médicaux sur le corps humain	143
Titre I Analyse des actes médicaux sur le corps humain aux frontières de la vie	147
Chapitre 1 Actes sur le corps humain avant la naissance et après la mort	151
Chapitre 2 Actes sur les éléments et produits du corps humain séparés du corps humain	163
Titre II Régime des actes médicaux sur le corps de la personne	171
Chapitre 1 La nécessité d'une exception aux normes protégeant le corps de la personne humaine	175
Chapitre 2 Les conditions de l'autorisation de la loi permettant des actes médicaux sur le corps humain	203
Conclusion générale	335
Résumé approfondi	339
Annexes	345
Bibliographie	351
Index	371
Index des auteurs	377
Table des matières	383

Glossaire

- Adde** Ajoutez.
- AJ Famille** Actualité Juridique Famille.
- AJDA** Actualité juridique. Droit administratif.
- al.** alinéa.
- AMP** Assistance médicale à la procréation.
- AN** Assemblée Nationale.
- ANAES** Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé.
- ANSM** Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.
- ARS** Agence régionale de santé.
- art.** Article.
- arts.** Articles.
- Ass. plén.** Assemblée plénière.
- Bull. civ.** Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation.
- Bull. crim.** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).
- C. civ.** Code civil.
- C. éduc.** Code de l'éducation.
- CA** Cour d'appel.
- CAA** Cour administrative d'appel.
- CASF** Code de l'action sociale et des familles.
- Cass.** Cour de cassation.
- CCC** Revue Contrats Concurrence Consommation.
- CCNE** Comité consultatif national d'éthique.
- CE** Conseil d'État.
- CEDH** Cour européenne des droits de l'homme.
- cf. confer.** (rapprochez).
- CGCT** Code général des collectivités territoriales.
- CGI** Code général des impôts.
- CGPPP** Code général de la propriété des personnes publiques.
- Ch. réun.** Chambres réunies.
- chap.** chapitre.
- Circ. Min.** Circulaire Ministérielle.
- civ** Chambre civile.
- CJCE** Cour de justice des communautés européennes.
- CJUE** Cour de justice de l'union européenne.
- comm.** commentaire.
- concl.** conclusion.
- Cons. Const.** Conseil Constitutionnel.
- Conv. EDH** Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
- CPC** Code de procédure civile.
- crim.** Chambre criminelle.
- CSP** Code de la santé publique.
- CSS** Code de la sécurité sociale.
- D.** Recueil Dalloz.
- DOI** *Digital Object Identifier*.
- DPI** Diagnostic pré-implantatoire.

DPN Diagnostic prénatal.

ed. Édition.

et al. et autres.

et s. et suivants.

Fasc. fascicule.

GAJC Grands Arrêts Jurisprudence civile.

Gaz. Pal. Gazette du Palais.

HAS Haute Autorité de santé.

ibid. *ibidem*.

IMG Interruption médicale de grossesse.

infra ci-dessous.

IR Informations Rapides du recueil Dalloz.

IVG Interruption volontaire de grossesse.

JCP E. Jurisclasseur Périodique, édition Entreprises.

JCP G. Jurisclasseur Périodique, édition Générale.

JCP N. Jurisclasseur Périodique, édition Notariale.

JOAN Journal Officiel de l'Assemblée nationale.

JORF Journal Officiel de la République française.

L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence.

loc. cit. *loco citato* (à l'endroit précité).

LPA Les Petites Affiches.

n° de R.G. Numéro au recueil général.

n° NOR numéro du système normalisé de numérotation.

obs. observations.

ONIAM Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

op. cit. *opere citato* (dans l'ouvrage précité).

pref. préface.

préc. précité.

PUAM Presses universitaires d'Aix-Marseille.

PUF Presse Universitaire de France.

RDSS Revue de droit sanitaire et social.

Rec. Lebon Recueil Lebon.

RFDA Revue française de droit administratif.

RGDM Revue générale de droit médical.

RSC Revue de Science Criminelle.

RTD civ. Revue Trimestrielle de droit civil.

S. Recueil Sirey.

soc. Chambre sociale.

somm. sommaire.

spec. spécialement.

sq. et suivants.

SSR Sous-sections réunies (Conseil d'État).

supra ci-dessus.

t. tome.

trad. traduit.

v° *verbo* (au mot).

vol. volume.

Introduction

1. À quoi sert la médecine ? À guérir, aurait-on répondu unanimement au XIX^e siècle. Depuis, l'art médical a beaucoup évolué et cela s'explique par le fait qu'il est aux prises tant avec les différentes sciences qui le nourrissent qu'avec la société qui le façonne.

Lorsque l'on fait référence aux évolutions de la médecine, on pense avant tout aux évolutions des « techniques médicales », c'est-à-dire aux nouveaux moyens d'action de la médecine. Ceux-ci ont la particularité de pouvoir faire exception à la finalité originelle de la médecine qu'est la thérapeutique. Ce fut le cas avec la chirurgie reconstructrice. Originellement consacrée à la réparation des blessures de la Première Guerre mondiale et donc à la *reconstruction* — et notamment à l'amélioration des visages des « gueules cassées » —, cette technique répondait à une blessure. Elle fut ensuite améliorée puis détournée pour répondre à des désirs de modification de l'aspect esthétique ne faisant pas suite à un accident. Ainsi naquit l'actuelle chirurgie esthétique. Ces nouveaux buts donnent à la médecine un nouveau rôle et impliquent que la nouvelle technique soit admise socialement. Cette nécessaire admission fut illustrée en matière d'avortement. D'abord prohibé tant par le corps social que médical, l'avortement fut ensuite autorisé en cas de danger pour la mère¹ avant d'être admis pour répondre au refus de maternité de la femme et en cas de malformation du fœtus.

Aisément identifiable par le passé, la fonction de la médecine est aujourd'hui plus ambiguë. En effet, si la mission thérapeutique reste centrale, la médecine a été chargée de diverses autres missions, ce qui tend à amoindrir la clarté de ses buts.

2. Par ailleurs, le contexte d'exercice de la médecine a évolué. D'une part, la place du patient dans le « colloque singulier » a été revalorisée notamment par la promotion des droits des patients². D'autre part, l'exercice de la médecine se trouve de plus en plus contraint financièrement, de par la place grandissante de la sécurité sociale et des assureurs complémentaires³.

1. Cf. *infra* n° 547, p. 272.

2. Ce qui a amené certains auteurs à évoquer une certaine « consumérisation » du droit de la santé. Cf. A. LAUDE, « Le consommateur de soins », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 415 ; G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèses, n° 26, Les Études Hospitalières, 2010.

3. Ils influent notamment sur les modalités de prise en charge des actes médicaux. Sur ce point, voir l'intéressant débat relatif aux « références médicales opposables ». Lire notamment Chr. ATIAS, « Les références médicales opposables : révolution ou continuité ? », *RDSS*, 1995, p. 21 ; A. LAUDE, « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine & Droit*, fév. 1998, 28, p. 1 ; P. SARGOS, « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Médecine & Droit*, 1998, 28, p. 9–12 ; O. DUBOIS, « Normes,

3. L'acte médical est symptomatique de ces évolutions. Paradoxalement, l'affaiblissement de la cohérence de la notion causé par la diversification des fonctions de la médecine ne s'est pas traduit par une désuétude de la notion. Celle-ci est en effet fréquemment utilisée dans la langue courante, médicale et juridique.

4. **Utilisation de l'expression dans la langue courante.** Dans la langue courante, l'expression « acte médical » est utilisée¹. Par exemple, l'avortement² ou l'euthanasie³ sont considérés comme des actes médicaux. Selon la presse généraliste, l'acte médical est ainsi à la fois le geste salvateur⁴, une unité de compte de la sécurité sociale⁵ et le lieu de réalisation de l'accident médical⁶.

5. **Utilisation de l'expression dans la langue médicale.** L'expression « acte médical » est aussi connue dans le vocabulaire médical des pays de langue romane⁷ et le code civil

références, recommandations et qualité des actes médicaux », *Bulletin de l'Ordre des Médecins*, juin 1999, p. 13-14; H. ALLEMAND et M.-Fr. JOURDAN, « Sécurité sociale et références médicales opposables », *Revue médicale de l'Assurance maladie*, 2000, 3, p. 51. Le débat semble aujourd'hui clos du fait de l'apparente désuétude de ces références.

1. Le moteur de recherche [europresse.com](http://www.bpe.europresse.com) recense 9962 articles de la presse généraliste nationale contenant l'expression « acte médical ». Ce moteur de recherche compile 554 journaux français généralistes et régionaux. Recherche : « acte médical » OU « actes médicaux ». Champ : toute la base de presse française. Date de recherche : 29 dec. 2015. <http://www.bpe.europresse.com>.

2. M.-L. BRIVAL, « C'est la stigmatisation qui est à craindre », *Le Monde*, 24 jan. 2014, p. 23. On lit aussi dans certains rapports que l'avortement doit être « un acte médical comme les autres. » L'expression est citée trois fois dans D. BOUSQUET et Fr. LAURANT, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG*, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires, n° 2013-1104-SAN-009, Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 nov. 2013, URL : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_ivg_volet2_v10.pdf (visité le 20/02/2016), Rapport en réponse à la saisine de la Ministre des Droits des femmes, Madame Najat VALLAUD-BELKACEM, p. 60, 64 et 81. Notre étude conclut, entre autres, qu'il est difficile d'isoler un régime juridique unique aux actes médicaux et que, justement, l'avortement volontaire présente un régime dérogatoire. Il est donc bien difficile d'avoir un « acte médical comme les autres » puisque tous sont différents et en particulier l'avortement.

3. P. VERDY, « Hollande rouvre le débat sur l'euthanasie », *Le Figaro*, 18 juil. 2012, n° 21138, p. 10.

4. M. GOMEZ, « La justice se penche sur le droit de refuser des soins », *La Croix*, 26 oct. 2001, p. 14.

5. A. BAZOT, « Le fiasco de la liberté tarifaire des praticiens », *Libération*, 22 déc. 2011, p. 19.

6. M. PEREZ, « L'aléa thérapeutique reconnu et indemnisé », *Le Figaro*, 5 sept. 2001, n° 17751, p. 14.

7. Elle est même très utilisée : le moteur de recherche *Science Direct* appartenant à l'éditeur *Elsevier* recense 2220 articles et chapitres d'ouvrages contenant l'expression (Recherche : ("acte médical") or ("actes médicaux"))[All Sources(- All Sciences -,Biochemistry, Genetics and Molecular Biology,Immunology and Microbiology,Medicine and Dentistry,Neuroscience,Nursing and Health Professions,Pharmacology, Toxicology and Pharmaceutical Science,Psychology)]. Date de recherche : 29/12/2015. www.sciencedirect.com). L'éditeur Springer recense 320 articles dont la grande majorité provient d'une source de langue française. En effet, seulement 43 résultats proviennent d'une source de langue anglaise et 7 d'une source de langue allemande. (Recherche : ("acte médical") or ("actes médicaux"))[All Sources]. Date de recherche : 29/12/2015. www.link.springer.com). Il faut noter que ce moteur ne permet pas de distinguer les sources selon leur champ disciplinaire. Ainsi, on trouve notamment dans ce résultat 15 articles de droit, 14 articles de sciences informatiques, 12 articles de science sociale, 3 articles d'économie, 3 articles de management, 3 articles de philosophie, 2 articles d'éducation, 2 articles de statistiques.

Dans la langue médicale étrangère, l'expression a un succès varié. En effet, l'expression n'est pas utilisée dans le monde anglo-saxon (H. GOURSAU, *Dictionnaire de médecine*, 1^{re} édition, Goursau, 2006 ; J. DELAMARE, *Lexique Français - Anglais Anglais - Français des termes de médecine*, 2^e édition, Maloine, 2003), du fait de la possible confusion avec les lois sur la médecine dont le « Medical Act » anglais de 1983. En effet, « Act » désigne en anglais le texte de loi, suivant le sens premier du nom latin *acta*. (*Medical Act 1983* 26 juil. 1983, URL : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/54/section/35C> (visité le 16/10/2014)). Le terme peut cependant être traduit par les expressions « medical treatment » (J. QUEVAUVILLIERS, A. SOMOGYI et

néerlandais inclut une définition des actions médicales¹. Les dictionnaires médicaux français définissent l'acte médical comme l'« acte que seul un médecin est autorisé par la loi à accomplir, et qui caractérise donc sa profession². » Le dictionnaire de l'académie nationale de Pharmacie va dans le même sens lorsqu'il définit l'acte médical comme « toute intervention spécifique du médecin³. »

D'autres dictionnaires ne définissent pas l'expression « acte médical »⁴, mais connaissent les entrées « acte de soins infirmiers »⁵, « acte médical infirmier » et « acte médico-judiciaire », ce dernier étant défini comme un « acte médical de diagnostic ordonné par une autorité judiciaire en fonction du code de procédure pénale⁶ ».

Dans tous les cas, la définition de l'acte médical semble être avant tout une notion juridique que les praticiens n'auraient qu'importée dans leur corpus. L'invocation de l'acte médical pour désigner une situation sert à faire référence à un régime juridique. Il s'agit ainsi de l'exigence tantôt d'une qualité — être titulaire d'un diplôme de médecine⁷ ou avoir une aptitude

A. FINGERHUT, *Dictionnaire médical*, 5^e éd., Elsevier Masson, 2007) ou « medical procedure » (Cf. pour un usage de ce terme : R. BOUVET, M. PIERRE et M.-A. LE GUEUT, « L'acte médical réalisé sur un mineur nécessite le consentement des deux parents », *Archives de Pédiatrie*, 2014, vol. 21, 11, p. 1272–1273, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0929693X14003595>). Il en va de même des dictionnaires médicaux allemands (J. DELAMARE, *Lexique Français - Anglais Anglais - Français des termes de médecine*, 2^e édition, Maloine, 2003. Sur la question, cf. aussi M. AZZARETTI, *Dictionnaire médical en six langues*, La maison du dictionnaire, 2008).

Cependant, le terme est connu dans les pays de langue romane. La recherche sur le moteur de recherche américain de référence PubMed.gov (www.ncbi.nlm.nih.gov) du terme (“medical act”) est assez éclairante. Sur 199 résultats, ceux provenant d'articles anglo-saxons font dans leur grande majorité référence à la loi sur la médecine (Medical Act) tandis que les articles faisant référence à l'acte médical entendu au sens d'action proviennent principalement de France, d'Espagne et d'Italie. (Recherche : "medical act"[All Fields]. Recherche effectuée le 29/12/2015.). Schématiquement, l'expression « acte médical » ne serait ainsi connue que dans les pays de langue romane pour lesquels un acte est avant tout une action humaine.

1. L'article 7 :446 du code civil néerlandais, traduit en anglais dispose « the term 'medical actions' means :

a. all activities - including examinations and providing medical consults - directly affecting a person and intended to cure him of a disease, to protect him from a disease, to assess his state of health or to render obstetric assistance.

b. actions other than those referred to under point (a) which directly affect a person and which are carried out by a medical doctor or dentist acting in that capacity. » Cf. URL : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle7777.htm> (visité le 01/09/2016).

2. J. QUEVAUVILLIERS, A. SOMOGYI et A. FINGERHUT, *Dictionnaire médical*, 6^e éd., Elsevier Masson, 2009, v^o Acte médical.

3. *Dictionnaire des sciences pharmaceutiques et biologiques*, sous la dir. de L. PARIENT, t. 1, URL : <http://dictionnaire.acadpharm.org/w/Acadpharm:Accueil> (visité le 12/02/2016), p. 37.

4. Lorsqu'il est interrogé sur l'acte médical, le dictionnaire médical de l'Académie de médecine renvoie à la nomenclature des actes professionnels. *Dictionnaire médical de l'Académie de Médecine : Acte médical*, 2014, URL : <http://dictionnaire.academie-medecine.fr/> (visité le 27/10/2014), v^o Acte médical. Voir aussi les dictionnaires suivants qui ne mentionnent pas l'expression : M. LEPORRIER, *Petite encyclopédie médicale Hamburger*, 20^e édition, Lavoisier, 2011 ; L. MANUILA et al., *Dictionnaire médical Manuila*, 10^e édition, Masson, 2004 .

5. Défini comme une « intervention effectuée par un(e) infirmier(ière) dans l'exercice de sa profession. Ces actes sont cotés à la nomenclature en AIS (Acte infirmier de soins) ».

6. M. GARNIER et al., *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, avec une préf. de H. PÉQUINOT, 31^e édition, Maloine, 2012.

7. Pour des exemples, cf. P. CATHÉBRAS, « Rassurer : un acte médical essentiel mais plus difficile qu'il n'y paraît, aux conséquences socio-économiques négligées », *La Revue de Médecine Interne*, 2014, vol. 35, 5, p. 285–288, ISSN : 0248-8663, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.revmed.2013.11.005>, URL : <http://>

« technique »¹ — tantôt d'une condition procédurale — le consentement éclairé par exemple². L'expression « acte médical » ressortirait aussi du domaine juridique puisque son utilisation est corrélée à un régime juridique.

6. Utilisation de l'expression dans la langue juridique. Le droit connaît et utilise abondamment l'expression.

L'expression est utilisée par des textes à valeur tant législative³ que réglementaire⁴ et est insérée dans des codes variés : code de la santé publique, code de la sécurité sociale⁵, code de procédure pénale, code des pensions militaires d'invalidité, code général des impôts et code du travail⁶. Aussi, il existe un descripteur⁷ dans Légifrance⁸ renvoyant notamment à l'Arrêté du 6 janvier 1962. Enfin, il faut noter que la notion est de plus en plus utilisée. On trouve six occurrences de l'expression dans la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*⁹, alors qu'on n'en trouvait qu'une seule dans la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* et trois dans la Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*¹⁰.

[//www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0248866313010692](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0248866313010692); M. BERNARD, « 55 - Un diplôme de docteur en médecine autorise-t-il la pratique de tout acte médical? » *in 160 questions en responsabilité médicale*, sous la dir. de M. BERNARD, 2^e éd., Paris : Elsevier Masson, 2010, p. 136, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9782294708879000555>.

1. Pour un exemple, cf. C. HAZIF-THOMAS, P. DAVID et Ph. THOMAS, « Soins des personnes fragiles : des compétences professionnelles à celles plus profanes des aidants familiaux, que reste-t-il de l'acte médical? », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, 2013, vol. 171, 8, p. 574-578, ISSN : 0003-4487, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.amp.2013.06.014>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0003448713002461>.

2. Pour des exemples, cf. R. BOUVET, M. PIERRE et M.-A. LE GUEUT, « L'acte médical réalisé sur un mineur nécessite le consentement des deux parents », *Archives de Pédiatrie*, 2014, vol. 21, 11, p. 1272-1273, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0929693X14003595>; O. LACCOURREYE et al., « Information médicale et acte médical invasif en otorhinolaryngologie et en chirurgie cervicofaciale en France », *Annales françaises d'Oto-rhino-laryngologie et de Pathologie Cervico-faciale*, 2012, vol. 129, 1, p. 46-51, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1879726111002130>.

3. Cf. par ex. Arts. L. 1111-4, L. 1113-5, L. 1431-2, L. 2212-7, L. 6211-1, L. 6211-8, L. 6211-9, L. 6122-14 CSP.

4. Cf. par ex. Arts. R. 3111-29, R. 4127-24, R. 4127-71, R. 4127-309, R. 4127-319, R. 6121-4, R. 6133-10, R. 6133-21, R. 6152-2, R. 6152-202, R. 6152-632, R. 6316-1 CSP, Arts. R. 161-71, R. 322-8, D. 322-1-1 CSS Art. 86 annexe 3 CGI, art. D. 362 CPP, art. D. 7231-1 CT, Arts. D. 58, Art. 12 code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

5. Son abondante utilisation dans le code de la sécurité sociale est due à l'existence d'une « Classification commune des actes médicaux », fondement du financement de la médecine par l'assurance maladie.

6. C'est une nouveauté, la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* ayant modifié l'article L. 1225-16 du code du travail.

7. Un descripteur est un élément du fichier de repérage de l'information juridique élaboré par la Direction de l'information légale et administrative. Cf. DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE, *Recherche thématique sur la législation et la réglementation en vigueur*, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/Bases-de-donnees/Contenus/Recherche-thematique> (visité le 04/11/2014).

8. *Descripteur : acte médical*, Legifrance, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichSardep.do?idSardep=SARDOBJT000007107790> (visité le 07/10/2014).

9. Et une occurrence dans la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* qui modifie l'article L. 1111-11 du code de la santé publique.

10. Sur ce point, voir aussi *infra* n° 34, p. 22.

Les utilisations de l'expression sont variées. Il est ainsi possible de lire qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne¹ », que « l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués² » dans certaines conditions ou qu'il existe une « classification commune des actes médicaux » qui permet d'organiser la « prise en charge d'actes médicaux³ » dans le cadre du paiement à l'acte.

L'expression trouve deux utilisations majeures : désigner certains actes du praticien soumis à une certaine réglementation⁴ et désigner ce qui doit être payé ou pris en charge par l'assurance maladie⁵.

7. Usage prétorien de l'expression « acte médical ». Les juges — tant judiciaires qu'administratifs⁶ — utilisent aussi abondamment l'expression⁷. Les juridictions ont même inclus l'expression dans les titrages servant au référencement des arrêts⁸ et le service de documentation de la Cour de cassation lui fait une place dans les résumés qu'il produit⁹. Cela vaut aussi pour les arrêts du Conseil d'État pour lesquels des « abstraits » contiennent l'expression¹⁰.

Les usages majoritaires de la locution sont les mêmes que ceux des textes : servir de

1. Art. L. 1111-4 CSP.

2. Art. L. 2212-7 CSP.

3. *Loi n° 2004-810 du 13 août 2004* relative à l'assurance maladie, Art. 9.

4. Par exemple, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique dispose que tout acte médical doit être pratiqué avec le consentement libre et éclairé de la personne.

5. L'article L. 6133-6 du code de la santé publique dispose que « La permanence des soins, les consultations et les actes médicaux assurés par les professionnels libéraux médicaux, dans le cadre du groupement, peuvent être rémunérés forfaitairement ou à l'acte dans des conditions définies par voie réglementaire. »

6. Il faut noter que l'expression est plus répandue dans les arrêts de la Cour de cassation que dans ceux du Conseil d'État. En effet, si une recherche sur www.légifrance.gouv.fr dans les titrages et résumés de l'expression donne 250 occurrences pour le Conseil d'État pour 43 occurrences pour la Cour de cassation, une recherche dans le texte intégral produit 719 occurrences pour la Cour de cassation et 232 arrêts pour le Conseil d'État. (Recherches menées le 15 janvier 2016).

7. La base JurisData de l'éditeur LexisNexis compte ainsi 2344 résultats pour l'expression « acte médical » et plus de 3000 résultats pour l'expression « actes médicaux ». Pour la base de données Dalloz, l'interrogation ("acte médical") OU ("actes médicaux") dans la base de jurisprudence donne 3249 résultats. (Recherche menée le 29/12/2015).

8. Cette rubrique est un sous-titre des titres « protection des droits de la personne » et « responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ». Pour des exemples, cf. Cass. 1^{re} civ., *M. X. c. Clinique Bel Air*, 15 jan. 2015, *Bull. civ.*, n° 13-21180 ; Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, *Bull. civ.*, II, p. 171, n° 00-22302 ; Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, *Bull. civ.*, II, p. 171, n° 00-22302 ; Cass. 1^{re} civ., *Bull. civ.*, I, p. 205, n° 00-22432.

9. Cass. 1^{re} civ., *M. Brègue c/ M. Gilet, M. Mahé et ailli*, 12 juil. 2012, *Bull. civ.*, n° 165, n° 11-17510 ; Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 2006, *Bull. civ.*, I, p. 308, n° 04-11564.

10. Cf. par exemple : CE, 5^e / 4^e SSR, 6 mar. 2015, *Rec. Lebon*, n° 368520 ; CE, 5^e et 4^e SSR, 5 fév. 2014, *Rec. Lebon*, n° 362351.

point d'imputation¹ à des règles spécifiques dont le monopole médical², l'engagement de la responsabilité médicale³ ou l'exigence d'un consentement éclairé⁴, et signaler la prise en charge par la sécurité sociale⁵. Les juges ne définissent pas non plus l'acte médical et se contentent de l'utiliser pour viser l'acte dommageable à l'origine de l'engagement de la responsabilité⁶, sans pour autant le définir. Certaines juridictions vont même jusqu'à affirmer que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique vise l'acte médical alors que cet article ne fait pas référence à cette notion⁷.

8. Usage doctrinal de l'expression « acte médical ». La doctrine semble aussi avoir adopté l'expression. La base de données *Doctrinal Plus* compte ainsi 290 articles contenant l'expression⁸, la base LexisNexis recense 866 articles⁹ — principalement à la semaine juridique

1. Selon la formule de Fr.-P. BÉNOIT : « La notion est l'outil qui permet d'opérer des "qualifications" en vue de procéder à "l'imputation" de régimes juridiques déterminés. » Fr.-P. BÉNOIT, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel in Mélanges Gustave Peiser*, sous la dir. de J.-M. GALABERT et M.-R. TERCINET, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 27. On n'est dès lors pas loin du mécanisme d'implication. Sur cette question, lire Fr. ROUVIÈRE, *Le revers du principe « différence de nature (égal) différence de régime »*, *Penser le droit in Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Economica, 2013, URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document> (visité le 11/03/2016), spec. n° 2, p. 418.

2. Cf. par exemple : Cass. crim., 16 oct. 2008, *Bull. crim.*, n° 229, n° 07-17789.

3. Cf. par exemple : Cass. 1^{re} civ., *M. Suzac c M. Jayais*, 20 jan. 2011, *Bull. civ.*, I, n° 14, n° 10-17357 et n° 10-17363 ; CE, 29 avr. 2015, *Rec. Lebon*, n° 369473.

4. Cf. par exemple : Cass. 1^{re} civ., 21 jan. 2003, *inédit*, n° 01-03930.

5. Cf. par exemple : CE, 1^{re} 6^e SSR, 22 oct. 2014, *Rec. Lebon*, n° 365641 ; Cass. soc., 21 nov. 2002, *inédit*, n° 01-20152. On trouve aussi les sous-titres « contestation de la cotation d'un acte médical » (Cf. par exemple : Cass. soc., 21 nov. 2002, *inédit*, n° 01-20152), « exécution d'un acte médical nécessitant un produit » (Cf. par exemple : Cass. 2^e civ., 9 fév. 2006, *Bull.*, II, p. 44, n° 04-30569), « mention de l'attestation d'urgence dans l'acte médical de prescription du transport » (Cf. par exemple : Cass. 2^e civ., 13 mai 2003, *inédit*, n° 02-30097) dans le titre « sécurité sociale, assurances sociales ».

6. Voir notamment l'arrêt *Rouzet* qui évoque les actes médicaux comme suit : « Considérant que, si la responsabilité de l'administration hospitalière n'est susceptible d'être engagée que sur le fondement de la faute lourde en ce qui concerne les dommages corporels causés par les actes médicaux qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou un chirurgien ou par ceux qui ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directes d'un médecin, dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir à tout moment, la dite administration est responsable des conséquences dommageables des fautes, quel qu'en soit le degré, commises lors de la prestation de soins qui ne se rattachent pas aux catégories ci-dessus mentionnées, telles qu'elles ont été, notamment, définies par les articles 3 et 4 de l'arrêté du ministre de la Santé publique et de la Population du 31 décembre 1947. » CE, *Rouzet*, 26 juin 1959, *Lebon*, p. 405, n° : *D.*, p. 112, anotator J. ROBERT ; *RDJA*, p. 273, concl. FOURNIER. Si l'on a pu croire que, ce faisant, le Conseil d'État définissait la notion d'acte médical, à bien lire l'arrêt, il n'en est rien.

7. Le Conseil d'État considère ainsi que « la condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement. » (CE, 29 avr. 2015, *Rec. Lebon*, n° 369473. Reprenant cette solution, voir notamment CAA Marseille, *Madi c. ONIAM*, 4 juin 2015, n° 13MA01401 et CAA Nantes, 1^{er} oct. 2015, *inédit*, n° 15NT01776.). Les juges judiciaires semblent aller dans le même sens, bien que la Cour de cassation soit restée prudente sur l'utilisation de cette notion. Voir par exemple un arrêt d'appel qui retient que « les conséquences dommageables de l'acte médical à visée diagnostique présentent un caractère anormal au regard de l'état de santé de madame D. comme de l'évolution prévisible de celui-ci et doivent être indemnisées au titre de la solidarité nationale. » (CA Rennes, *ONIAM c. Mme A., M. S., M. G, CPAM du Morbihan et Mutuelle Nationale MCD*, 30 sept. 2015, n° 14/06048).

8. Recherche : ("acte médical" OU "actes médicaux"). Menée le 29 août 2016.

9. Recherche : ("acte médical" OU "actes médicaux") dans « Toutes les revues ». Menée le 29 août 2016.

générale — et la base de données Dalloz compte 1592 résultats¹ — principalement dans la *revue de droit sanitaire et social* (RDSS), le *recueil Dalloz*, et la revue *actualités juridique, droit administratif* (AJDA). La doctrine utilise cette notion dans le même sens que les juges et les textes. Il est ainsi courant de lire que l'acte médical sera pris en charge par l'assurance maladie. Par ailleurs, l'acte médical est utilisé pour désigner le geste du praticien de la médecine, et aussi pour désigner l'acte justifiant l'engagement de la responsabilité médicale.

9. L'acte médical est une notion connue et utilisée couramment par les juristes dans deux sens : acte de la médecine et acte pris en charge par la sécurité sociale. Cependant, ni le législateur ni le juge ne l'ont défini.

Il y a donc un vide. Si, devant un vide, la tentation courante est de le remplir immédiatement déterminons plus prudemment s'il faut vraiment définir l'acte médical avant de pouvoir envisager la construction d'une définition.

10. Une fois que le besoin d'une définition de l'acte médical aura été démontré (Section I), il sera possible de partir à la recherche de sa définition (Section II).

Section I Le besoin d'une définition de l'acte médical

11. Il n'existe pas de définition légale de l'acte médical. Il faut avant toute chose savoir si l'acte médical nécessite une définition et donc s'il ne fait pas partie des notions sciemment non définies par le législateur.

12. **Typologie des notions sciemment non définies.** L'expression acte médical rejoindrait-elle les rangs des notions sciemment non définies par le législateur et le juge ? Pour répondre à cette question, envisageons les cas de non-définitions. V. CHAMPEIL-DESPLATS, dans son ouvrage intitulé *Méthodologies du droit et des sciences du droit*², a dressé une typologie de ces cas. Elle indique que le législateur ou le juge peut ne pas définir un terme ou une expression dans quatre cas.

Premièrement, il peut y avoir un compromis sur les termes, mais pas sur leur sens précis. Ce fut par exemple le cas lorsqu'à l'article 16 du code civil, il a été inscrit que « la loi [...] garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » Le « commencement de [la] vie » de la personne n'était sciemment pas défini puisqu'il n'existait pas — et il n'existe toujours pas — de consensus sur ce terme. Cela ne semble pas être le cas de l'acte médical puisqu'il n'a pas fait l'objet de dissensions et il n'apparaît pas que l'acte médical soit au cœur d'une matière contestée supposant que ce terme reste flou.

1. Recherche : ("acte médical" OU "actes médicaux") dans « Encyclopédie », « Ouvrages » et « Revues ». Menée le 19 août 2016.

2. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014.

Deuxièmement, le législateur ou le juge peut choisir de ne pas définir un terme ou une expression lorsqu'il souhaite laisser à chacun — et spécialement au juge — la détermination de son contenu. Il s'agit donc d'une indétermination visant à laisser aux exégètes une liberté. Elle confère au texte qui la contient une certaine flexibilité. C'est le cas des standards : ceux-ci, bien qu'intégrés dans la langue juridique, renvoient à une réalité qui leur est extérieure, sûrement pour permettre au texte de s'adapter à la réalité qu'ils doivent réguler. L'exemple topique est celui de la dignité : c'est un concept non défini, justement pour lui permettre d'être invoqué dans des hypothèses diverses¹. Concernant l'acte médical, il n'a pas la caractéristique du standard puisqu'il renvoie à un fait, une action et non à une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé² ».

Troisièmement, le législateur et les juges sont parfois dans l'impossibilité de définir certains termes fondamentaux et se contentent alors de définir leurs effets. C'est cette réalité que décrivait A. ROSS dans son célèbre article intitulé « Tû-tû »³. Le terme *tû-tû* fait directement référence à un régime juridique : celui qui est *tû-tû* doit être purifié. A. ROSS prend aussi comme exemple le mot « propriété » qui, en lui-même, renvoie directement à des conséquences juridiques, ce que confirme le descripteur qui lui est consacré dans Légifrance puisqu'il renvoie directement à l'article 544 du code civil qui définit la propriété en renvoyant directement aux droits qu'elle procure : « jouir et disposer des choses ». Il semble cependant que l'acte médical ne réponde pas à ce cas de figure. En effet, cette expression ne renvoie pas directement à un régime juridique précis et clairement établi.

Quatrièmement, le législateur ou le juge peut ne pas définir la notion lorsque le terme ou l'expression est, du fait de la clarté de son sens ordinaire ou spécialisé, parfaitement évident pour tout le monde. Dans ce cas, « l'éventualité d'une diversité de définitions n'est pas envisagée ou [...] est tenue pour négligeable⁴ », du fait notamment du contexte. C'est par exemple le cas lorsque le code civil — en particulier aux articles 16 et suivants — fait référence au corps humain.

Il semble que ce serait le cas pour l'acte médical. Il ne serait pas défini parce que la définition non juridique serait suffisamment fondée pour que le droit puisse y faire référence. Le législateur et le juge ont-ils raison de se fonder sur la définition non juridique ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord savoir s'il existe une définition non juridique et, le cas échéant, déterminer si cette définition ne souffre pas d'ambiguïtés.

1. Cf. pour une définition récente de la dignité humaine E. FRAGU, *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle : Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, sous la dir. de Y. LEQUETTE, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 9 nov. 2015, p. 233 et s.

2. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 10^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2014, v^o Standard.

3. A. ROSS, « Tû-tû », trad. par E. M. MILLARD et E. MATZNER, *Harvard Law Review*, 5 1957, vol. 70, URL : <http://enquete.revues.org/1586> (visité le 10/08/2014). Le terme *tû-tû* ne fait, en lui-même, référence à rien d'autre qu'à une règle : l'obligation de recourir à une purification. Chercher à définir le terme est « un pur non-sens » puisque seuls les effets du *tû-tû* sont importants.

4. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n^o 503, p. 311.

13. L'incertitude du sens courant de l'expression « acte médical ». Le sens courant de l'expression « acte médical » peut être déduit de la décomposition de l'expression. Le nom « acte » doit ici être évidemment pris au sens d'« action humaine considérée dans son aspect objectif plutôt que subjectif¹ » et est alors synonyme de « geste ». Dès lors, l'acte médical peut être défini comme étant l'équivalent de l'« intervention médicale ou chirurgicale² ». Mais que faire alors de ce qui n'est pas une « intervention », mais un simple acte de parole par exemple ? L'adjectif « médical » pourrait aider pour trouver le sens de l'expression puisqu'est médical ce « qui concerne la médecine³ ». Cependant, d'autres dictionnaires signalent une polysémie puisqu'est médical ce « qui sert à soigner ou prévenir les maladies⁴ » et ce « qui concerne les médecins⁵. » La littérature médicale confirme ces hésitations⁶. L'acte médical est-il donc l'acte de la médecine ou celui du médecin ? Dans les deux cas, les définitions sont problématiques puisque cela supposerait de définir ce qu'est un médecin ou ce qu'est la médecine.

La définition courante n'est donc pas très claire. Si le législateur ne définit pas l'acte médical, c'est donc soit parce qu'il se fonde sur la définition courante en ignorant son caractère incertain, soit parce qu'il utilise ce terme dans un sens spécifique qu'il n'a cependant pas défini. Dans les deux cas, une entreprise de définition est souhaitable, pour donner un sens et un contenu à l'expression, ou découvrir le sens choisi par le législateur et les juges.

14. L'acte médical n'est donc pas une notion sciemment laissée sans définition. En effet, le législateur n'a pas manifesté son intention de laisser cette notion dans le flou et sa définition n'est pas impossible. Avant d'aller plus loin, il faut savoir si la définition de la notion présente un intérêt.

15. Le droit et la médecine. La régulation juridique de la médecine est ancienne. Le code d'Hammurabi⁷ contient en effet à ses paragraphes 221 et 225 des règles s'appliquant aux médecins. Cette réglementation fixe tant les prix des actes médicaux⁸ que la responsabilité du

1. *Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, juin 2000, v^o Acte.

2. *Ibid.*, v^o Acte.

3. *Ibid.*, v^o Médical.

4. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Médical. Cf. aussi sur ce point *Dictionnaire de l'Académie Française*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr, 8^e édition, v^o Médical.

5. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Médical.

6. Cf. notamment *Echographies fœtales à visée médicale et non médicale : définitions et compatibilité*, Rapport d'évaluation technologique, Haute autorité de santé, 26 avr. 2012, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/rapport_echographies_foetales_vde.pdf (visité le 12/06/2015) ; *Éfficience de la télé-médecine : état des lieux de la littérature internationale et cadre d'évaluation*, Note de cadrage, Haute autorité de santé, juin 2011, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2011-06/cadrage_telemedecine_vf.pdf (visité le 26/11/2015).

7. Daté d'environ 1750 av. J.-C.

8. « §221 : Si un médecin sauve l'os d'un notable d'une fracture ou guérit un muscle malade, le malade devra donner au médecin 5 sicles (environ 40 g) d'argent. » « §220 : s'il s'agit d'un homme du peuple, il devra donner 3 sicles (environ 24 g) d'argent. » Voir aussi les paragraphes 223 et 215 à 217. Nous suivons la traduction de D. CHARPIN, *Hammu-rabi de Babylone*, Presses universitaires de France, 2003.

médecin¹.

L'idée selon laquelle la médecine peut être régulée autrement qu'à l'intérieur d'un corps médical² est donc ancienne. Elle perdure aujourd'hui et l'on peut affirmer qu'il est parfaitement clair que la pratique de la médecine est soumise aux lois et aux tribunaux de droit commun³. Reste qu'il est nécessaire que ces règles se mettent au diapason de la médecine pour mieux la réguler⁴.

16. La fonction du droit : réguler les comportements. Il existe deux temps dans le mécanisme juridique⁵. Le premier consiste dans le rapprochement de la situation de fait avec la notion contenue dans le droit. Il s'agit alors de dire que *telle situation* peut être qualifiée juridiquement *ainsi*. Cette démarche est la démarche de qualification et elle suppose d'une part une analyse des faits et d'autre part, l'existence d'une notion juridique dont les caractères permettent de la reconnaître. Par ce premier mouvement, le droit attribue à la réalité une existence juridique, il l'attire dans le monde du droit⁶. Le second temps correspond à celui

1. « §218 : si un médecin a fait une blessure (incision) grave sur un notable avec une lancette de bronze (scalpel) et l'a fait mourir ou bien a ouvert la tempe d'un notable avec une lancette de bronze et lui a crevé l'œil, on lui coupera la main. » « §219 : si un médecin a fait une blessure (incision) grave sur l'esclave d'un homme du peuple avec une lancette de bronze et l'a fait mourir, il remplacera l'esclave par un esclave. » « §220 : s'il lui a ouvert la tempe et lui a crevé l'œil, il payera en argent la moitié du prix ». Nous suivons la traduction de M.-J. SEUX, *Lois de l'Ancien Orient*, Cahiers Évangile, Le Cerf, 1986.

2. Nous pensons à la déontologie qui était au début édictée par l'Ordre des médecins. C'est toujours le cas aujourd'hui, mais ces règles sont maintenant contrôlées par le Conseil d'État et intégrées dans la partie réglementaire du code de la santé publique. Symboliquement, cela est non négligeable puisqu'en toute rigueur le code de déontologie n'existe plus (il a été abrogé par le Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 *relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code*) et il faudrait faire référence aux seuls articles du code de la santé publique. Il est notable que l'Ordre des médecins diffuse toujours sur son site Internet un document intitulé « code de déontologie médical » en ne faisant référence à l'article du code de la santé publique correspondant qu'entre parenthèses après mention du numéro de l'article du code de déontologie. Dans le discours médical, il est aussi intéressant de noter que les règles déontologiques prennent souvent place avant les règles extra déontologiques lorsque celles-ci sont identiques, y compris lorsqu'elles ont une valeur légale.

3. Il faut cependant noter que l'histoire a hésité un temps. Il fallut en effet attendre 1835 pour que cesse l'immunité du médecin. Cf. Cass. Req., 18 juin 1835, *S. 1835*, I, p. 401, concl. M. DUPIN. Lire sur cet arrêt M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005, nos 63 et s. p. 59 et s. Cf. aussi en général L. KORNBROST, *Les Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1957, p. 27.

4. Nous trouvons là le thème des relations entre sciences, techniques et droit. Sur ce point, cf. la synthèse de V. LASSERRE-KIESOW, « Droit et technique », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 24 jan. 2011, 4, p. 93. Le retard du droit sur l'évolution des faits a souvent été évoqué dans les recherches sur le non-droit ou le vide juridique. Cf. sur ce point A.-M. HO DHIN, « Le "vide juridique" et le "besoin de droit". Pour un recours à l'hypothèse du non droit », *L'Année sociologique*, 2 2007, vol. 57, p. 419-453, URL : www.cairn.info/revue-1-annee-sociologique-2007-2-page-419.htmrondeaurivier :halshs-01097051.

5. J. GUESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN écrivaient ainsi que « le droit n'a pas pour objet de constater et d'expliquer des faits, mais de déterminer une action, un comportement. Cela suppose à la fois un jugement de valeur et la poursuite d'un objectif. En outre valeurs et objectifs ne sont pas abandonnés à la recherche scientifique du juriste. Il s'agit des valeurs reçues par une société et ceux qui y exercent le pouvoir. » J. GUESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 42, p. 35.

6. Ainsi, Chr. GRZEGORCZYK écrivait-il que « le droit, en appelant les réalités du monde naturel par des notions juridiques, transforme ces réalités en phénomènes juridiques, leur attribuant une signification juridique

de la prescription et part de la notion : il ne vise plus les caractères de la notion, mais les règles prescriptives qui lui sont associées¹. Ces règles sont souvent dénommées « régime » de la notion².

Le droit est donc un phénomène qui rétroagit sur la réalité : il fait entrer dans son champ une réalité afin de la modifier. « La profonde originalité de la science juridique, c'est qu'elle contribue à créer, ou à modifier, la réalité qu'elle a pour objet de constater³. »

17. Le droit appliqué à la médecine : un droit de la relation médicale. En conséquence, lorsque le droit s'intéresse à la médecine, il va procéder en deux temps⁴. *D'abord*, le droit crée des notions pour permettre des opérations de qualification et faire entrer la réalité médicale dans le droit. *Ensuite*, le droit régule les comportements des auteurs de la médecine en mettant en place des normes prescrivant des comportements en les assortissant, si besoin, de sanctions pour renforcer la croyance dans leur caractère obligatoire⁵.

Le droit peut donc s'intéresser aux comportements puisqu'il a pour but de modifier la réalité en pesant sur les comportements des auteurs de la médecine. Dès lors, le droit va s'intéresser à l'étude de l'action médicale, ce qui revient à chercher à peser sur les comportements des auteurs de la médecine et donc sur la relation médicale.

qu'ils n'avaient pas avant cette opération. Autrement dit, le droit, à partir des objets du monde réel, crée les choses, les personnes ou les relations juridiques (dotées d'une signification juridique). Le langage du droit n'est donc pas entièrement neutre, il ne se limite pas à sa fonction de description, et sa spécificité par rapport au langage des sciences réside [...] dans sa puissance d'attribution d'existence juridique, dans son aspect "performatif". » (Chr. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique, l'impossible définition in Les biens et les choses en droit*, Archives de philosophie du droit, t. 24, Sirey, 1979, spec. p. 269) Dans un autre registre, J. GIRAUDOUX écrivait que « nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. » (J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935, URL : http://wikilivres.ca/wiki/La_guerre_de_Troie_n%2%80%99aura_pas_lieu/Acte_II (visité le 10/02/2015), Acte II, scène V).

1. Ce qui correspond aux « règles de conduite » contenues dans le droit. (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008, v^o Droit).

2. C'est sous cet angle que peut s'analyser la méthode du cas pratique. Celle-ci suppose deux syllogismes. Le premier permet de reconnaître dans les faits l'existence d'une notion. Le résultat de ce premier syllogisme sera : « s'applique ici la notion *y* ». Le second syllogisme est plus court et évident : en présence de la notion *y*, il faut appliquer les règles qui lui sont associées. Lire sur ce point H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, avec une préf. de P. ROUBIER, Dalloz, 2002, n^{os} 48 et s.

3. L. HUSSON, *Droit, économie et sociologie*, Dalloz, 1959, p. 37 cité par Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Nouvelle bibliothèque des thèses, L.G.D.J., 1987, 457, p. 220.

4. Nous décrivons ici un phénomène de manière synthétique. Dans la pratique, une telle architecture, organisée chronologiquement, n'existe pas. Les opérations de création de notion puis de régime se font et se modifient en permanence.

5. Le caractère sanctionné est donc second et optionnel dans le mouvement du droit. En faire un élément caractéristique du phénomène juridique reviendrait donc à présumer que le droit ne fait pas naître une croyance et que cette naissance ne peut être la conséquence que de la sanction ou de la peur de sanction. Il faut cependant noter qu'il existe une très grande variété de sanctions. Si l'on pense *a priori* aux sanctions classiques que sont l'amende ou la privation de liberté, il faut envisager l'existence de sanctions plus diffuses et évanescentes. En imaginant qu'une prescription juridique ne soit pas, à première vue, sanctionnée, il faut envisager le fait qu'elle peut tout de même l'être. En effet, la désapprobation sociale découlant de l'irrespect de normes sociales peut être considérée comme une sanction à l'instar du sentiment de culpabilité — sanction autonome de l'âme — qui peut naître de la fraude.

18. Multiplication des règles régissant la médecine. La médecine s'étant complexifiée, le droit a dû multiplier les objets susceptibles d'être juridiquement qualifiés et, puisqu'il a jugé opportun de leur assortir de règles différentes, il a multiplié les normes comportementales prescrites. Par cette multiplication, le droit a cherché à répondre au mieux aux besoins des praticiens de la médecine.

L'actuel droit relatif à la médecine a pris son essor dans les années 1960¹. Cela correspondrait à la période dans laquelle se sont multipliés les buts et les fonctions de la médecine.

19. L'appréhension théorique des règles de la médecine suscitée par leur foisonnement. Devant ces évolutions, la réponse juridique a été de grande ampleur, comme en témoigne l'important volume de lois consacré à la santé et donc à la médecine. De manière non exhaustive et sans compter l'annuelle loi de financement de la sécurité sociale², il faut ainsi compter les lois relatives à la biomédecine³, à l'avortement⁴, à la recherche biomédicale⁵, au don d'organe⁶, à la fin de vie⁷, aux soins psychiatriques⁸. En plus de ces lois au périmètre relativement restreint, il faut noter que le législateur adopte de plus en plus la technique des *lois de santé*. Celle-ci consiste à confier au ministre chargé de la santé la préparation d'un texte visant à répondre à de multiples questions ayant pour point commun la santé. De telles lois ont été adoptées en 2002⁹,

1. Nous pouvons dater ce début avec la *Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967* relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique. La consultation de l'ouvrage consacré aux « grands arrêts du droit de la santé » est aussi éclairante puisque les arrêts qu'il recense datent, dans leur majorité, de deux périodes distinctes : avant 1945 et après 1960. Cela accrédièterait la thèse d'un regain d'intérêt pour la régulation juridique de la médecine à compter des années soixante. (Cl. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, avec une préf. de P. MAZEAUD, 1^{re} éd., Grands arrêts, Dalloz, 2010.) Peut-être faut-il faire un lien avec la publication en 1956 du *Traité de droit médical*? (R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956).

2. Et ce, depuis la *Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996* instituant les lois de financement de la sécurité sociale.

3. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain ; *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 ; *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004* relative à la bioéthique ; *Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011* relative à la bioéthique.

4. *Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967* relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique ; *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* relative à l'interruption volontaire de grossesse.

5. *Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988* relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales ; *Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012* relative aux recherches impliquant la personne humaine.

6. *Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976* relative aux prélèvements d'organes.

7. *Loi n° 99-477 du 9 juin 1999* visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs ; *Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005* relative aux droits des malades et à la fin de vie ; *Loi n° 2016-87 du 2 février 2016* créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

8. *Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011* relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ; *Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013* modifiant certaines dispositions issues de la *Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*.

9. *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

2004¹, 2009² et en 2016³. Enfin, le domaine de la biomédecine a la particularité d'être régulé par des lois à durée déterminée, certaines n'ayant qu'un but expérimental⁴, d'autres devant être révisées périodiquement⁵ ce qui a pour effet d'en augmenter le nombre.

Ce foisonnement menaçant de rendre illisible ce pan du droit, il est nécessaire de mettre en œuvre des mécanismes de réorganisation.

20. Les mécanismes de réorganisation du droit. Ces mécanismes sont de deux ordres. Les premiers sont des mécanismes visant à modifier le droit lui-même notamment en le modifiant avec des *lois de simplification*. Le second mécanisme est un mécanisme pédagogique mis en œuvre par la doctrine, traditionnellement chargée d'un rôle d'explication du droit.

L'importance et le nombre des sources relatives à la santé et à la médecine ont ainsi suscité l'intérêt de la recherche juridique. Il s'agissait, dès le début de l'appréhension doctrinale de la matière, de rendre ces normes compréhensibles⁶. L'empilement de textes et la fréquence d'adoption de nouveaux textes ne peuvent qu'appeler à de nouvelles entreprises de simplification tant la matière, du fait de son foisonnement, peut apparaître incohérente, et donc, illisible. De telles caractéristiques seraient hautement dérangeantes au regard de la gravité du sujet puisque ces normes ont pour objet la personne humaine et sa santé.

21. La réorganisation par la théorie. Principalement composée d'enseignants-chercheurs⁷, la doctrine a, entre autres, pour objectif⁸ de produire des explications en vue de la compréhension du droit. Pour cela, elle a recours à la théorie. Celle-ci est généralement comprise comme une construction d'idées qui, par son organisation, explique un domaine⁹. Dans le domaine juridique, la théorie a pour but d'expliquer le fonctionnement du droit. Fr. GÉNY écrivait que la théorie vise « à fournir, en des termes aussi simples que possible, des représentations purement

1. *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004* relative à la politique de santé publique.

2. *Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009* portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

3. *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé.

4. Ce fut le cas de la *Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967* relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique.

5. C'est le cas des lois relatives à la biomédecine. Cf. par ex. *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004* relative à la bioéthique, art. 40 ; *Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011* relative à la bioéthique, art. 47.

6. Voir notamment l'avant-propos du *Traité de droit médical* qui précise que ce traité a pour objectif à la fois de « familiariser » le médecin avec la langue et les concepts juridiques et de synthétiser la matière à destination des juristes, matière qui jusqu'alors « leur imposait des recherches délicates à travers des sources dispersées et difficiles à connaître par eux. » (R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 8).

7. Cf. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 193 et s.

8. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN indiquent ainsi que l'une des fonctions de la doctrine est de critiquer le droit positif. *Ibid.*, p. 232 et s.

9. La théorie peut être définie comme suit dans le domaine scientifique : « Construction intellectuelle, hypothétique et synthétique, organisée en système et vérifiée par un protocole expérimental ; ensemble de lois formant un système cohérent et servant de base à une science, ou rendant compte de certains faits. » *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v° Théorie. Le *Dictionnaire de l'Académie Française* est plus sobre dans sa définition : « Système d'idées concernant tel ou tel problème particulier. » *Dictionnaire de l'Académie Française*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr, 8^e édition, v° Théorie.

intellectuelles de tout ou partie d'un système de droit¹. » Pour ce faire, la doctrine organise la théorie autour d'un objet. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN écrivaient que la théorie est, « en substance, un ensemble de définitions *et de principes* ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures² ». La théorisation autour d'un objet est classique en droit et a servi à la constitution des matières juridiques. Le droit commercial est ainsi organisé autour de l'acte de commerce, le droit social autour du contrat de travail, le droit administratif autour des relations dans lesquelles est incluse une administration, le droit pénal autour de l'infraction, etc. Mais il faut distinguer les matières se structurant sur un objet désigné par la législation de celles qui sont organisées autour d'un objet déterminé par la doctrine en l'absence d'objet désigné par le législateur³.

La question peut être posée de savoir comment appeler cet objet central : notion, catégorie ou concept ? Sans prétendre trancher le débat⁴, il faut noter que ces trois appellations désignent

1. Fr. GÉNY, *Sciences et techniques en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, L.G.D.J., 1922, p. 159.

2. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine, Méthodes du droit*, Dalloz, 2004, p. 231.

3. Cf. sur cette question *Ibid.*, p. 219.

4. Schématiquement, le débat oppose des auteurs niant l'existence d'une distinction entre concept et notion, mais reconnaissant cependant des « notions conceptuelles » (Cf. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Nouvelle bibliothèque des thèses, L.G.D.J., 1987, n° 460, p. 222. Voir aussi J. RIVERO, « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 23 et G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Doctrine juridique, Presses Universitaires de France, 1998, p. 265) et ceux distinguant les deux idées (Cf. notamment Fr.-P. BÉNOIT, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel in Mélanges Gustave Peiser*, sous la dir. de J.-M. GALABERT et M.-R. TERCINET, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 29, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 521, p. 321, Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 1914, p. 111, X. BIOY, *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction in Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, *Etudes juridiques*, 31, *Economica*, 2009, p. 49, J. PARAIN-VIAL, *La nature du concept juridique et la logique in La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, Sirey, 1966, p. 45, spec. p. 46.).

On peut cependant penser que ce qui sépare la notion du concept est à la fois une différence d'abstraction — le concept étant plus théorique — et une différence de fonction — la notion sert à désigner, à étiqueter tandis que le concept sert à expliquer, à organiser en se fondant sur une théorie. Le concept reposerait alors sur la notion et serait avant tout un travail d'abstraction à visée didactique. Il y aurait alors entre le concept et la notion une différence de degré d'abstraction.

X. BIOY écrivait ainsi qu'« alors que la notion reste au niveau de la description des faits, par un mouvement dialectique bien connu chez Hegel, le concept tend à réaliser l'Idée de l'institution juridique. On ne peut mieux montrer qu'au-delà du premier niveau d'abstraction qu'est la norme par rapport au réel “sensible”, au fait, un deuxième saut de la réflexion s'avère nécessaire pour qui veut saisir les concepts juridiques. » (X. BIOY, *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction in Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, *Etudes juridiques*, 31, *Economica*, 2009, p. 49).

Dans tous les cas, ces objets sont reconnus comme étant des éléments de théorie. Ainsi, Fr. GÉNY, lorsqu'il décrivait le dernier stade de théorisation que constitue le concept, écrivait que l'on parvient alors à une « construction juridique » et au « règne du concept ». Il définit ce règne comme étant « isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte, pour former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée. » (Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 1914, n° 40, p. 113). À ce stade, « le raisonnement logique reste seul metteur en œuvre des conceptions, qu'il organise en vue de théorie. Les réalités ont disparu, les idées tendent à se figer en mots, les jugements passent en formules. Le système du droit s'érige en un vaste schéma aux compartiments nombreux, rigides, séparés des cloisons étanches. L'esprit juridique a vaincu la matière sociale et la soumet, impérieusement, capricieusement même à ses exigences ». (*Ibid.*, n° 40, p. 114). Pour une appréhension théorique et pratique récente du concept, voir aussi B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à*

des objets intellectuels pouvant servir de référentiel théorique au cours d'une opération de qualification juridique¹. Ceux-ci présentent des éléments caractéristiques et renvoient à un régime juridique². Ces différentes acceptions servent ainsi à indiquer la visée du discours. Là où la notion a pour objectif de servir de point d'imputation pour appliquer le droit, la catégorie ou le concept auront une visée plus théorique et didactique.

Il reste à savoir qui est le destinataire de l'explication que constitue la théorie pour la concevoir au mieux. Le droit a vocation à être appliqué par les destinataires de la norme et, à défaut, mis en œuvre par les juges. Il est donc nécessaire que la théorie puisse non seulement être comprise des juristes, mais aussi des destinataires originels de la norme. Ainsi, en droit médical, la théorie efficace sera celle qui pourra être reçue tant par les juristes que par les patients, les soignants et les personnels intervenant à d'autres titres dans la relation médicale.

Ensuite, il faut que la théorie soit à la fois cohérente et large³. Cela dépendra en grande partie de l'objet central choisi. Par exemple, une théorie de la vaccination sera nécessairement plus restreinte qu'une théorie des actes médicaux préventifs. Il faut pour autant trouver un bon équilibre entre la généralité de la théorie et sa cohérence intrinsèque. En effet, plus la théorie sera large, moins le nombre des règles que contiendra son régime sera élevé. Ainsi, les actes médicaux préventifs ont des caractéristiques et sont soumis à des règles communes, mais les caractéristiques et les règles communes aux actes préventifs sont moins nombreuses que celles des vaccinations. Le choix de l'objet central est primordial puisque celui-ci déterminera la capacité

partir de la relation médicale, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015), n^{os} 40 et s., p. 33 et s.

Le débat semble moins vif concernant la catégorie juridique. Celle-ci peut être définie comme « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou tout autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge. » (M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?* in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant-Sirey, 1963, p. 365).

1. La qualification s'entend comme l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles telles que la catégorie de rattachement. » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, v^o Qualification).

2. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *Revue des contrats*, 1^{er} avr. 2011, 2, p. 644, note n^o 2.

3. Cf. sur ce point l'un des objectifs de la loi : « La conception de la norme nouvelle doit obéir à un principe de proportionnalité, qui peut être énoncé de la manière suivante : ne doivent revêtir un caractère contraignant que les règles strictement indispensables pour atteindre les objectifs recherchés et pour offrir aux administrés ou aux justiciables des garanties effectives. Un équilibre doit ainsi être trouvé entre, d'une part, le souci de précision et d'application uniforme de la norme et, d'autre part, la préservation d'une marge d'interprétation suffisante pour permettre une mise en œuvre circonstanciée en fonction des différents cas de figure et une stabilité suffisante à moyen terme dans un contexte évolutif.

Or, pour s'adapter à certains cas particuliers ou à certaines évolutions difficiles à anticiper dès l'origine, il est souvent envisagé d'introduire des variantes, des exceptions dans des cas bien déterminés ou d'entrer dans une typologie qui se voudrait exhaustive. Au stade de l'analyse préalable au moins, il conviendra d'envisager une approche alternative consistant à simplifier le dispositif, à donner aux règles applicables un caractère plus générique ou à recourir, pour partie, à un autre mode de régulation non normatif. » (*Guide de légistique*, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique> (visité le 24/02/2016), §1.1.2).

qu'aura la théorie à expliquer le domaine choisi.

Dès lors, il est indispensable de faire un va-et-vient permanent entre l'objet central à définir et les règles qu'il s'agit d'expliquer. En effet, « toute notion a un enjeu politique, en ce sens qu'elle engendre un régime que le droit détermine en raison de la fonction qu'il assigne à la catégorie en question dans le système juridique. Il est exact de dire, de ce point de vue, que toute notion juridique est fonctionnelle¹. »

22. L'actuelle théorie juridique de la relation médicale. Le domaine des règles qu'il s'agit d'éclairer est celui de la relation médicale. Il correspond au droit médical qui a mis en son centre l'étude des relations médicales. Le droit médical a été conçu comme le droit des relations dans lesquelles est impliqué le médecin². Schématiquement, il est possible de considérer que le droit médical est un sous-ensemble du droit de la santé, celui-ci regroupant « l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé³. »

Dresser une théorie juridique de la relation médicale revient en fait à étudier le droit médical et donc à étudier les objets centraux qui le constituent.

23. État des lieux des objets actuels. Les théories de la relation médicale ne sont pas nombreuses. La doctrine a exploré la relation médicale par ses acteurs et par son objet⁴.

Concernant les acteurs, le premier ayant été étudié est le médecin. Cette théorie a été menée à son apogée dans le *Traité de droit médical* où le droit médical a été défini comme « l'étude des relations juridiques où est engagé le médecin⁵. » La promotion des droits des patients a poussé un auteur à changer de point de vue en proposant une théorie de la relation reposant sur l'étude du statut juridique du patient⁶.

La deuxième façon de théoriser la relation médicale est de partir de son objet. Le contrat médical a ainsi servi d'objet à la théorisation de la relation médicale. Or, la théorie contractuelle de la relation médicale présente un handicap indépasseable en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer

1. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *Revue des contrats*, 1^{er} avr. 2011, 2, p. 644, note n° 4.

2. Cf. les différentes définitions de celui-ci : « un ensemble de règles juridiques gouvernant l'activité professionnelle du médecin et lui imposant, ainsi qu'au patient, des obligations sanctionnées par les tribunaux. » (J. SAVATIER, « Défense et illustration du Droit médical », *Archives de philosophie du droit*, 1953-1954, *Déontologie et discipline professionnelle*, n° 1, p. 124). « Le droit médical peut être défini : l'étude des relations juridiques où est engagé le médecin. » (R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 7). « Etudier le droit médical, c'est envisager l'ensemble des relations juridiques dans lesquelles est engagé le médecin. » (J.-R. BINET, *Droit médical*, Cours, Montchrestien, 2010, n° 1, p. 3).

3. J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, Thémis, Presses Universitaires de France, 1981, p. 13.

4. Adde le choix fait par A. DEMICHEL pour faire état des fondements du droit médical : « la médecine peut être appréhendée juridiquement sous deux angles : celui global de la profession médicale et celui ponctuel de l'acte médical ». A. DEMICHEL, *Droit médical*, Manuels b-l santé, Berger-Levrault, 1983, p. 14.

5. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 7. Plus anciennement, cf A. LECHOPÉ et Ch. FLOQUET, *Droit médical ou code des médecins : Docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc.*, Octave Doin et Marchal et Billard, 1890, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76782z> (visité le 12/02/2016), p. 11.

6. B. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Thèses, n° 15, Les études hospitalières, 2002.

les cas dans lesquels un acte est pratiqué sans consentement du patient¹.

24. Vers une nouvelle théorie expliquant la relation médicale. Cette imperfection de l'analyse contractuelle a poussé la doctrine à envisager d'autres chemins pour théoriser la relation médicale. Une nouvelle théorie a ainsi été inaugurée par L. BLOCH² et empruntée par P. VÉRON dans sa thèse intitulée « La décision médicale »³.

Ces auteurs proposent de passer d'une analyse théorique fondée sur un objet contractuel à une analyse théorique fondée sur un fait juridique. En effet, ils notent que le vice majeur de l'analyse théorique contractuelle est que l'accord de volonté qu'est le contrat ne semble pas destiné à provoquer des effets de droit, voire même que cet accord n'est parfois pas nécessaire⁴. Nous ajouterions que l'acte juridique, pouvant se caractériser par la création d'une norme, est mal adapté à la pratique médicale qui, elle, prend place dans un ordonnancement juridique⁵. La décision médicale permet de contourner les difficultés intrinsèques à la théorie contractuelle puisque la décision peut être conjointe ou unique.

Néanmoins, la théorisation de la relation médicale peut encore être améliorée. En effet, la théorisation par la décision médicale présente deux limites⁶. *D'une part*, le droit médical ne s'intéresse à la décision qu'en ce qu'elle est l'impulsion d'un acte, d'une action. La décision non suivie d'effet ne semble pas intéresser le droit, puisque les textes ne visent les décisions qu'en ce qu'elles se poursuivent dans un but⁷. Par exemple, l'article L. 1111-5-1 du code de

1. En cas d'inconscience du patient ou de soumission du patient à un régime d'hospitalisation complète dans le cadre de soins psychiatriques sans son consentement. La doctrine a intensément débattu sur la question. Pour des travaux récents, cf. M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005, n° 232 ; P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 4, p. 18.

2. L. BLOCH, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, sous la dir. de P. DELMAS SAINT-HILAIRE et al., LexisNexis-Dalloz, 2012.

3. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance.

4. *Ibid.*, n° 4, p. 19.

5. Sur cette théorie, lire B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015), n° 591, p. 535.

6. Une troisième limite aurait pu être envisagée. En effet, il est parfois envisagé que le consentement soit suffisant à autoriser l'acte médical. (Cf. *infra* n° 445 et s., p. 228 et s). La décision médicale conjointe pourrait ainsi être érigée en condition de l'action médicale. Néanmoins, ce n'est pas une limite exploitable puisque d'une part, une telle solution est aujourd'hui refusée par la doctrine (cf. *infra* n° 446 et s., p. 228 et s) et, d'autre part, il s'agit d'un argument qui ne concerne que les décisions conjointes.

7. Voir aussi une récente et intéressante illustration à l'article 211 de la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Cet article autorise le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour « mieux articuler les dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, pour toute décision relative à un acte médical. » (Nous soulignons). Ce serait la conséquence d'une longue tradition. Dieu seul peut sonder les reins et les cœurs (Ps 7, 10) et décider n'a souvent pas de conséquences juridiques. C'est le cas en droit pénal où la décision criminelle — la résolution criminelle — ne suffit pas : le droit pénal ne sanctionnera qu'au stade des actes préparatoires ou du commencement d'exécution. Il s'agit en effet de ne pas tomber dans le crime de pensée orwellien. G. ORWELL décrit

la santé publique évoque « les décisions à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage ou le traitement s'impose pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure ». Dès lors, cette théorie peut être approfondie en s'intéressant aux règles attachées non aux décisions, mais aux actes.

D'autre part, cette théorie a l'acte médical pour objet¹. Il serait donc possible d'aller plus loin dans la théorie en travaillant sur l'acte médical qui semble fondamental.

L'acte médical apparaît donc comme un outil permettant une théorie de la relation médicale. Cela a déjà été envisagé par A. DEMICHEL qui, dans son manuel consacré au *Droit médical*, a consacré un chapitre à l'acte médical². D'autres auteurs ont envisagé l'acte médical comme objet central d'une théorie de la relation médicale et donc du droit médical. Ainsi, G. MÉMETEAU écrivait-il que « centré sur l'acte médical, action propre du thérapeute investi du privilège de travailler à même le corps humain, il [le droit médical] lui assure une protection garantissant sa qualité humaine et technique, dans tous les domaines de l'exercice professionnel³. »

25. Définir la notion d'acte médical permettra de produire une théorie de la relation médicale ce qui amènera à une meilleure compréhension de la relation médicale.

La notion n'est alors pas sciemment laissée sans définition et il y a un intérêt — théorique et donc pédagogique — à la définir. Dès lors, l'entreprise de définition est fondée.

Section II La recherche d'une définition de l'acte médical

26. La notion est définie par la doctrine. Cependant, si les auteurs s'accordent sur certains éléments de la définition, ils divergent sur les critères de définition. La définition n'étant pas unitaire (§ 1.), il s'agira de la redéfinir (§ 2.).

dans *Nineteen eighty-four* une disposition d'esprit nommé « crimestop » qui permet de supprimer toute pensée dangereuse. (G. ORWELL, *Nineteen eighty-four*, 1949, URL : <http://gutenberg.net.au/ebooks01/0100021.txt> (visité le 10/02/2016), Part II, chapter 9). La limite majeure est celle de la parole donnée dont l'article 1147 du code civil est la traduction. Néanmoins, la décision suppose là encore une extériorisation pour former le contrat puisqu'un « échange » des consentements est nécessaire.

1. P. VÉRON indique par ailleurs qu'il limite son propos à la décision qui a pour objet un acte médical. Cela lui permet de distinguer la décision médicale de la décision non médicale. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 28, p. 39.

2. A. DEMICHEL, *Droit médical*, Manuels b-1 santé, Berger-Levrault, 1983, p. 91 et s.

3. G. MÉMETEAU, *Le droit médical*, Jurisprudence française, Litec, 1985, n° 1, p. 1.

§ 1. L'acte médical, une notion aux définitions variées

27. Les définitions doctrinales de l'expression « acte médical ». Mises à part quelques recherches de la part d'auteurs médecins¹, le travail sur la définition de l'acte médical a été mené par la doctrine juridique².

28. Le *Traité de droit médical* de 1956. La première définition³ a été mise au point par R. SAVATIER qui, après que son fils — Jean — a publié un article fondateur sur le droit médical⁴, a dirigé et rédigé⁵ — entre autres — l'introduction du *Traité de droit médical* publié aux Éditions techniques en 1956. Cette œuvre fondamentale contient dans son introduction des éléments relatifs à l'acte médical et le premier chapitre de l'introduction, intitulé « l'acte médical », commence par un titre de paragraphe intitulé : « l'acte médical en tant qu'objet du droit médical ». L'auteur poursuit ensuite :

« Le droit médical se centre autour de l'*acte médical*. Celui-ci, propre au médecin, doit être défini par le juriste.

Or la notion de l'acte médical s'est modifiée au point de rendre cette définition difficile.

Le médecin est d'abord celui qui guérit. Longtemps on ne l'a pas considéré autrement.

Sous cet angle traditionnel, l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui. Depuis que le médecin s'est clairement distingué du thaumaturge et du mage par le caractère scientifique de ses interventions, il faut ajouter que l'acte posé en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée⁶. »

1. Nous pensons notamment à la thèse de J. BERNHEIM, *Essai d'une définition de l'acte médical*, Thèse pour le doctorat en médecine, Faculté de Médecine de l'Université de Genève, 1961.

2. Il ne faut retenir que les travaux qui ont pour sujet la définition de l'acte médical et qui contiennent un travail de définition. Pour les nombreuses utilisations de l'expression « acte médical », cf. *supra* n° 4, p. 2. Il faut noter que certains auteurs, dans des articles traitant pourtant de sujets très proches de la notion d'acte médical, n'utilisent pas l'expression. Cf. par ex. : D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485. Il semble que l'utilisation et surtout la définition soit avant tout juridique. La base de données BiblioSHS organisée par le CNRS et regroupant un grand nombre de revues et ouvrages en sciences humaines et sociales, lorsqu'elle est interrogée sur l'expression « acte médical », trouve principalement des résultats en droit et en sciences médicales. Il existe quelques occurrences marginales en sociologie, psychologie et théologie. La notion d'acte médical ne semble pas avoir été définie dans ces domaines.

3. Le *Droit médical ou code des médecins* de 1890 ne contient qu'une seule mention dépourvue de toute définition de l'expression. Cf. A. LECHOPIÉ et Ch. FLOQUET, *Droit médical ou code des médecins : Docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc.*, Octave Doin et Marchal et Billard, 1890, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76782z> (visité le 12/02/2016), p. 82.

4. J. SAVATIER, « Défense et illustration du Droit médical », *Archives de philosophie du droit*, 1953–1954, *Déontologie et discipline professionnelle*.

5. Sur la répartition entre les auteurs de cet ouvrage, cf. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 7, note n° 2.

6. *Ibid.*, n° 1, p. 11.

S'ensuivent trois arguments plaidant pour l'élargissement de la « notion traditionnelle » : *primo* une extension des techniques médicales, *deuxio* un élargissement temporel à l'action médicale avec la prévention des maladies, *tertio* une modification du rôle de l'acte médical : celui-ci « ne serait plus essentiellement l'art de guérir, mais, de plus en plus, il se rattacherait au privilège de travailler à même le corps humain¹. »

29. Sans trahir la pensée de l'auteur, nous pouvons synthétiser sa définition autour de trois éléments : l'auteur de l'acte médical, la technique employée pour mener l'acte médical et enfin le but de l'acte médical.

Le premier élément, l'auteur de l'acte médical, est le plus confus. R. SAVATIER note d'abord qu'il s'agit du médecin avant de se contredire plus loin en indiquant qu'il s'agit de l'« homme qualifié ». La différence paraît minime, mais elle est importante : s'il s'agit de l'« homme qualifié » alors il peut s'agir d'un professionnel de santé autre que le médecin, mais qualifié².

Le second élément est celui de la technique. R. SAVATIER note que l'acte médical est celui qui « repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée³. » Notant qu'une science sous-jacente est nécessaire à la perfection de l'acte médical, il vient ensuite ajouter que de nouvelles techniques — notamment diagnostiques — ont modifié les possibilités d'action de la médecine.

Le troisième élément est téléologique : « l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui⁴. » L'acte médical est ainsi avant tout thérapeutique : il s'agit, en 1956, de guérir. Mais, R. SAVATIER note immédiatement ensuite que « le nœud de l'acte médical tend à se déplacer. Il ne serait plus essentiellement l'art de guérir, mais, de plus en plus, il se rattacherait au privilège de travailler à même le corps humain⁵. » Cette évolution est importante puisqu'il signale là que l'acte médical ne pourrait plus se définir par le but, mais uniquement par son « objet » : le corps humain.

L'acte médical sera ensuite quelque peu oublié avant que dans les années 2000 une série d'articles ne s'y intéresse, toujours dans le but de montrer que l'acte médical est une notion qui a évolué.

30. 1999, « L'évolution de l'acte médical » par M.-H. RENAUT. En 1999, M.-H. RENAUT publie à la Revue de droit sanitaire et social un article intitulé « L'évolution de l'acte médical »⁶. Si elle ne se réfère pas explicitement au *Traité de droit médical*, elle en reprend bien des éléments. L'acte médical est ainsi l'acte d'un professionnel diplômé. Mais elle n'évoque que les actes des médecins, par opposition à ses concurrents, les charlatans. Sur ce point, elle insiste

1. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 1, p. 12.

2. Nous pensons qu'il ne faut pas ici voir dans ce hiatus une mécompréhension de la part du Doyen Savatier. Cela témoigne plutôt du fait que l'acte médical était perçu comme une notion évidente, ce qui a conduit à ce qu'elle soit impensée.

3. *Ibid.*, p. 11.

4. *Ibid.*, p. 11.

5. *Ibid.*, p. 12.

6. M.-H. RENAUT, « L'évolution de l'acte médical », *RDSS*, 1999, p. 35.

sur la protection juridique de l'acte médical, *via* notamment l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Ensuite, l'acte médical est un geste spécifique qui consiste principalement en un diagnostic et un traitement. Enfin, l'acte médical est celui qui expose le médecin à une triple responsabilité : disciplinaire, civile et pénale.

Traitant ensuite des évolutions de l'acte médical, elle remarque que le paternalisme médical et l'exercice solitaire de la médecine tendent à s'estomper avant de noter que la finalité thérapeutique subit le même sort. L'acte médical, qu'elle considère comme portant atteinte au moins à l'intégrité physique, peut être pratiqué dans des buts esthétiques ou pour répondre à une souffrance psychologique. Elle note enfin que cette diversification des buts de la médecine conduit à un accroissement de la responsabilité des médecins.

Dans cet article, se retrouvent les trois éléments qui étaient en filigrane dans l'introduction du *Traité de droit médical* : l'auteur, la technique et le but. Il faut cependant noter qu'un postulat est explicité : l'acte médical est un acte sur le corps de la personne.

31. 2001, « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical » par M. BOUTEILLE. En 2001, à l'occasion d'un article consacré à « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », M. BOUTEILLE¹ vient avancer que l'acte médical était autrefois défini au regard d'une part de son auteur, le médecin, et, d'autre part, de son but, le but thérapeutique, visé à l'article 16-3 du code civil. C'est la modification de cet article par la Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle* qui vient faire évoluer la définition du but. Celle-ci vient indiquer que l'atteinte au corps humain peut être légalement menée « en cas de nécessité médicale » et non plus de « nécessité thérapeutique »². Dès lors, l'acte médical aurait légalement perdu son but traditionnel. Pour mieux prendre en compte cette évolution, l'auteur propose de distinguer l'acte médical de l'acte médicalisé. Le premier conserverait son but traditionnel qu'est le but thérapeutique et le second pourrait être défini comme un acte médical, le but thérapeutique en moins³.

32. 2006, « L'évolution de la notion d'“acte médical” » par Br. FEUILLET. En 2006, Br. FEUILLET contribue à un ouvrage collectif intitulé « Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin ». Sa contribution, intitulée « l'évolution de la notion d'“acte

1. M. BOUTEILLE, « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 18 fév. 2001, n° 1, p. 17, Supplément au JCP E.

2. La modification de l'article 16-3 du code civil va générer un important débat doctrinal. *Cf. infra* n° 505 et s., p. 252 et s.

3. Cette proposition n'a eu qu'une discrète postérité en doctrine. *Cf.* pour des auteurs l'ayant utilisée P. JOURDAIN, « Les actes de chirurgie esthétique sont des “actes de soins” », *RTD civ.*, 2014, p. 394 ; P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 28, p. 39. Il faut aussi noter que le terme a été utilisé à propos de l'accouchement. *Cf.* notamment J. SAINT-ROSE, « Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide », *Droit de la famille*, n° 10 2015, étude 13. Il est enfin possible de s'interroger sur la pertinence théorique d'une telle distinction. En effet, ce qui différencie les acte médicaux des actes médicalisés ne touche qu'à leur but. Ceux-ci ont en commun un important nombre de règles auxquelles dérogent parfois les actes au but non thérapeutique. Le régime des actes thérapeutiques sert donc ainsi de « tronc commun » aux actes non thérapeutiques. Cela vaut-il une autonomisation de la notion ? Rien n'est moins sûr.

médical”¹ », reprend l'idée d'une évolution de l'acte médical. L'auteur déduit du principe selon lequel l'acte médical « est un acte d'exercice de la médecine² » que sa définition ne peut se faire qu'à « la lumière de la science qui l'inspire³ », c'est-à-dire de la médecine. Traiter de l'évolution de la notion d'acte médical revient alors à traiter de l'évolution de la médecine et donc à retenir trois éléments de définition.

Premièrement, l'acte médical se définit par son auteur « puisque l'exercice de la médecine est confié au seul médecin⁴ ». Cela serait confirmé par l'existence de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.

Deuxièmement, l'acte médical, puisqu'il « porte sur le corps d'une personne⁵ », doit être conforme au droit pénal qui n'autorise que certaines atteintes. L'auteur reprend là l'étude de la multiplication des buts de l'acte médical.

Troisièmement, l'acte médical suit l'utilité de la médecine. Celle-ci est double : la médecine est utile à l'individu lui-même, mais aussi à l'ensemble des patients.

33. 2010, définition de G. MÉMETEAU dans *Les mots du droit médical*. À l'occasion d'un travail sur *Les mots du droit médical*, G. MÉMETEAU écrit une courte définition de l'acte médical⁶. Partant de la définition de R. SAVATIER dans le *Traité de droit médical*, il fait référence au but thérapeutique comme étant la finalité traditionnelle de l'acte médical⁷ et l'objet de l'acte médical — à défaut de détails sur cet objet, il est possible de penser qu'il s'agit du corps humain. Cependant, il constate que, « fonctionnellement, il n'est que l'acte pratiqué par un professionnel diplômé sans égard à ces deux références⁸ ». Ainsi, depuis les lois « bioéthiques », seuls subsisteraient les éléments de l'auteur de l'acte et le fait qu'il s'agit d'un acte sur le corps humain. Il plaide donc pour la disparition complète de la régulation téléologique de l'acte médical.

34. Faut-il redéfinir ? Trois éléments plaident pour une nouvelle définition de l'acte médical.

Premièrement, l'évolution de l'acte médical se poursuit et toute définition de ce dernier a

1. Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006, p. 203 et s. Cet article témoigne du fort intérêt de Madame le professeur Br. FEUILLET pour l'objet qu'est l'acte médical. Elle appelait à un travail d'ampleur puisque « l'évolution de notre société notamment vers une plus grande prise en compte de la liberté individuelle doit pouvoir passer par une transformation de la notion d'« acte médical » » (*Ibid.*, p. 213). Nous sommes très reconnaissants au professeur Br. FEUILLET de nous avoir confié ce projet de redéfinition de l'acte médical.

2. *Ibid.*, p. 204.

3. *Ibid.*, p. 204.

4. *Ibid.*, p. 204.

5. *Ibid.*, p. 208.

6. G. MÉMETEAU, *Les mots du droit médical* in *Mots de science : Mélanges en l'honneur de Nicole M. Le Douarin*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. JACOB, Bruxelles : Bruylant, 2010.

7. Il consacrera à ce but une définition. Cf. *Ibid.*, p. 122, v^o Cause thérapeutique.

8. *Ibid.*, p. 115.

vocation à être rapidement dépassée¹. *Deuxièmement*, l'acte médical est de plus en plus utilisé par le législateur, signe de son caractère synthétique². Cette notion, parce qu'elle permet de désigner les actes de la médecine, présente donc un intérêt pratique en légistique³. *Troisièmement*, l'état des lieux des définitions doctrinales permet de constater l'absence de définition doctrinale unifiée de la notion. Se posent par exemple les questions de savoir si l'acte médical est l'acte d'un médecin ou s'il peut être pratiqué par un autre professionnel, si l'acte médical est thérapeutique ou s'il peut poursuivre d'autres buts, si l'acte est un acte sur le corps ou s'il peut être pratiqué sur l'esprit.

Toutes ces questions poussent à envisager la définition de l'acte médical dans un but de théorisation de la relation médicale : il s'agit de construire une notion permettant non seulement de répondre à ces questions, mais aussi de clarifier la structure des règles applicables aux actes médicaux.

35. Définir à nouveau suppose cependant d'identifier clairement ce qu'est une définition et la méthode pour y parvenir.

§ 2. L'acte médical, une notion à redéfinir

36. Sens courant de définition. Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, le nom *définition* provient du latin *définītio* signifiant « action de déterminer, de fixer ». Ce même dictionnaire ajoute qu'« emprunté avec l'idée de "détermination des limites (d'une chose, d'un concept)" », il a acquis des emplois spécialisés en logique, en théologie, en science (mathématiques, sciences exactes), en linguistiques et, plus récemment, en technique. Il correspond à des notions différentes, selon que l'expression crée ou impose un concept (sciences, philosophie...) ou qu'elle corresponde à une synonymie didactique (les dictionnaires)⁴. »

Couramment, la définition est une « opération mentale qui consiste à déterminer le contenu d'un concept en énumérant ses caractères, [le] résultat de cette opération [prenant] la forme d'une proposition énonçant une équivalence entre un terme (défini) et l'ensemble des termes connus qui l'explicitent⁵. » Dans un autre sens, la définition est l'« action de caractériser, de

1. La récente Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* témoigne de cette perpétuelle évolution.

2. L'expression voit en effet son utilisation s'accroître. Ainsi, seules quatre lois utilisent l'expression entre 1990 et 2000 tandis que de 2001 à 2010, 8 lois l'utilisent et que depuis 2011, elle a été utilisée par la Loi n° 2011-1906 du 28 décembre 2011 *de financement de la sécurité sociale pour 2012*, la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, et par la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* (aux articles 87, 99, 123, 161 et 211). Voir aussi sur cette question *supra* n° 6, p. 4.

3. La légistique peut être définie comme « l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs ». *Guide de légistique*, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique> (visité le 24/02/2016).

4. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Définir.

5. *Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010, v° Définition.

préciser une idée, une notion¹ » et semble provenir de la théologie dans laquelle la définition est l'« action de déterminer le sens d'un point de dogme ; résultat de cette action². »

37. La définition en droit. Après avoir rappelé qu'il provient du latin *definitio* signifiant l'action de fixer les limites, le *Vocabulaire juridique* donne quatre sens au terme *définition* dont seul le premier concerne l'acte médical entendu au sens d'action. La définition est ainsi l'« opération (et l'énoncé qui en résulte) par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions prétorienne consacrées) et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés (définition dite réelle par opposition à la définition terminologique qui privilégie un sens déterminé ou conventionnel d'un terme dans la loi. *v° fiction*) »³.

38. Les sources des définitions et leurs interactions. Tout comme certains textes de droit international, le droit anglo-saxon fait un usage intensif des définitions au début de ses lois⁴. En droit français, le législateur définit aussi, mais de manière moins systématique. J.-L. BERGEL recense une centaine de définitions dans le code civil, une trentaine dans le code de procédure civile et un très grand nombre dans le code pénal⁵. À défaut de définition légale, celle-ci reviendra au juge, en vertu de son pouvoir d'interprétation⁶. Il se peut enfin qu'il n'existe pas de définition prétorienne. Alors, le « juriste de doctrine est [...] conduit à créer lui-même des concepts destinés à la connaissance et à l'analyse systématique du droit, qui ne sont pas issus des sources formelles du droit et n'ont donc pas de valeur obligatoire, même s'ils deviennent d'usage courant⁷. » Il peut arriver que ce travail soit informel — non explicité — par le juriste de doctrine. À ce sujet, J.-L. BERGEL écrit que « dans son travail scientifique, le juriste est souvent confronté, dans la jurisprudence notamment, à un vocable conceptuel qui n'émane d'aucun texte législatif et dont les utilisateurs usent sans le définir. Il doit alors dégager de cet ensemble des qualifications d'objets concrets[,] les concepts sur lesquels elles peuvent reposer et

1. *Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010, *v°* Définition.

2. *Ibid.*, *v°* Définition.

3. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, *v°* Définition, sens n° 6.

Le deuxième sens est la « quintessence du régime juridique d'une institution ou d'une catégorie. » Cette définition renvoie à un sens précis du nom *principe* : « élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution. Ex : le principe du régime parlementaire est la responsabilité politique du cabinet *Ibid.*, *v°* Principe, sens n° 6. »

Le troisième sens vise les « définitions des frontières, fixations de l'extension d'un terme ou d'une catégorie, le plus souvent au moyen d'un ou plusieurs critères chiffrés, opérations relevant de la réglementation. Ex. définition légale de l'émergence (d'un bruit excessif ; d. 5 mai 1988, a. 3) ».

Le dernier sens « plus vaguement, mention d'un cadre général. Ex. définition d'une politique, d'un objectif, de priorités » et renvoie à la sphère politique et à la raison politique des lois et règlements.

4. Cf. par ex. le *Surrogacy Arrangements Acts* 16 juil. 1986, URL : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf (visité le 10/09/2014).

5. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 5^e éd., Méthodes du droit, Presses universitaires de France, 2005, n° 172, p. 230.

6. Ch. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique in La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, Sirey, 1966, p. 25.

7. *Ibid.*

dont elles font application. Il détermine ainsi, par induction, de nouveaux concepts. À côté des *concepts déduits* du droit positif apparaissent donc des *concepts induits*. Mais les uns comme les autres n'ont de valeur et d'utilité réelle que si leur signification exacte s'exprime par une définition satisfaisante¹. »

Il existe ainsi une sorte de dialogue entre le législateur, la jurisprudence et la doctrine dans la création des définitions, les uns complétant les autres. Il faut cependant noter que la hiérarchie des normes continue de jouer. Une définition édictée par une loi s'imposera au juge et au pouvoir réglementaire, réduisant ceux-ci au rôle de relayeurs de cette définition², sans pour autant ôter à la doctrine sa fonction de proposition³. La doctrine procède alors à des définitions stipulatives distinctes des définitions informatives.

39. Les définitions informatives. Les définitions informatives — ou définitions réelles — ont un but de description de la réalité, d'identification des concepts. La définition informative part de la réalité, elle « appréhende et caractérise un objet comme réalité de l'ordre juridique, comme élément du système juridique : un droit, un acte juridique, un moyen, un mécanisme, un organisme, etc⁴. » « La définition d'un mot ou d'un syntagme peut alors présenter plusieurs formes qui peuvent varier en fonction des finalités visées⁵. »

La définition informative présente cependant l'inconvénient d'être peu adaptée aux entreprises de redéfinitions. En effet, elle se fonde sur une approche ontologique en ce qu'elle a pour objectif d'être unique⁶. Elle s'oppose ainsi aux définitions stipulatives.

1. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 5^e éd., Méthodes du droit, Presses universitaires de France, 2005, n° 172, p. 230.

2. La doctrine doit alors considérer l'objet en question comme une donnée. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 219.

3. *Ibid.*, p. 232.

4. G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Doctrine juridique, Presses Universitaires de France, 1998, p. 265.

5. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 488, p. 301.

6. Les méthodes de constitution des définitions informatives en témoignent. Avec V. CHAMPEIL-DESPLATS, on peut distinguer six types de définitions informatives. La définition par genre et par différence définit l'objet par son appartenance à un genre et sa distinction des autres espèces appartenant au même genre. La définition par la fonction attribue un but, un rôle, à la notion étudiée. Par exemple, le décret d'application sert à préciser une loi. La définition conceptuelle définit par renvoi à un ou plusieurs concepts. La définition par énumération « consiste à circonscrire une notion générale par l'énoncé de la liste de ses éléments constitutifs. » (*Ibid.*, n° 493, p. 304). Les « relations entre les éléments constitutifs, elles, sont très variables. Il peut s'agir d'un cumul (élément matériel et intentionnel), d'une alternative (option), ou d'une exclusion (clause de non-concurrence). » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 5^e éd., Méthodes du droit, Presses universitaires de France, 2005, n° 173, p. 231). La définition analytique ou lexicale procède d'une recension des définitions conférées à un mot. « Elle se présente alors comme une métadéfinition prenant, schématiquement, la forme d'une liste de définitions. » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 495, p. 305.) Cette définition présente l'inconvénient d'être figée dans un contexte particulier. Cf. sur ce point M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, nov. 1989, 10, p. 101. La définition ostensive ou par renvoi à la réalité empirique consiste « à montrer, à désigner une chose ou sa représentation graphique dans la réalité empirique. » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 496, p. 306. Elle est peu praticable en droit, monde d'abstraction.

40. Les définitions stipulatives. La définition stipulative poursuit un but distinct et fait le chemin inverse de la définition informative : elle part du terme à définir pour proposer un sens déterminé¹. Ces définitions poursuivent non un but de description du réel ou de la vérité, mais une amélioration de ce réel. Il ne s'agit plus de décrire, mais de changer le cours des définitions. Ainsi, sont stipulatives les définitions « a) qui proposent d'utiliser un terme ou un syntagme préexistant d'une façon nouvelle ; b) qui proposent d'utiliser un terme ou un syntagme préexistant de façon plus précise que son usage commun ; c) qui établissent comment utiliser un terme ou un syntagme selon un angle nouveau². » En somme, « la définition stipulative [...] crée ou impose un sens nouveau pour un mot connu, voire crée d'un même mouvement le mot et sa signification par l'acte même de la définition. Elle se caractérise par sa liberté ; elle fait également figure d'acte d'autorité, car elle “indique la façon dont on veut qu'un mot soit utilisé”³. »

41. On se trouve alors en plein dans l'entreprise de redéfinition. En effet, puisqu'il « est en effet bien rare que l'on attribue une signification entièrement nouvelle à un vocable ou un syntagme déjà utilisé, comme il est tout aussi rare qu'on introduise dans le discours un vocable nouveau, “dans la plupart des cas, les définitions stipulatives ne sont pas, pour le dire ainsi, des stipulations pures, mais des redéfinitions”⁴. »

La définition stipulative est donc un produit du discours sur le droit, de la science du droit, du métadiscours sur le droit⁵ qui vise à une critique des définitions utilisées dans le discours-objet et à parfaire ce dernier. Ainsi, « au niveau métajuridique, le choix de recourir à des définitions stipulatives est souvent justifié par l'imprécision, l'insuffisance, l'inadéquation ou encore l'extrême générosité des formes possibles de définitions informatives. Il peut aussi être lié au présupposé que la science constitue son objet et, par conséquent, qu'elle le définit en fonction de ce que le savant cherche à démontrer. Le discours ne se laisse alors pas enfermer par les définitions proposées dans le discours-objet, ni même par celles qui auraient déjà été

1. G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Doctrine juridique, Presses Universitaires de France, 1998, p. 265.

2. R. GUASTINI, *Teoria del diritto*, Approchio metodologico, Modena : Mucci editore, 2012, p. 46 traduit et cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 497, p. 307.

3. Ch. PELERMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Editions de l'université de Bruxelles, 1988, §50, p. 283 cité par C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, Etude en droit du travail, avec une préf. de G. BORENFREUND, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2007, n° 8, p. 10.

4. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 497, p. 307. Cf. aussi R. GUASTINI, *Teoria del diritto*, Approchio metodologico, Modena : Mucci editore, 2012, p. 46 traduit et cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 497, p. 307. Il précise que « l'inconvénient des définitions stipulatives est qu'elles peuvent conduire à des déconnexions importantes avec les usages communs et affaiblir la pertinence explicative ou démonstrative des discours qui les mobilisent. [...] C'est pourquoi [...] les stipulations les plus fréquemment opérées dans les discours métajuridiques sont le plus souvent partielles et se présentent davantage comme des redéfinitions qui prennent en considération, à des degrés variables, celles préexistantes dans le langage ordinaire ou dans un langage spécialisé de référence. » (*Ibid.*, n° 500, p. 310).

5. On oppose *discours-objet* — c'est-à-dire le droit — compris comme un ensemble d'énoncés spécifiques qui expriment ces normes au métadiscours qui porte sur ce discours-objet. Cf. *Ibid.*, n° 34, p. 26.

formulées par d'autres auteurs¹. » À la différence de la définition informative qui vise à décrire au mieux, la définition stipulative vise à modeler au mieux la notion pour qu'elle réponde à des impératifs autres que ceux de l'identification rapide de la notion. Elle vise principalement à redonner à une notion sa cohérence et son utilité, en faisant usage d'une certaine liberté.

On retrouve dès lors notre recherche d'une « redéfinition ». En effet, « les préfixés itératifs en *re-*, redéfinir v. tr. (1789) et, récemment, Redéfinition n. f. (v. 1960), s'emploient plutôt pour "réorganiser, réorganisation" que comme itératifs de *définir*². » En grammaire, l'adjectif *itératif* exprime la répétition de l'action. Il ne s'agira pas uniquement de définir à nouveau, mais plutôt de dresser un état des lieux et mettre de l'ordre dans la notion³.

42. La spécificité de la redéfinition de l'acte médical est qu'elle est uniquement fondée sur d'autres définitions stipulatives, celles des auteurs ayant déjà travaillé sur le sujet. Nous nous inscrivons dans ce courant. La méthode de la définition de l'acte médical est donc tributaire de sa nature. La définition étant stipulative, elle sera nécessairement fonctionnelle. Il faut ainsi déterminer l'usage de notre définition, c'est-à-dire le but poursuivi.

43. Au constat de la grande variété des « interventions rassemblées sous le vocable d'"acte médical" » et en guise de conclusion de son article sur *L'évolution de la notion d'« acte médical »*, Br. FEUILLET appelait à une réflexion sur le régime juridique applicable aux différents actes médicaux, confirmant par là que la définition de l'acte médical est indissociable d'une recherche sur son régime⁴. Il faut aussi constater que tous les auteurs qui se sont penchés sur l'acte médical se sont intéressés à son régime. Ainsi, R. SAVATIER faisait-il remarquer dans le *Traité de droit médical* que l'innovation des techniques médicales n'a pas fait disparaître les règles de prudence professionnelle⁵, G. MÉMETEAU que la proportionnalité est dans tous les cas exigée⁶ et il semble que tous s'accordent sur le fait que l'acte médical est l'acte d'une personne compétente.

Cet impératif est compréhensible : définir une notion juridique n'a de sens que si l'on en connaît l'usage. Or, la fonction d'une notion est de faire le lien entre une situation extrajuridique et une règle juridique. La notion sert alors de « lien » entre deux mondes : celui du droit et celui du non-droit. Dès lors, structurer une notion doit permettre de faire le lien entre ces deux mondes pour que la notion produite soit la plus fonctionnelle⁷ possible.

1. *Ibid.*, n° 499, p. 309.

2. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Définir.

3. Sur ce point, le *Dictionnaire historique de la langue française* semble différer du *Petit Robert* qui indique que la redéfinition est « Donner une nouvelle définition de ; déterminer de façon nouvelle. » (*Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010, v° Redéfinir). Mais l'écart n'est que terminologique puisque « déterminer de façon nouvelle » peut passer par la réorganisation.

4. Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006, p. 213.

5. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 1, p. 12.

6. G. MÉMETEAU, *Les mots du droit médical* in *Mots de science : Mélanges en l'honneur de Nicole M. Le Douarin*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. JACOB, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 115.

7. Nous choisissons le terme « fonctionnel », en écho à la définition informative par la fonction (*cf.*, *supra* n° 39, p. 25.). Ici, nous ne faisons pas référence à la manière de créer la définition, mais à la définition elle-même, à ce à quoi elle sert.

Cela rejoint d'ailleurs la nature même de la définition. Ch. EISENMANN écrivait que « définir, c'est — l'étymologie le dit — délimiter, c'est-à-dire séparer : c'est situer et opposer pour "individualiser"¹ ». La définition est donc indissociable de la classification, qui est la « réunion d'une classe ou catégorie d'objets² ». Or, classer revient à reconnaître « premièrement, pour chaque classe, les traits communs à tous les membres, en dépit des différences qui certainement les distinguent les uns des autres ; deuxièmement, les traits par lesquels les groupes des membres des différentes classes diffèrent les uns des autres³. » Or, le seul intérêt qu'a le théoricien⁴ du droit à distinguer deux objets — et donc de les définir — est lié à leur régime juridique.

44. L'entreprise de définition a donc pour objectif d'aider à l'identification des règles applicables à une situation concrète théoriquement décrite. Cela revient à permettre le mécanisme d'imputation au terme duquel dans une situation ressemblant à la notion définie, il faut agir conformément aux règles associées à cette notion.

Cela suppose que les règles auxquelles renvoie la notion soient, elles aussi, suffisamment homogènes pour justifier qu'une seule notion soit utilisée.

45. Cet impératif d'homogénéité se heurte cependant à une réalité : il existe un très grand nombre d'actes médicaux⁵. Il faudra donc trouver la bonne « focale » pour décrire une notion cohérente à la fois dans son régime et dans la réalité qu'elle décrit, quitte à recourir à des sous-notions⁶.

Il est donc nécessaire de déterminer le degré de précision de la définition de l'acte médical au regard de son rôle. Là encore, se retrouve le nécessaire équilibre entre précision et souplesse dans les définitions. La souplesse de la notion lui permet d'être plus adaptable⁷, mais diminue son aptitude à désigner un régime. Puisqu'une définition fonctionnelle est recherchée, il faudra régler la précision de la notion en fonction de la cohérence du régime à obtenir. La question de la précision doit néanmoins être relativisée puisqu'il sera toujours possible de créer au sein de la

1. Ch. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique in La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, Sirey, 1966, p. 25, n° 8, p. 30.

2. *Ibid.*, n° 7, p. 30.

3. *Ibid.*, n° 11, p. 32.

4. Ch. EISENMANN écrivait ainsi que « l'établissement des classifications, — disons : la subdivision d'un genre en espèce — est la mission propre, donc l'œuvre responsable, des seuls théoriciens (c'est-à-dire des personnes attachées à la connaissance systématique du droit) ; les juristes croient en général que ces classifications leur seraient données au départ, qu'elles seraient pré-établies, avec les qualifications et avec les classements corrélatifs — ou tout au moins avec une partie importante d'entre eux —, cela, naturellement, par et dans le droit positif lui-même, par et dans ses matériaux. » (*Ibid.*, n° 10, p. 31).

5. Une simple consultation de la Classification commune des actes médicaux en témoigne. Celle-ci, utilisée pour le financement des actes médicaux, comptait à sa deuxième version plus de 7000 codes.

6. Cf. la technique des notions résiduelles visée par Ch. JARROSSON. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Nouvelle bibliothèque des thèses, L.G.D.J., 1987, nos 469 et s., p. 228 et s.

7. En suivant les conclusions du commissaire du Gouvernement CHENOT, M. WALINE écrivait que les magistrats peuvent parfois recourir à des catégories imprécisément définies « par répugnance à se lier par une définition rigide qui les générerait ensuite pour s'adapter aux nécessités d'une évolution sociale en perpétuel mouvement. » (M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant-Sirey, 1963, p. 368).

notion des sous-notions, des notions « semi-résiduelles. » La difficulté resurgira cependant sur la taille des sous-notions.

46. Régime envisagé des actes médicaux. Néanmoins, et à la différence des actes médicaux qui sont très variés, il est possible de déterminer de manière assez claire et *a priori* les éléments de régime pouvant être associés à la notion d'acte médical en opposant les règles préalables à l'acte médical aux règles postérieures à celui-ci.

Préalablement à l'acte médical, les règles ont principalement pour fonction de réguler les conditions d'exécution de l'acte et de sanctionner le non-respect de celles-ci. Ainsi, et de manière non exhaustive, sont régulés la compétence de l'auteur de l'acte, le consentement du bénéficiaire de l'acte, la proportionnalité de l'acte vis-à-vis des risques et du but poursuivi, le but poursuivi par l'acte, la conformité aux données acquises de la science.

Postérieurement à l'acte, le droit vient réguler les rapports entre l'auteur et le bénéficiaire d'un acte dans deux domaines : d'une part en ce qui concerne le prix de l'acte — les assureurs entrent ici en jeu — et d'autre part en ce qui concerne la réparation des conséquences dommageables d'un acte médical. Il semble cependant qu'il faille s'en tenir aux règles préalables à l'acte médical. En effet, les règles postérieures ne concernent qu'une partie des actes médicaux : pour le financement, les actes pratiqués dans les conditions requises pour être financés¹, pour la responsabilité, les actes dommageables. Envisager les règles postérieures reviendrait certes à expliciter le régime juridique des actes médicaux, mais cela ne serait pas profitable à une définition. Il faut en effet, au sein des règles attachées à une notion, faire une place aux règles qui sont toujours mises en œuvre. Ces règles sont alors propres à la notion et peuvent servir à sa définition.

47. Méthodologie de la redéfinition — Plan de la thèse. Re-définir suppose de partir d'une définition pour la perfectionner. La multiplicité des définitions² laisse deux options : choisir une définition parmi celles qui existent ou synthétiser les définitions actuelles pour concevoir une base de réflexion. Les définitions actuelles se recoupant sur divers points, c'est la seconde solution qui sera choisie.

Au point de départ de notre réflexion se trouve donc la synthèse des diverses définitions doctrinales. Celles-ci s'accordent d'une part sur le fait que l'acte médical est l'acte du médecin et, d'autre part sur le fait que l'acte médical est aux prises avec une évolution de ses buts³. Ces deux éléments appellent à un traitement du sujet en deux temps : le premier relatif aux auteurs autorisés de l'acte médical, le second à ses buts légitimes. En partant du constat que la

1. Néanmoins, le financement des actes médicaux est très utile à la marge puisque le droit de la sécurité sociale est utilisé pour affiner une partie des règles relatives aux actes médicaux non thérapeutiques. Voir ainsi la dernière section de cette thèse au sein de la quelle nous précisons les règles de droit de la sécurité sociale de certains actes.

2. Cf. *supra* n° 27 et s., p. 19 et s.

3. Ce qui n'est pas sans faire penser à la définition néerlandaise de l'action médicale qui présente deux éléments : l'un décrivant l'action médicale par son but, l'autre, par son auteur. Cf. *supra* n° 5, p. 3.

réglementation des buts n'est applicables qu'aux actes sur le corps humain, cela nous amène à envisager le sujet en distinguant les règles applicables à tous les actes médicaux — règles régissant l'auteur habilités — des règles applicables aux actes sur le corps humain — règles relatives aux but.

Ces deux types de règles doivent être distingués pour plusieurs raisons.

D'abord, rien ne permet de postuler que l'acte médical est un acte sur le corps humain. En d'autres termes, rien ne nous permet d'exclure de la notion d'acte médical les actes ne supposant pas une atteinte au corps humain. Cela suppose de laisser une place aux actes médicaux *en général* et ceux-ci ont un régime identifié par la réglementation de l'auteur habilité.

Ensuite, le corps humain, de par sa sacralité nécessite une place à part. Protégé de manière spéciale l'acte médical sur ce dernier doit être autorisé pour que ne soit pas appliqué le droit pénal protégeant le corps humain.

Enfin, une telle distinction permet une définition fonctionnelle puisqu'elle permet un lien aisé entre la catégorie juridique et son régime. Ainsi, lorsque l'acte présente les caractéristiques de l'acte médical, il devra suivre le régime qui est associé aux actes médicaux. Lorsque celui-ci sera, en plus, effectué sur le corps humain, se rajoutera un régime spécifique.

Définir l'acte médical suppose donc de distinguer les règles s'appliquant *en général* aux actes médicaux et réglementant les professionnels autorisés à pratiquer des règles s'appliquant aux actes sur le corps humain *en particulier*.

48. Pour redéfinir l'acte médical, il faut distinguer le droit commun des actes médicaux (Partie I) du droit spécial des actes médicaux sur le corps humain (Partie II).

Première partie

Droit commun des actes médicaux

49. L'acte médical est souvent défini par référence à son auteur, le médecin¹ ou, au moins, un professionnel compétent². Ces définitions se fondent sur l'existence d'une répression des actes médicaux pratiqués par des professionnels non autorisés.

Fr. ROUVIÈRE écrit que « Pour la construction du droit, c'est le régime qui conduit à la nature³ » juridique. Ainsi peut-on reconnaître l'acte médical à son régime : c'est un acte qui est pratiqué par le médecin. Mais, se limiter à cette définition présente deux inconvénients. *D'une part*, en suivant cet unique critère, il faudrait que l'acte médical change de nature lorsqu'il est mené par un chirurgien dentiste ou par un infirmier alors que sa matérialité n'a pas varié. *D'autre part*, définir une notion par son régime expose l'exégète à un raisonnement circulaire : c'est un acte médical parce qu'il est pratiqué par tel praticien et, parce qu'il est un acte médical, il doit être pratiqué par tel praticien. Il faut donc rechercher la nature de l'acte médical puisqu'« il serait absurde de partir du régime juridique pour qualifier la situation en cause, car ce serait en réalité avoir déjà postulé que le régime s'applique⁴. » Il faut donc remonter à l'origine de la notion et « se demander quelle est la nature juridique qui pourrait expliquer et justifier la façon dont les régimes juridiques sont appliqués aux faits, notamment en jurisprudence. Autrement dit, la recherche de la nature juridique est une recherche de cohérence du système juridique⁵. »

Une fois ce travail de recherche mené, il faudra réétudier le régime de l'acte médical. En effet, si l'acte médical est réservé au médecin, la complexification de l'art médical et la multiplication des auteurs non médecins appellent à une nouvelle étude du régime de l'acte médical.

50. La redéfinition de l'acte médical doit donc commencer par la recherche de la nature juridique des actes médicaux (Titre I) et se poursuivre par une recherche de leur régime juridique (Titre II).

1. M. BOUTEILLE, « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 18 fév. 2001, n° 1, p. 17, Supplément au JCP E; Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006.

2. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 1, p. 11; G. MÉMETEAU, *Les mots du droit médical in Mots de science : Mélanges en l'honneur de Nicole M. Le Douarin*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. JACOB, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 115.

3. Fr. ROUVIÈRE, *Le revers du principe « différence de nature (égal) différence de régime »*, *Penser le droit in Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Economica, 2013, URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document> (visité le 11/03/2016), n° 8, p. 427.

4. *Ibid.*, n° 3, p. 419.

5. *Ibid.*, n° 3, p. 419.

Titre I

Nature juridique des actes médicaux

51. La recherche de la nature juridique des actes médicaux peut se faire par la recherche des caractéristiques des actes médicaux. Cette recherche est fondamentale pour deux raisons. D'une part parce que l'identification de la notion dépendra de cette caractéristique et d'autre part parce que cela déterminera l'étendue de l'application du régime de la notion. Or, la doctrine n'a jusque-là pas établi de critère caractéristique de l'acte médical puisqu'elle renvoyait souvent à son régime et notamment à son auteur pour le déterminer. Cela conduisait à un certain flou mis à profit par la profession des médecins pour déterminer elle-même la géométrie de son monopole¹.

Il faut ainsi partir d'un postulat plus lointain pour trouver une caractéristique aux actes médicaux. Assez simplement, nous partirons du postulat que l'acte médical « est un acte d'exercice de la médecine² » et que sa définition ne peut se faire qu'à « la lumière de la science qui l'inspire³ ». L'acte médical est donc l'acte de la pratique médicale.

Dans une tradition classique, nous procéderons à une définition par genre et par différence⁴. Cette définition se fera donc en deux temps : premièrement, en différenciant les actes médicaux des actes non médicaux et ensuite en recherchant un point commun à tous les actes médicaux.

52. La notion d'acte médical peut donc être définie négativement en la distinguant de son contexte (Chapitre 1) et positivement en recherchant ses caractéristiques (Chapitre 2).

1. Voir sur ce point la très significative fonction de l'Arrêté du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non-médecins, *JO*, p. 1111, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000802880> (visité le 02/01/2014) sur lequel nous reviendrons.

2. Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006, p. 204.

3. *Ibid.*, p. 204.

4. Cf. sur cette technique V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, n° 489, p. 301.

Chapitre 1

Distinction des actes médicaux de leur contexte

53. L'acte médical s'inscrit dans un contexte humain et intellectuel particulier avec lequel il est souvent confondu. Il s'agit ici d'écarter des éléments qui pourraient être interprétés comme des caractéristiques et de procéder à une définition par la négative, c'est-à-dire d'identifier ce que n'est pas l'acte médical.

Une telle recherche permettra de savoir si l'acte médical permet de théoriser l'intégralité de la relation médicale. Il faut pour répondre à cette question trouver deux situations symptomatiques de la relation médicale. Nous proposons de comparer l'acte médical avec la consultation médicale et avec la décision médicale. La consultation est en effet le moment de la relation médicale tandis que la décision correspond à la conduite de la relation.

Il faut donc savoir s'il faut distinguer l'acte médical de la consultation dans laquelle il s'insère (Section I) et de la décision médicale dont il est issu (Section II).

Section I La consultation, contexte de l'acte médical

54. La relation médicale est-elle un acte médical ou un élément de contexte de l'acte médical ? Répondre à cette question suppose de passer par une analyse de la relation médicale. Il est cependant impossible d'appréhender la relation médicale sous tous ses aspects tant ceux-ci sont nombreux. Il n'y a ainsi en apparence rien de commun entre l'acte de secours urgent pratiqué à même le sol et la psychothérapie pratiquée en hôpital. Ces différentes situations supposent cependant une rencontre et il est alors possible d'utiliser la notion de consultation pour décrire cette rencontre.

Ensuite, pour s'assurer qu'il est ou non nécessaire de dissocier la relation médicale de l'acte médical, il faut envisager le régime de la relation médicale.

55. Nous partirons de la définition de la consultation (§ 1.) pour en venir à l'étude de son régime (§ 2.).

§ 1. Définition de la consultation

56. Les significations du nom « consultation » sont multiples comme en témoignent *Le nouveau Petit Robert* et le *Dictionnaire historique de la langue française*.

57. **La consultation : « réunion de personnes qui délibère sur une affaire, un cas ».** Le premier sens du terme « consultation », aujourd'hui vieilli, est celui de « réunion de personnes qui délibère sur une affaire, un cas ». Il n'est plus utilisé en matière médicale, bien qu'on connaisse des équivalents qui consistent en des réunions de personnel¹ qui sont couramment désignées sous l'anglicisme « staff ». *Le nouveau Petit Robert* le définit ainsi comme la « réunion de service, dans un hôpital, au cours de laquelle on présente les malades, on expose leur cas² ».

Nous pouvons donc considérer que cette acception est celle qui est la moins pratiquée.

58. **La consultation comme « le fait de consulter un médecin pour obtenir son avis ».** Le second sens du nom « consultation » est « le fait de consulter un médecin pour obtenir son avis ». La consultation vise alors à recueillir le savoir d'un professionnel expérimenté. La déontologie médicale semble établir une distinction entre consultation et avis médical lorsqu'elle dispose qu'« il est interdit au médecin de dispenser des consultations, prescriptions ou avis médicaux dans des locaux commerciaux³ ». Il semble cependant que cet article doive d'avantage être vu comme une énumération à la Prévert que comme une typologie dont les éléments sont exclusifs les uns des autres.

Se rendre chez un médecin pour requérir son avis, c'est se rendre chez lui à des fins exclusivement diagnostiques. Le diagnostic sera cependant souvent accompagné de propositions de traitements si ils existent. L'avis qu'il s'agit d'obtenir est donc un avis tant sur la situation de santé du patient que sur les différentes possibilités de l'améliorer ou de répondre à une demande. L'avis peut aussi consister en une expertise, c'est-à-dire en la réponse à certaines questions posées par un juge⁴.

Reste que la consultation se distingue de l'avis en ce qu'elle peut déboucher sur un traitement.

59. **La consultation comme « informations et conseils donnés par un médecin, en général lors d'un examen ».** Le dernier sens du nom « consultation », le plus large et le plus moderne est l'« examen d'un malade par un médecin⁵. »

1. Notamment en matière de fin de vie pour les décisions d'arrêt de soins.

2. *Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, juin 2000, v^o Staff.

3. Art. R. 4127-25 CSP.

4. Cf. sur cette question *infra* n^o 371 et s., p. 191 et s. et *infra* n^o 675 et s., p. 322 et s.

5. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v^o Consultation.

La consultation n'est en elle-même pas l'examen, elle n'en est que le lieu de la réalisation, comme les textes le prévoient. En effet, l'article L. 1411-7 du code de la santé publique distingue « les conditions de mise en œuvre de ces consultations [médicales de prévention], de ces examens et de l'information du patient. » Plus explicitement, l'article D. 6124-69 du même code indique que « le centre d'hémodialyse assure régulièrement à chaque patient une consultation de néphrologie avec un examen médical »¹. L'examen correspond à l'analyse sémiologique qui est la première étape du raisonnement diagnostique². Il peut se faire aussi par procuration en déléguant un examen biologique à un biologiste médical. L'examen ne consiste ainsi que dans l'activité diagnostique. Ce diagnostic peut être assez diffus puisque l'examen ne recherchera pas une pathologie en particulier mais visera à vérifier qu'aucun signe évocateur de pathologies n'est présent.

60. Conséquences de la consultation. La consultation peut déboucher sur des informations ou des conseils. Ceux-ci sont souvent préconisés par le code de la santé publique³ pour contribuer à l'éducation thérapeutique du patient. Si la consultation n'est qu'un des moyens de l'éducation thérapeutique du patient⁴, elle reste un élément majeur puisque le praticien est de ceux qui sont les mieux à même de faciliter l'adhésion aux traitements en vue d'améliorer l'autonomie et la qualité de vie du patient⁵. Les consultations peuvent donc inclure des actions de prévention médico-sociales⁶.

61. La consultation peut aussi déboucher sur un traitement. C'est ce que suggèrent l'article L. 1111-3 du code de la santé publique qui dispose que le professionnel peut prescrire « un acte à réaliser lors d'une consultation ultérieure »⁷ et la législation relative au financement des actes

1. Cf. aussi l'article D. 6124-76 du code de la santé publique.

2. Cf. *infra* n° 134 et s., p. 73 et s.

3. Cf. en matière d'IVG l'article L. 2212-7 du code de la santé publique dispose qu'« après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures. »

4. L'éducation thérapeutique du patient est en effet définie par l'OMS comme suit : « L'éducation thérapeutique du patient a pour but de former les patients à l'autogestion, à l'adaptation du traitement à leur propre maladie chronique, et à leur permettre de faire face au suivi quotidien. Elle contribue également à réduire les coûts des soins de longue durée pour les patients et la société. Elle est essentielle pour une autogestion efficace et pour la qualité des soins des maladies de longue durée, même si les patients souffrant de maladies aiguës ne doivent pas en être exclus. L'éducation thérapeutique du patient doit être réalisée par des soignants formés à l'éducation du patient, et doit être conçue pour permettre au patient (ou à un groupe de patients et aux familles) de gérer le traitement de leur maladie et de prévenir les complications, tout en maintenant ou en améliorant leur qualité de vie. Son but principal est de produire un effet thérapeutique complémentaire à ceux de toutes les autres interventions (pharmacologiques, kinésithérapie, etc.). » *Education thérapeutique du patient : Programmes de formation continue pour professionnels de soins dans le domaine de la prévention des maladies chroniques*, Recommandation d'un groupe de travail de l'organisation mondiale de la Santé, Organisation Mondiale de la Santé, Bureau Régional pour l'Europe, 1998, URL : http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/145296/E93849.pdf (visité le 14/05/2014), p. 12.

5. Sur ces critères, Cf. l'article L. 1161-1 du code de la santé publique.

6. Art. L. 2112-1 CSP.

7. Voir aussi l'article R. 6112-23 du code de la santé publique qui dispose que l'établissement assure l'examen des détenus et « dispense à ceux-ci des soins courants et, éventuellement, spécialisés, notamment sous la forme de consultations ».

médicaux qui permet que des actes de traitements soient financés lors de consultations¹.

Seuls les traitements « courants² » semblent pouvoir être inclus dans une consultation. Ainsi, se distinguent d'une consultation les actes de chirurgie³, les interventions⁴ ou les « actes⁵ ». Il est difficile de saisir ce qui fait que l'on distinguerait en droit les actes pouvant être réalisés au cours d'une consultation de ceux ne pouvant l'être, puisque dans les deux cas il y a une rencontre entre le professionnel et le patient.

L'explication tient au lieu de réalisation. Les actes pouvant être réalisés au « cabinet civil⁶ » du praticien seront considérés comme étant effectués au cours d'une consultation. La législation relative au financement des actes médicaux a suivi cette distinction en proposant deux modes de rémunération aux actes médicaux. D'une part, une rémunération forfaitaire pour la « consultation », indépendante à la fois du temps passé et des actes pratiqués. D'autre part, une rémunération « à l'acte », fondée sur l'attestation de réalisation d'un acte médical et indexant la rémunération sur la technicité et la difficulté de l'acte. Les praticiens ont le choix de la rémunération selon le contexte. Ainsi, pour une consultation de routine nécessitant la réalisation immédiate d'un petit geste sur autrui chirurgical, le praticien pourra délaissier le tarif de la consultation pour facturer le tarif de l'acte chirurgical qu'il aura pratiqué.

62. Mises à part les questions relatives au financement, ces distinctions n'ont cependant aucun impact sur le régime juridique des actes médicaux. En effet, le fait que l'acte soit mené au cours d'une consultation médicale particulière n'a jamais été retenu par la jurisprudence pour moduler la responsabilité encourue, le consentement exigé ou la compétence requise.

De plus, la responsabilité médicale ne vise pas les consultations à proprement parler, mais rattache les avis et conseils tantôt à l'inaction fautive, tantôt au devoir de conseil qui échoit au praticien. La responsabilité est aussi régulièrement fondée sur les actes médicaux eux-mêmes, notamment pour l'identification de la faute médicale. Nous notons aussi que la consultation, temps privilégié et apparemment calme et bien circonscrit, n'est pas le seul moyen de rencontre entre le patient et le praticien. Ainsi, les actes médicaux peuvent-ils être pratiqués au cours de consultations particulières, lors d'interventions dans un bloc opératoire, de visites en cas d'hospitalisation ou dans des services d'urgence, voire, pour les cas les plus graves, sur le lieu d'un accident, hors de tout cabinet. L'acte médical ne suppose donc pas qu'il y ait une consultation au sens d'une rencontre dans un cabinet. L'acte médical ne suppose qu'une rencontre entre en

1. En témoigne le forfait petit matériel. Cf. R. 162-32 CSS.

2. Art. R. 6112-23 CSP.

3. Art. R. 5122-4 CSP.

4. Art. L. 2123-1 al. 6 CSP.

5. Cf. arts. L. 6145-1, L. 6133-6 al. 2, L. 6154-2 et L. 1111-15 CSP. Ce dernier dispose que « Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des articles L. 1110-4, L. 1110-4-1 et L. 1111-2, chaque professionnel de santé, quels que soient son mode et son lieu d'exercice, reporte dans le dossier médical partagé, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. »

6. Celui-ci se définit comme « le local professionnel où le praticien reçoit habituellement ses malades et donne ses consultations ». CE, 5 oct. 1958, *D.*, 1958, p. 751

soignant et un soigné, les conditions de cette rencontre important peu. La consultation doit donc être comprise au sens large.

63. Enfin, dans certains cas, la consultation ne peut être le lieu d'un diagnostic, ni d'un geste sur autrui, mais uniquement d'une discussion qui prendra la forme du traitement. C'est le cas des consultations psychiatriques qui peuvent prendre l'aspect d'une thérapie par la parole. La consultation devient ainsi un lieu de traitement à part entière puisque de séance en séance il n'y aura pas nécessairement de nouveau diagnostic. La consultation sera alors le seul traitement et se confondra avec lui. Il y aura alors confusion entre la consultation et l'acte médical.

64. Évolution du temps et du lieu de réalisation de la consultation. Si la présence tant du patient que du praticien n'a pas fait perdre à la consultation son caractère de rendez-vous fixé dans le temps¹, le lieu de la consultation a été élargi hors du lieu traditionnel de consultation qu'est le cabinet civil en permettant les consultations foraines² et les téléconsultations³, ce qui est une petite révolution puisque les juges remarquent que la consultation ne peut normalement pas se pratiquer par téléphone⁴.

65. Bilan de la définition de la consultation. La définition de la consultation nous permet de comprendre que la consultation — et donc la relation médicale — n'est pas à proprement parler un acte médical, mais qu'elle est le lieu de réalisation de l'acte médical. La consultation est une rencontre entre un praticien et un patient au cours de laquelle peut avoir lieu un acte médical. Il est important de noter que la rencontre qu'est la consultation n'implique pas que soit pratiqué un acte médical. Celle-ci peut en effet se résumer à une anamnèse⁵, sans que le praticien juge opportun de pousser plus loin, notamment parce que l'acte médical sera jugé non nécessaire⁶.

Inversement, nous pouvons affirmer que l'acte médical prend toujours place dans une relation médicale, qu'il s'agisse d'une relation médicale simple et classique comme la consultation, d'une relation plus atypique comme celle qui naît en cas de soins urgents ou chirurgicaux ou d'une relation moderne comme celle qui a lieu en télémédecine. Ainsi, l'acte médical prend place au sein

1. L'article R. 4127-79 du code de la santé publique indique par ailleurs que les feuilles d'ordonnance peuvent contenir les « jours et heures de consultation ».

2. Art. R. 4127-74 CSP issu du *Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012* portant modification du code de déontologie médicale.

3. Cf. Arts. R. 6316-1 CSP et s. Issus du *Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010* relatif à la télémédecine.

4. Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2015, *inédit*, n° 14-18934. Dans cet arrêt, les juges retiennent « qu'une consultation médicale ne s'opère pas par voie téléphonique, surtout à l'égard d'une personne que le médecin n'a jamais rencontrée et qu'après ce premier entretien », sans pour autant considérer que le praticien a commis une faute, sûrement parce qu'il a été jugé à l'égard de la patiente que « son état de santé ne justifiait pas qu'il [le médecin] se déplace à son domicile ».

5. Définie comme la « reconstitution de l'histoire pathologique d'un malade, au moyen de ses souvenirs et de ceux de son entourage, en vue d'orienter le diagnostic ; les données de cette reconstitution. » *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition/v°_Anamnèse.

6. Sur la nécessité médicale, cf. *infra* n° 485 et s., p. 243 et s.

d'une relation particulière qui est celle de la relation médicale et qui suppose une consultation. Celle-ci est soumise à un régime particulier.

§ 2. Régime de la consultation

66. L'étude du régime de la relation médicale, et donc de la consultation qu'elle suppose, a été menée par le biais de la théorie du contrat médical.

67. La question du consentement. Néanmoins, cette théorie est inapte à prendre en compte les règles relatives au consentement¹ et ce pour trois raisons. *Premièrement*, il est nécessaire de distinguer le consentement à la relation médicale du consentement à l'acte médical. Les auteurs ont tenté de les distinguer en faisant référence pour le premier au consentement et pour le second à l'assentiment². D'autres auteurs ont proposé de distinguer le consentement général pour la relation de soin du consentement spécial pour les actes médicaux³. *Deuxièmement*, le consentement au contrat est radicalement différent du consentement à l'acte médical qui est fondé sur des textes spéciaux et qui a pour effet de désarmer le droit pénal, ce qu'un contrat ne pourrait pas faire⁴. *Troisièmement*, l'analyse contractuelle est incapable d'expliquer les hypothèses de soins sans consentement telles que celles des soins psychiatriques sans consentement, les soins sur des personnes inaptes ou incapables de consentir ou les cas de nullité du contrat médical. Ces différentes hypothèses ont conduit les auteurs à envisager des palliatifs originaux⁵.

Il faut conclure que le consentement n'est pas requis pour la formation de la relation médicale. Il est donc important de distinguer le contrat médical et l'acte médical. Ainsi, A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU écrivent-ils que « l'acte médical est distinct du contrat médical. En effet, le contrat médical et le respect des obligations qui en découlent, comme par exemple, le paiement des honoraires, pourront être exigés indépendamment que le patient consente ou non à l'acte médical proposé par le professionnel⁶. »

68. Mis à part cet élément de discussion, la théorie du contrat médical a permis de mettre en lumière les autres éléments du régime de la relation médicale : le paiement et la confidentialité.

1. La théorie contractuelle présente en effet d'autres vices. Sur ces questions, cf. M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005 ; B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015).

2. Cf. not. G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, p. 378.

3. B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015), n° 78, p. 53.

4. Il existe en effet des hésitations dans la doctrine sur le point de savoir si le consentement pourrait être une cause de justification pénale. Cf. *infra* n° 445 et s., p. 228 et s.

5. Ces situations ont ainsi parfois été théorisées *via* la notion de « relation paracontractuelle » (R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 259, p. 238 ; n° 539, p. 239).

6. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3^e éd., Thémis droit, Presses universitaires de France, 2012, n° 225, p. 362.

69. Le paiement du travail médical. La consultation médicale est le plus souvent faite à titre professionnel. Il est cependant possible que le praticien décide de la gratuité de la relation¹, mais à défaut de précision de la gratuité, la relation est onéreuse². La rencontre génère donc une obligation à la dette de la part du patient.

Les assurances sociales ont pour objectif l'allègement du coût des soins. Elles visent donc à prendre en charge, au moins en partie, le coût de la médecine. Dès lors, elles prennent leur racine dans la relation médicale elle-même. Techniquement, la prise en charge par la sécurité sociale ou par les assureurs complémentaires suppose une attestation du professionnel³ qu'un acte médical ou qu'une rencontre — et donc consultation — ont eu lieu.

70. Le secret médical. Le second élément de régime de la relation médicale est qu'elle est soumise au secret⁴. Ce secret, connu sous l'expression « secret médical », touche tous les aspects de la relation, ne se limite pas aux éléments « médicaux » et vise à préserver l'intimité du patient. L'article L. 1110-4 du code de la santé publique dispose ainsi qu'est couvert par le secret « 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. » Le secret médical concerne ainsi l'acte médical, mais ne s'y limite pas puisqu'il vise d'une part toutes les informations et non uniquement celles relatives à l'acte médical⁵ et d'autre part tous praticiens « intervenant dans le système de santé »⁶, peu importe qu'ils soient soignants ou non ou que cette information ait été transmise dans le cadre d'une consultation⁷.

Cela élargit donc le champ du secret médical bien au delà de la consultation, ce qui fait que cet élément de régime n'est pas propre à la rencontre, à la relation médicale.

1. Conformément à l'article R. 4127-67 du code de la santé publique.

2. G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, n° 442, p. 334.

3. L'alinéa 2 de l'article R. 4127-53 du code de la santé publique énonce que les honoraires ne peuvent être réclamés « qu'à l'occasion d'actes réellement effectués ». Le remboursement des soins ne se fait ainsi que sur pièces, c'est-à-dire après l'envoi d'une feuille de soins — physique ou numérique — à l'assurance maladie. La preuve de la réalité de l'acte est donc fondée sur l'attestation du médecin, formalisée par sa signature. Cette confiance dans la preuve tient, pour partie, à la discipline du corps médical. L'article R. 4127-29 du code de la santé publique interdit en effet au médecin toute cotation, fraude ou indication inexacte des actes effectués et honoraires perçus. Cette signature est portée sur la « feuille de soins », émise par le médecin et remise au patient. Lorsque la feuille de soins est physique, c'est la signature manuscrite du patient et du médecin qui est requise. Lorsque la feuille de soins est électronique, les signatures sont « données par la lecture de la carte électronique individuelle mentionnée à l'article L. 161-31 [du code de la sécurité sociale, C'est-à-dire la "carte vitale"] et de la carte de professionnel de santé définie à l'article L. 161-33 [du même code]. » (Art. R 162-43 CSS.).

4. Cf. à ce propos C. ZORN, *Données de santé et secret partagé : Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, avec une introd. de B. PY, avec une préf. d'I. d. LAMBERTERIE, Santé, qualité de vie et handicap, Texte remanié de Thèse de doctorat Droit privé et sciences criminelles Nancy, Faculté de droit 2009, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

5. Ainsi, sont protégées par le secret médical les informations relatives à l'état de santé, mais aussi à l'orientation sexuelle, etc.

6. Art. L. 1110-4 CSP.

7. CE, 17 juin 2015, n° 385924.

71. Bilan. La relation médicale présente un régime distinct de l'acte médical lui-même. En effet, si les actes médicaux sont pris en charge par l'assurance maladie, ils ne le sont que parce qu'ils ont lieu au cours d'une relation médicale, prestation tarifée. Par ailleurs, la relation médicale implique une confidentialité qui se retrouve aussi dans l'acte médical parce que celui-ci s'inscrit dans une relation médicale.

72. L'acte médical se distingue par ailleurs de sa cause, la décision médicale.

Section II La décision médicale, cause de l'acte médical

73. L'acte médical n'est pas le fruit du hasard. Il est le produit d'une réflexion, tantôt rapide tantôt mûrement réfléchi. L'acte médical est donc le fruit d'une décision. Celle-ci suit normalement le consentement du patient¹ et, pour les actes thérapeutiques, elle est la conséquence d'un diagnostic².

La décision médicale est très proche de l'acte médical puisque celui-ci suppose cette même décision pour pouvoir être effectué³. Cependant, elle s'en distingue par certains égards.

74. Définition de la décision médicale. La décision médicale peut être entendue comme « tout choix technique fait par un médecin à l'occasion des soins qu'il délivre à la personne⁴ ». Il semble donc que la décision soit le choix du médecin⁵ car cela supposerait une compétence⁶.

Cependant, cette définition est fortement perturbée par l'ouverture au patient du colloque singulier. En effet, le patient est passé du statut de spectateur de la décision médicale à celui d'acteur de cette décision⁷. Il se trouve même que la volonté du patient formalisée dans les directives anticipées serait devenue « un des éléments de la décision médicale⁸ » en ce qu'elle

1. Sur cette question, *cf. infra* n° 402 et s., p. 208 et s.

2. En effet, pour les actes préventifs, l'acte suit l'identification d'une situation potentiellement néfaste (et non le diagnostic d'une pathologie existante) et pour les actes non thérapeutiques, l'acte suit souvent la volonté de la personne et la conformité de sa situation aux conditions de l'autorisation de la loi (*cf. par ex.* l'avortement volontaire, *infra* n° 638 et s., p. 309 et s).

3. Il serait en effet absurde de penser que l'acte médical puisse ne pas être le fruit d'une décision mais d'un accident. En lui-même, le soin, parce qu'il est aussi une intention, nécessite une volonté initiale, une pensée.

4. D. TRUCHET, « La décision médicale et le droit », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 20 oct. 1995, 11, p. 611.

5. *Cf.* J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, avec une préf. d'A. LAMBOLEY, Collection Thèses, n° 19, Les Editions Hospitalières, 2010, Thèse de droit privé soutenue à l'université des sciences sociales de Poitiers le 6 mars 2004, n° 10, p. 7.

6. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, not. p. 70 et s.

7. S. PRIEUR, « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM*, 2002, p. 119 : « Le paternalisme médical n'est plus de mise, la loi entend faire du patient l'acteur et non plus en quelque sorte le spectateur de la décision médicale. »

8. Fr. DREIFUSS-NETTER, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gazette du Palais*, 2006, p. 1693.

permet un « refus de consentement *in futurum* à une décision médicale¹ » et cela est encore plus vrai depuis la récente loi sur la fin de vie². La décision médicale est même présentée comme une alternative au concept de consentement médical³, concept pourtant bien établi. Pour prendre en compte cette évolution, la décision médicale peut être définie comme la décision partagée entre le médecin et le patient⁴. Il est en effet illusoire de penser qu'un patient puisse forcer un médecin à décider ce qui ne lui semble pas opportun ou souhaitable. En effet, le médecin dispose d'une liberté de décision solidement établie qui ne saurait être forcée⁵.

La décision médicale n'apparaît donc plus comme le pré carré du médecin, mais est appelée à être partagée entre le médecin et le patient.

75. Une distinction difficile à faire en pratique entre acte médical et décision médicale. Distinguer acte médical et décision médicale est, dans les faits, ardu. Cette difficulté provient du fait que l'acte médical est la conséquence de la décision médicale. La décision médicale et l'acte médical ont donc le même régime puisqu'agir sur la décision revient à conditionner l'acte. Ainsi, les règles applicables à l'acte le sont aussi à la décision, cette dernière étant à l'origine de l'acte. Et la décision à l'origine d'un acte supposant un consentement, car effectué sur le corps humain, supposera elle aussi un consentement.

En ce sens, décision et acte sont deux faces d'une même médaille. Nous pourrions reprendre le même raisonnement pour tous les éléments de régime : conformité aux données acquises de la science, but légal, auteur habilité, etc.

Sous cet angle, décision médicale et acte médical ont toute l'apparence de frères siamois. Cependant, cette assimilation ne nous convainc pas totalement.

76. La décision médicale : distincte de l'acte médical. La décision médicale ne conduit pas nécessairement à l'acte médical. Elle permet d'une part, l'inaction et d'autre part, la cessation de l'action.

1. M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005, note n° 1400, p. 362.

2. Cf. l'article L. 1111-11 modifié par la *Loi n° 2016-87 du 2 février 2016* créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (art. 8). Une évolution législative était nécessaire du fait de l'absence d'opposabilité des directives anticipées au médecin. Cf. Br. FEUILLET, *Les directives anticipées, un indice de consentement à effets limités in Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, sous la dir. de H. GAUMONT-PRAT, Les Éditions Hospitalières, 2013, p. 69. Reste que celles-ci ne s'imposent que dans la limite où elles n'apparaissent pas « manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. »

3. Cf. sur ce point P. LOKIEC, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641.

4. Cf. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, p. 102 et s.

5. Elle est même parfois doublée d'une « clause de conscience » — le terme « clause » étant abusif puisqu'aucun contrat n'existe — visant à rappeler l'existence de la liberté de choix de l'acte médical du médecin. Elle peut même être forcée par le juge. Ainsi, dans l'affaire dite « Lambert », le Conseil d'État a autorisé l'acte. (CE, ass., *Mme Lambert et autres*, 14 fév. 2014, nos 375081, 375090, 375091). Il eut été possible d'analyser cette décision comme une décision médicale. C'eut été cependant oublier qu'il est nécessaire que cette décision soit prise à nouveau par un médecin qui se chargera de réaliser l'acte médical. La décision judiciaire n'est donc pas directement applicable, il faut passer par une nouvelle décision médicale.

La décision médicale suppose une décision fondamentale : agir ou ne pas agir ? Les critères d'une telle décision sont nombreux et connus : poursuite d'une « nécessité médicale », proportionnalité et consentement. Si l'un de ces paramètres manque, la décision ira dans le sens de l'inaction.

Lorsque le choix d'agir a été fait, la décision médicale peut aussi conduire à cesser les soins. Cette décision peut parfois être obligatoire, notamment en cas d'obstination déraisonnable¹. Dans le cas où l'arrêt de soins peut avoir pour conséquence le décès du patient, le régime de l'arrêt de soins sera mis en œuvre².

77. La nécessaire distinction entre acte et décision médicale. L'acte et la décision médicale restent ainsi résolument distincts du fait que la décision peut avoir pour conséquence la non-action. Cette distinction est particulièrement importante en matière de responsabilité pénale.

En effet, les fautes d'action et d'omission sont clairement distinguées puisque la responsabilité ne peut être retenue que sur un fondement textuel précis. En somme, la faute est ancrée dans le texte pénal. Dans l'arrêt de l'affaire des séquestrées de Poitiers³, la Cour de cassation a refusé que soit retenue une faute de commission par abstention. La faute pénale pourra ainsi être une faute dans l'action, et dans ce cas, les infractions de meurtre ou de violences seront retenues. La faute pourra aussi être dans l'inaction et, dans ce cas, la faute pénale pourra être la non-assistance à personne en danger ou l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité qui ne pouvait être ignoré⁴. La responsabilité pénale peut ainsi être engagée à la fois en cas d'acte, mais aussi en cas de choix d'inaction ou de cessation de l'action⁵.

En droit de la responsabilité civile et administrative où la faute est plus librement qualifiable par le juge, le même fondement est invoqué pour les fautes de réalisation de l'acte médical et les fautes d'inaction. La responsabilité sera ainsi indifféremment retenue avec l'article 1147 du code civil ou avec l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Reste que ce dernier article ne vise que les « actes », ce qui corroborerait l'idée selon laquelle les juges l'utilisent largement⁶. Ainsi, la décision ne pourra-t-elle être sanctionnée que si elle constitue une abstention fautive.

78. Ces deux éléments de contexte que sont la relation et la décision ne constituent pas des caractéristiques à l'acte médical. Il est donc nécessaire de pousser plus loin l'analyse.

1. Cf. art. L. 1110-5 CSP.

2. Cf. art. L. 1111-13 CSP.

3. CA Poitiers, *Affaire de la séquestrée de Poitiers*, 20 nov. 1901, *D. 1902.2.81*, Le Poittevin.

4. Il faut là encore distinguer clairement l'abstention fautive de l'abstention comme conséquence d'un diagnostic fautif. Le diagnostic s'analyse comme un acte médical.

5. Cf. sur ce point S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, 2^e éd., Pratique professionnelle, Editions du Juris-Classeur, 2003, n^{os} 189 et s., p. 117 et s.

6. Néanmoins, à ce jour, nous n'avons pas constaté que cet article ait été utilisé pour engager la responsabilité d'un praticien ayant choisi de ne pas agir. Il est cependant difficilement envisageable que sa responsabilité soit recherchée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Chapitre 2

Recherche des caractéristiques des actes médicaux

79. Redéfinir l'acte médical suppose de déterminer ce que nous entendons par « médical ». Il faut dès lors trouver le moyen de reconnaître ce qui est médical. Cela passe par la recherche de ses caractéristiques. La caractéristique est un critère d'inclusion, c'est-à-dire ce qui permet de reconnaître une notion parce qu'elle la différencie des autres.

Cela revient à déterminer le *champ* des actes considérés comme médicaux pour les distinguer des actes non médicaux. Paradoxalement, le juriste est démuné pour trouver une caractéristique qui ait une nature juridique. Cela provient de la nature de l'acte médical qui est un fait juridique¹,

1. Le nom *acte* est un emprunt au latin *actum*, *acta* au pluriel, participe passé passif substantivé du verbe *agere*. Le radical *act-* a ensuite produit *actor*, « celui qui agit » et *action*, « fait ou manière d'agir ». Il rejoint ainsi le nom *action* issu lui du latin classique *actio* désignant la façon d'agir. (A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, *v*^o Acte et action). Ainsi, le nom acte désigne le résultat d'un agissement ou l'agissement lui-même. Il faut noter que dès le début le terme *acta* désigne les contrats en particulier et que c'est sous ce sens que le nom apparaît en français. A. REY et al. qui précisent que « *acte* apparaît en français (1388) avec le sens juridique du pluriel latin *acta*, désignant un contrat entre particuliers [...]». Le sens général, «ce que l'on peut faire, ce que l'on fait», n'est repéré qu'au début du XVI^e siècle [...]. » (*Ibid.*, *v*^o Acte) On peut penser que le latin connaissait plus le terme *factum* pour le fait de l'homme. Cette utilisation se retrouve dans la distinction entre acte et fait juridique. Ainsi, si le terme passe dans le langage courant pour désigner la manière d'agir, il conserve un sens juridique fort.

En droit, il existe divers usages du nom *acte*. Schématiquement, on peut distinguer une utilisation théorique et une utilisation instrumentale. Ainsi, dans la théorie juridique, l'acte *juridique* est défini comme « une manifestation de la volonté ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique. » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, *v*^o Acte) D'autres auteurs ont cependant défini l'acte juridique comme « un acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant des normes » (B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015), n^o 591, p. 534) Instrumentalement, le nom acte est un écrit visant à matérialiser un acte ou un fait juridique. Ces deux acceptions permettent la création de nombreux sous-mots. On trouve ainsi les actes judiciaires ou les actes notariés pour ne citer qu'eux.

Il semble cependant que l'on n'ait pas ici affaire à l'acte au sens juridique, mais au sens courant. Ainsi, l'acte peut-il être défini comme l'« action humaine considérée dans son aspect objectif plutôt que subjectif. » (*Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010, *v*^o Acte) En somme, c'est le rapport à l'action qui est ici mis en lumière. L'action est ici entendue au sens premier et correspond à « ce que fait quelqu'un et ce par quoi il réalise une intention ou une impulsion. » (*Ibid.*,

renvoyant le juriste à l'épistémologie des sciences pour tenter de définir le champ de la médecine et donc le champ des actes qui en ressortent.

La recherche juridique des caractéristiques de l'acte médical ne peut donc partir que d'un postulat : est médical l'acte de la médecine¹. Le début d'une recherche des caractères de l'acte médical part donc d'une définition informative de type lexical : l'acte médical est l'acte de la médecine².

80. L'entreprise de recherche des critères de l'acte médical est donc intimement liée à la recherche des caractéristiques de la médecine, et cela rend cette recherche ardue.

Les auteurs ont envisagé plusieurs caractéristiques. R. SAVATIER et al. écrivaient ainsi que, traditionnellement, « l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui. Depuis que le médecin s'est clairement distingué du thaumaturge et du mage par le caractère scientifique de ses interventions, il faut ajouter que l'acte posé en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée³. » Les caractéristiques envisagées sont donc le but de l'acte médical — guérir autrui —, la technique utilisée et l'usage de connaissances biologiques.

Méthodologiquement, la définition permet de révéler la nature juridique d'une notion soit à l'aide d'un critère unique, soit, lorsqu'il existe plusieurs critères, à l'aide de ses critères et de leurs relations. Il y a donc deux manières de définir l'acte médical : soit en faisant appel à un ensemble de critères ayant des relations les uns avec les autres, soit en établissant un unique

v^o Action) C'est donc le passage de la pensée au geste à la manifestation physique de la volonté. Dans le *Le nouveau Petit Robert*, l'acte médical y est défini comme l'« intervention médicale ou chirurgicale. » (*Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010, *v*^o Acte) La définition par l'intervention écarte du sens premier en ce que ce nom renvoie à l'« action d'intervenir » (*Ibid.*, *v*^o Intervention), intervenir pouvant alors être entendu au sens de « entrer en action » (*Ibid.*, *v*^o Intervenir) ou renvoie au « recours à un traitement énergique » (*Ibid.*, *v*^o Intervention) et donc au traitement et à son caractère invasif. Cette définition est donc partielle, mais témoigne du fait que l'acte médical est résolument, tant dans la langue juridique que dans la langue courante, considéré comme un fait juridique, entendu au sens d'un « fait quelconque auquel la loi attache une conséquence juridique qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur du fait. » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, *v*^o Fait). La théorie développée par B. MORON-PUECH permet de confirmer cette position. Il définit en effet l'acte juridique comme étant celui qui crée une norme nouvelle. Le fait juridique se contente quant à lui de rendre applicable une norme déjà créée. (B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015), n^o 591, p. 535) L'acte médical est soumis à des normes déjà créées. Parce qu'il est subordonné à ces normes préexistantes, il n'est donc pas celui qui crée une norme nouvelle et n'est pas un acte juridique.

1. Ce postulat est, semble-t-il, partagé par toute la doctrine, du moins tacitement. Pour une utilisation explicite de ce postulat, cf. Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006, spec. p. 203.

2. Il eut été possible de partir du postulat que « médical » désigne l'acte du « médecin », mais c'eut été choisir une vision restrictive du sujet. Méthodologiquement, cela aurait dénaturé l'approche puisque nous n'aurions pas répondu à une question centrale : comment reconnaître les actes qui sont réservés au médecin ? En effet, postuler que l'acte médical est l'acte du médecin revient à définir l'acte médical par l'un de ses éléments de régime qu'est sa soumission au monopole médical. Cela consisterait donc à transformer un élément de régime en caractéristique.

3. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n^o 1, p. 11.

critère, ce qui nous dispense de détailler les liens.

81. L'étude montre que deux des trois caractéristiques envisagées par la doctrine n'en sont pas, parce qu'elles ne sont pas uniques ou propres à la notion d'acte médical. Cependant, le critère de l'usage de connaissances apparaît comme étant suffisamment robuste pour caractériser l'acte médical. Cela nous oriente vers une définition composée d'un unique critère.

La recherche de la caractéristique des actes médicaux suppose donc d'écartier dans un premier temps les critères inefficaces (Section I) avant d'étudier le critère efficace pour caractériser la notion d'acte médical (Section II).

Section I Les critères inefficaces pour caractériser la notion d'acte médical

82. Les critères du but (§ 1.) et de la technique utilisée (§ 2.) ne permettent pas de caractériser des actes médicaux.

§ 1. L'impossibilité de caractériser les actes médicaux par leur but

83. Utiliser le critère du but pour caractériser les actes médicaux reviendrait à pouvoir déduire de la poursuite d'un but la nature de l'acte. Ainsi, *parce que* l'acte X poursuit le but Y, *alors* ce serait un acte médical. Un tel critère paraît assez difficile à utiliser du fait de la diversité des buts de la médecine.

84. Approche historique de la définition de la médecine. La médecine est souvent considérée comme unitaire¹. Cependant, elle est couramment définie de deux manières. *D'une part*, la médecine serait la « science qui a pour objet l'étude, le traitement, la prévention des maladies »² ou l'« art de prévenir et de traiter les maladies »³. *D'autre part*, la médecine se

1. L'histoire de la médecine peut être à très grands traits brossée en trois mouvements. Le premier est celui de son détachement des arts libéraux, le second est la progressive différenciation entre médecins et chirurgiens, les premiers refusant de toucher au corps parce que tenant au caractère philosophique de leur discipline. Le troisième mouvement est un mouvement d'unification de la médecine avec la disparition des distinctions faites entre chirurgiens et médecins puis, plus tardivement, entre médecins et officiers de santé. Cette longue agrégation explique l'importance de l'unité de la profession médicale — et donc l'idée de l'« omnivalence » de la profession de médecin. Cf. sur ce néologisme *infra* n° 143, p. 80 — symbolisé dans l'existence d'un Ordre regroupant les médecins.

2. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v° Médecine.

3. *Dictionnaire de l'Académie Française*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr, 9^e édition, v° Médecine. Cette première définition est la plus proche de l'étymologie du nom médecine puisqu'il provient du latin *medicina* qui signifie « art de guérir, remède, potion ». A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Médecine.

définit comme « la science qui a pour objet la conservation et le rétablissement de la santé » ou la « science ayant pour objet la santé »¹ ou encore l'« art de mettre, de maintenir ou de rétablir un être vivant dans les meilleures conditions de santé. »²

Or, les définitions de la médecine par le biais de la santé comme par celui de la maladie sont insatisfaisantes.

85. Une définition de la médecine fondée sur la maladie : dépassée. La médecine est usuellement définie comme la science ou l'art de prévenir, diagnostiquer et traiter les maladies. Il est cependant aujourd'hui évident qu'une telle définition est dépassée à cause de la diversification des types d'actes médicaux. Les techniques médicales usuelles ont ainsi été utilisées à des fins en apparence étrangères à la prévention, au diagnostic ou au traitement de maladies. C'est le cas de la chirurgie et de la médecine esthétique dont le but poursuivi est l'amélioration esthétique de la personne.

Ces éléments montrent que la définition de la médecine comme la science qui sert à prévenir, diagnostiquer ou traiter les maladies est dépassée. C'est sûrement cette extension des rôles confiés à la médecine qui a conduit à envisager le maintien ou le rétablissement de la santé comme fondement de la médecine.

86. Une définition de la médecine fondée sur la santé : imprécise. La seconde définition consiste à lier la médecine au maintien ou au rétablissement de la santé. L'acception permet de parvenir à un résultat similaire à la définition fondée sur la maladie. En effet, la santé peut se définir comme l'« état physiologique normal de l'organisme d'un être vivant, en particulier d'un être humain qui fonctionne harmonieusement, régulièrement, dont aucune fonction vitale n'est atteinte, indépendamment d'anomalies ou d'infirmités dont le sujet peut être affecté »³. Cependant l'acception a, depuis sa définition dans la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, pris un tour holiste.

87. La définition de l'Organisation mondiale de la Santé. Selon ce texte, la santé est un « état de complet bien-être, mental et social, et [elle] ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité⁴. »

Par cette définition, assurer la santé revient à lutter non seulement contre la maladie ou l'infirmité, mais également contre l'état de mal-être social ou psychique. La langue anglaise

1. *Dictionnaire de l'Académie Française*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr, 9^e édition, v^o Médecine.

2. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Médecine. Cette seconde définition est étymologiquement plus lointaine. En effet, le terme *médecine* vient du latin *médicina* qui provient lui-même lointainement de *mederi* signifiant « soigner, donner des soins à ». A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v^o Médecine.

3. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Santé.

4. *Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé*, 22 juil. 1946, n^o n^o 2, p. 100, URL : <http://www.who.int/governance/eb/constitution/fr/> (visité le 28/05/2014), Entré en vigueur le 7 avril 1948.

connaît deux acceptions pour le terme « soins », *care* et *cure*. Une telle définition revient à rapprocher la santé du second, qui vise plus le soin dans un sens général alors que le premier vise la « cure » au sens strict, c'est-à-dire la guérison. L'acception large de cette définition a été reprise en France. Dans son *Rapport sur les actes à visée esthétique*, la direction générale de la Santé indique, après avoir cité la définition de l'Organisation mondiale de la Santé, que « le domaine de l'esthétique relève donc du domaine de la santé¹. » C'est aussi ce que considère le Collège national des gynécologues et obstétriciens français lorsqu'il écrit qu'« une thérapeutique préventive reste une thérapeutique et toute stérilisation est une thérapeutique si l'on se réfère à la définition de la santé, selon la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé signée par la France². »

88. La définition de l'Organisation mondiale de la Santé est le fondement de l'interprétation large des buts de la médecine : la thérapeutique peut ainsi relever de la santé quand bien même elle n'aurait aucun lien avec une pathologie. Cela revient à étendre les buts de l'acte médical puisque cela intègre dans la médecine des paramètres comme l'alimentation, le logement, l'insertion sociale, etc. Or, nous constatons qu'une transformation aussi radicale de la médecine n'a pas eu lieu. Certes, celle-ci prend en compte ces divers paramètres, mais cette science n'est pas structurée pour agir sur ceux-ci. La médecine n'a pas pour objectif de répondre à des questions auxquelles répondent les politiques de logement, la santé publique ou les politiques sociales en général. La médecine a certes connu une évolution, mais non une révolution l'ayant rendu hégémonique. C'est donc qu'une interprétation large de la médecine, en ce qu'elle viserait à maintenir ou rétablir la santé, la santé étant interprétée largement, est erronée. Cette erreur provient sûrement d'une décontextualisation de la définition. Celle-ci est en effet contenue dans la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé³.

89. *Le contexte de la définition de l'Organisation mondiale de la Santé : la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé.* Le contexte de la définition de l'Organisation mondiale de la Santé est particulier. En effet, cette définition s'insère dans la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé qui est son texte fondateur. L'Organisation mondiale de la Santé a en effet pour objectif la préservation de cette même « santé ». Cette définition est inscrite à la deuxième phrase de la constitution, et précise que « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ». Cela éclaire donc sur la vocation de cette définition : définir le contenu d'un droit fondamental

1. *Rapport sur les actes à visée esthétique*, sous la dir. de DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, Ministère en charge de la santé, déc. 2008, URL : <http://www.esthetic-planet.com/docutiles/rapport-dgs.pdf> (visité le 28/02/2014), p. 14.

2. *Lettre du collège national des gynécologues obstétriciens français*, mar. 1995, 9 :1, Cité par A.-M. DOURLÉN-ROLLIER, *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés* in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000, p. 151. Il est cependant nécessaire de remettre cette décision dans son contexte. Cf. *infra* n° 89, p. 53.

3. Cf. *infra* n° 89.

et non ce que peut faire la médecine pour permettre la santé¹. Si l'approche des Nations Unies lors de la constitution de cette organisation en 1947 à San Francisco a été résolument large et holiste, il ne faut pas en conclure que cela a pour objectif de donner à la médecine un but holiste puisqu'il est possible d'utiliser d'autres outils — et spécialement la santé publique — pour parvenir à ce résultat.

Ce serait donc une erreur d'utiliser cette définition hors de son contexte et spécialement dans le but d'en faire un but de la médecine².

90. Décrire la médecine par la maladie est donc insuffisant puisque qu'un tel critère est aujourd'hui dépassé et décrire la médecine par la santé est imprécis du fait d'une interprétation trop large de cette notion.

Il en va de même pour la définition de la médecine par la technique.

§ 2. L'indifférence de la technique permettant la réalisation de l'acte médical

91. La technique employée pour réaliser un acte permet-elle de définir l'acte médical ? Aller dans ce sens reviendrait à affirmer que l'acte serait médical parce qu'il serait effectué selon une technique spécifique.

Une telle manière de caractériser l'acte médical ne semble pas pouvoir être retenue puisque la notion d'acte médical est indifférente à la technique utilisée pour effectuer l'acte que cette technique fonde l'action médicale ou soit un mode de communication. Ainsi, l'acte restera médical quand bien même il serait fondé sur une théorie atypique³ (B.) ou *via* une technologie nouvelle (A.).

A. L'absence de spécificité de l'acte réalisé à distance

92. Si l'on postulait que l'acte médical est l'acte pratiqué par un praticien lors d'une rencontre, il pourrait être avancé que l'acte, lorsqu'il est réalisé à distance, aurait une spécificité telle qu'il ne pourrait être effectué que conformément à une réglementation *ad hoc* et qu'il recevrait alors une qualification différente.⁴

1. Il faut d'ailleurs noter qu'au terme de l'article 1^{er} de la constitution, l'Organisation est chargée « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible ». Il ne s'agit donc pas d'une organisation visant la santé individuelle, mais bien la santé collective, la santé *publique*. (Nous soulignons).

2. Ainsi, le sénateur R. MUSEAU suggérerait-il de l'intégrer dans la définition de l'avortement médical. Sénat, Compte rendu intégral des débats, séance du 28 mars 2001, <http://marker.to/qgemH9> (Visité le 7 avr. 2016).

3. Il faut cependant noter que la technique n'est pas indifférente à la détermination du caractère fautif de l'acte. En effet, les actes médicaux employant une technique non conforme aux données acquises de la science pourront être sanctionnés.

4. Nous remercions ici M^e Pierre DESMARAIS, avocat au barreau de Paris, pour son généreux partage de son expertise dans ce domaine.

93. Définition de la télémédecine. À première vue, l'exercice des actes médicaux à distance ne semble présenter aucune différence avec les actes médicaux réalisés normalement. L'article L. 6316-1 du code de la santé publique indique ainsi que « la télémédecine est une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. »¹ Sûrement dans un but de contrôle de ces actes et notamment dans le but de lutter contre l'« uberisation »² de la médecine³ —, les textes ont cherché à définir les actes de télémédecine en leur donnant une spécificité, c'est-à-dire en appelant à une nouvelle notion par une innovation de vocabulaire.

Soutenir une telle spécificité est cependant historiquement et juridiquement impossible.

94. Absence de spécificité, argument textuel. En écho au second alinéa de l'article L. 6316-1 du code de la santé publique, le Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 *relatif à la télémédecine* a dressé une liste des actes de télémédecine. Il distingue ainsi téléconsultation, téléexpertise, télésurveillance, téléassistance et régulation téléphonique des SMUR. Ces actes sont principalement des actes de diagnostic et leur définition est insuffisante pour régler la pratique des actes de télémédecine. En effet, le système libéral de notre droit a pour effet de conditionner l'interdiction à l'existence d'un texte : à défaut de textes comportant une interdiction, les actes seront possibles. Ainsi, l'expression « téléconseils personnalisés » a été largement utilisée pour désigner les services de télémédecine et contourner les règles instituées par le décret⁴. Mais une telle précaution de langage est inutile puisque l'exercice de la télémédecine n'est pas interdit⁵. L'exercice à distance de la médecine est libre du moment que les conditions classiques d'exercice de la médecine sont remplies. Il faut et il suffit donc que l'acte soit pratiqué par un praticien autorisé et l'exercice de la médecine sera légal.

Il a aussi été tenté de donner aux actes médicaux une spécificité en matière de financement. L'article R. 4127-53 du code de la santé publique dispose ainsi que « l'avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou par correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire. » L'interdiction est cependant aisément contournable. À partir du moment où seuls

1. La télémédecine est ensuite qualifiée par l'auteur de l'acte. L'article poursuit en effet en indiquant que la télémédecine « met en rapport, entre eux ou avec un patient, un ou plusieurs professionnels de santé, parmi lesquels figure nécessairement un professionnel médical et, le cas échéant, d'autres professionnels apportant leurs soins au patient. » C'est là l'origine de la spécificité de la télémédecine. Cela permet de la distinguer de l'« e-santé ». Cf. J. DIONIS DU SÉJOUR et J.-Cl. ETIENNE, *Rapport sur les télécommunications à haut débit au service du système de santé*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 23 juin 2004, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i1686-t1.asp> (visité le 12/06/2016), p. 11.

2. Le terme est utilisé par le Conseil de l'ordre des médecins. J. LUCAS, *Télémédecine et autres prestations médicales électroniques : Avis public du conseil national de l'ordre des médecins*, Conseil national de l'ordre des médecins, 4 fév. 2016, URL : https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/uberisation_de_la_sante.pdf (visité le 24/03/2016).

3. Cf. sur cette crainte *Ibid.*

4. Et cela a conduit le conseil national de l'Ordre des médecins à proposer son inclusion dans la liste des actes de télémédecine. *Ibid.*, p. 8, point n° 7.

5. Et cette situation n'est pas sans rappeler l'évitement de la réglementation afférente à l'usage du titre de psychologue par certains qui se dénommèrent « psychothérapeutes » avant que ce titre ne soit, lui aussi, réglementé. *infra* n° 237, p. 117.

les « honoraires » sont concernés, les entreprises vendant des conseils médicaux à distance peuvent tout à fait employer des médecins au titre d'un contrat de travail et facturer aux patients non des honoraires, mais un prix qui comprend à la fois la rémunération du médecin — sous forme de salaire et non d'honoraires — et le coût de la structure de télémedecine elle-même. L'article a ensuite été modifié¹ et dispose dorénavant que les honoraires du médecin « ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués même s'ils relèvent de la télémedecine. » Aurait ainsi été abandonnée l'interdiction de percevoir des honoraires au titre d'un acte de télémedecine. Il faudrait en fait opposer les « simples avis ou conseil » aux « actes réellement effectués ». Le diagnostic ou la thérapie par téléphone ne pourraient ainsi être payés tandis que les « vrais » actes médicaux pourraient l'être. Cela s'explique sûrement par le fait que les actes de téléradiographie² et de télésurveillance³ sont cotés à la Classification commune des actes médicaux. Il est aussi possible de demander à ce que soit financé un acte pratiqué à distance. En effet, la présence d'actes spécifiquement pratiqués à distance dans la Classification commune des actes médicaux ne permet pas de conclure à l'impossibilité de demander la prise en charge d'un acte pratiqué à distance et inclu à la Classification commune des actes médicaux sans mention de la possibilité de l'effectuer à distance. Il serait ainsi surprenant que l'assurance maladie restreigne le financement d'actes mentionnés à la Classification commune des actes médicaux lorsqu'ils sont pratiqués à distance.

Reste que la restriction ne semble pas porter ses fruits comme en témoigne la prolifération des entreprises présentes dans le champ de l'« e-santé »⁴ et les préoccupations du conseil de l'Ordre des médecins⁵. L'impuissance du Conseil de l'Ordre des médecins à restreindre les actes de télémedecine tient paradoxalement à la plasticité de la notion d'acte médical. En effet, aucun moyen technique n'est visé concernant les actes médicaux et, ainsi qu'il le note lui-même, « la présence physique, dans le même lieu, d'une personne et d'un médecin n'est pas une condition indispensable à la définition d'un acte médical »⁶.

95. Absence de spécificité, argument historique. C'est ainsi qu'en dehors de toute réglementation spécifique, il a été possible de mettre en place en 1983 un service de consultation et d'assistance télémedicales pour les navires en mer⁷. Ce service émet des conseils médicaux à destination des marins et organise par radio les secours médicaux en mer depuis Toulouse. Il en allait de même avec les services d'aide médicale urgente (SAMU) qui procèdent depuis

1. Par le *Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012* portant modification du code de déontologie médicale.

2. Code LAQK005 et suivants, chapitre 11.01.03.

3. Codes DEQP004 et DEQP007, chapitre 04.01.01.02.

4. Cf. par exemple www.epiderm.co ou deuxiemeavis.fr.

5. J. LUCAS, *Télémedecine et autres prestations médicales électroniques : Avis public du conseil national de l'ordre des médecins*, Conseil national de l'ordre des médecins, 4 fév. 2016, URL : https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/uberisation_de_la_sante.pdf (visité le 24/03/2016).

6. *Vade-mecum Télémedecine*, Conseil national de l'ordre des médecins, 11 sept. 2014, URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/node/1504> (visité le 01/04/2016), p. 7.

7. *Centre de consultation médicale maritime*, Hôpitaux de Toulouse, 21 jan. 2009, URL : <http://www.chu-toulouse.fr/-centre-de-consultation-medicale-maritime-ccmm-> (visité le 01/04/2016).

longtemps à des actes médicaux lorsqu'ils régulent téléphoniquement les appels, puisque ceux-ci s'apparentent à des diagnostics suivis de conseils¹.

96. La technique pour pratiquer l'acte médical est indifférente. L'acte aura beau être effectué à distance ou *via* des robots², le droit ne lui donnera pas une spécificité particulière. Cette indifférence se retrouve aussi concernant la théorie sous-jacente utilisée pour pratiquer l'acte médical.

B. L'indifférence de la théorie sur laquelle se fonde l'acte médical

97. Description du phénomène. Le champ de la médecine semble infini en ce qui concerne les techniques utilisées. Elle s'est par ailleurs parfois alliée à d'autres sciences pour parvenir à ses fins : biomédecine, médecine exploratoire, radiothérapie, etc. Toutes ces activités sont aujourd'hui considérées comme médicales et témoignent d'une évolution « techniciste » de la médecine. D'autres évolutions, plus contestées, ont eu lieu, spécialement dans le domaine contesté des « médecines alternatives » ou « parallèles » fondées sur des théories qui ne font pas consensus.

Les évolutions de techniques trouvent leur racine dans une évolution théorique. Une théorie va ainsi sous-tendre l'utilisation d'un nouveau moyen pour guérir l'homme. Ce fut le cas de la psychanalyse qui, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e s'opposa à une approche purement biologique et mécaniste de l'esprit humain — qui conduisit à l'actuelle neurologie — et privilégia une approche fondée sur une analyse de l'esprit par le dialogue fondée sur une théorie développée par S. FREUD³. Ce fut le cas aussi avec l'ostéopathie et la chiropraxie, techniques toutes deux dérivés de théories fondées au XIX^e siècle, ou avec l'homéopathie qui remonte à une théorie du XVIII^e siècle. Les moyens peuvent aussi provenir d'anciennes théories, importées en France. C'est le cas des médecines énergétiques dont fait partie l'acupuncture.

La trajectoire de ces techniques est sensiblement la même : des précurseurs, souvent critiqués, exclus du corps médical ou étrangers à celui-ci, les développent, et subissent ensuite une répression pour exercice illégal de la médecine avant que la pratique ne soit acceptée et incorporée dans la médecine. La médecine semble donc incorporer progressivement les techniques issues de théories originales.

1. *Vade-mecum Télé médecine*, Conseil national de l'ordre des médecins, 11 sept. 2014, URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/node/1504> (visité le 01/04/2016). Il est intéressant de noter que le vademécum insiste lourdement sur le statut de la prescription. Il note d'une part que la prescription médicale peut être faite par voie électronique (p. 7) et que l'absence de prescription ne démontre rien « puisqu'un acte médical ne se définit pas ni ne se conclut nécessairement par une prescription » (p. 18).

2. La robotisation de certains actes médicaux n'a ainsi créé aucun doute dans leur régime. Les actes de micro-chirurgie utilisant des robots spéciaux (comme le robot Da-Vinci Cf. sur celui-ci : *The da vinci surgical system*, nov. 2015, URL : http://www.intuitivesurgical.com/products/davinci_surgical_system/ (visité le 07/07/2016).) comme les actes de cœlioscopie n'ont pas fait douter de leur médicalité.

3. Sur ce point, lire l'éclairante biographie de S. ZWEIG, *Sigmund Feud*, trad. par H. DENIS-JEANROY, Le livre de poche, 1931.

98. La question est de savoir si la technique peut servir de critère pour définir la médecine. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la médecine peut se définir comme étant l'application d'une ou plusieurs techniques issues d'une ou plusieurs théories.

La réponse est clairement négative. En effet, si, concernant les médecines dites « alternatives » il y a eu de nombreux débats, ceux-ci portaient exclusivement sur la question de savoir si celles-ci pouvaient être mises en œuvre par une personne ne bénéficiant pas d'une autorisation à pratiquer la médecine. Ainsi, les personnes autorisées n'ont-elles jamais vu leur liberté restreinte pour pratiquer une technique inédite. Trois exemples peuvent éclairer notre propos.

Premièrement, la pratique des actes d'ostéopathie par des non praticiens autorisés, si elle a, avant d'être autorisée, été interdite, n'a jamais été contestée pour les médecins. Ceux-ci — et malgré la réticence de l'Académie de médecine à considérer l'ostéopathie comme de la médecine¹ — ont ainsi toujours pu pratiquer des actes d'ostéopathie et il existe même un syndicat de médecins pratiquant l'ostéopathie². L'exemple de l'ostéopathie est typique et n'est pas sans rappeler celui de l'acupuncture.

Deuxièmement, les praticiens ont pu prescrire de l'homéopathie. Cette discipline, assez nouvelle et originale, est contestée. Cependant, les médecins peuvent tout à fait la pratiquer. Il est notable qu'en ce domaine, il n'ait pas existé de contentieux concernant l'exercice de cette discipline par des non praticiens, sûrement car cette discipline suppose la délivrance de médicaments qui ne peuvent être remboursés que sur l'attestation d'un médecin.

Troisièmement, certaines techniques sont utilisées à la fois dans un cadre médical et dans un cadre non médical. Il en va ainsi des techniques psychologiques qui changeraient de qualification selon qu'elles sont ou non mises en œuvre par un psychiatre. Cela reviendrait à chercher si l'acte pratiqué uniquement par la parole changerait de qualification s'il était effectué conformément à une théorie spécifique. L'état du droit est ici incertain puisqu'il est souvent considéré que l'acte de psychothérapie ne serait plus médical lorsqu'il est effectué par un non médecin. Or, il semble que cette distinction soit plus due à une extension de l'autorisation de pratiquer des actes médicaux conférée aux psychologues et psychothérapeutes que fondée sur une différence

1. Ch.-J. MENKÈS, « L'ostéopathie n'est pas une discipline médicale », *Bulletin de l'académie nationale de médecine*, 25 nov. 2008, vol. 192, 8, p. 1675–1676. Cette position ferme de l'académie contraste avec l'assimilation qui prévaut dans certains autres pays, comme la chiropraxie en Suisse (au titre de l'article 2.1.c. de la *Loi fédérale sur les professions médicales universitaire (Suisse)*, URL : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20040265/index.html#a2> (visité le 31/03/2016). Cf. aussi les articles 8 et 66 de la même loi), en Belgique (Au titre de la *Loi relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales*, URL : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1999042968&table_name=loi (visité le 31/03/2016). Notons que le titre de cette loi est « Pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical etc. »), en Norvège (*Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)*, URL : <http://www.behandler.no/helsepersonell.php#48> (visité le 31/03/2016), §48). En général, cf sur ce point cf. N. BLANCHARD, Fr. FAGANI et S. GADENNE, *Étude documentaire sur les professions d'ostéopathe et de chiropracteur en Europe*, 20065-188, Haute autorité de Santé et Cemka Eval, 16 juin 2006, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/etude_doc_osteopathe_chiropracteur.pdf (visité le 31/03/2016).

2. *Syndicat des Médecins ostéopathes de France*, URL : <http://www.osteos.net> (visité le 31/03/2016).

de techniques, l'une étant médicale, l'autre non médicale car psychothérapeutique. En effet, la permission faite aux non médecins de pratiquer des psychothérapies provient d'une tolérance jurisprudentielle au terme de laquelle la pratique des psychothérapies par des non médecins est autorisée. Plus tard, le législateur et le pouvoir réglementaire sont venus cimenter cette tolérance en réglementant le titre de psychologue puis de psychothérapeute. Il n'en reste pas moins que l'acte de psychothérapie n'a jamais été désigné comme non médical, comme en témoigne le fait qu'il est toujours pratiqué et enseigné au sein des facultés de médecine¹.

L'acte médical peut donc parfaitement être effectué par une technique ne recourant qu'à l'oral et sans contact avec la personne.

99. La définition de la médecine et donc de l'acte médical par son but, ses moyens de réalisation et la technique mise en œuvre ne fonctionnent pas ce qui nous contraint à trouver un autre critère pouvant servir de caractéristique. Il reste donc le critère de « l'usage de connaissances biologiques² ».

Section II Le critère efficace pour caractériser la notion d'acte médical

100. Le dernier critère envisagé est celui de « l'usage de connaissances biologiques³ ». Serait ainsi médical l'acte nécessitant l'emploi de connaissances biologiques. Ces connaissances sont enseignées au cours de la formation médicale, c'est-à-dire à la faculté de médecine. L'acte médical pourrait donc être défini comme l'acte enseigné à la faculté de médecine (§ 1.). Il faudra cependant éprouver cette caractéristique (§ 2.) pour s'assurer qu'elle est efficace, ce que nous ferons *via* l'étude du diagnostic.

§ 1. Hypothèse de caractéristique : l'acte enseigné à la faculté de médecine

101. Utiliser le critère de l'enseignement à la faculté de médecine pour caractériser les actes médicaux présente trois avantages. *Premièrement*, il présente l'avantage de mettre un terme à la recherche d'une éventuelle source de la médecine, recherche qui serait inévitablement gênée par l'absence de définition théorique de celle-ci. *Deuxièmement*, il présente l'avantage d'évoluer avec la notion elle-même⁴. *Troisièmement*, ce mode de définition coïncide avec le caractère

1. Sur les techniques psychologiques, cf. *infra* n° 237 et s., p. 117 et s.

2. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 1, p. 11.

3. *Ibid.*, n° 1, p. 11.

4. Au titre des inconvénients d'un tel postulat, nous pouvons noter l'absence de critique que nous pourrions faire à l'évolution de la médecine. Une telle critique doit plutôt être formulée par un épistémologue.

professionnel de l'acte médical¹.

102. L'efficacité du postulat fondant l'acte médical sur la formation médicale présente, de plus, l'avantage d'être à la portée du juriste puisque cette formation est réglementée par des textes juridiques. Il est ainsi possible de quitter le flou d'une définition recherchant une description de l'acte lui-même pour parvenir à une définition désignant les actes médicaux en théorie.

Définir la médicalité d'un acte par la formation suppose de partir du postulat que la médecine s'enseigne à la faculté de médecine². Cela nous autorise alors à définir le champ de la médecine *via* l'étude du contenu de la formation médicale donnée à l'Université et plus spécialement au sein de la faculté de médecine. Aujourd'hui les universités sont divisées en unités de formation et de recherche³, elles-mêmes héritières des anciennes facultés⁴. Il faudrait donc rechercher le programme des UFR de médecine pour connaître le champ de la médecine — et donc la médicalité des actes pratiqués selon cet art. Le programme commun aux études de médecine en France est fixé par un arrêté relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales⁵. Ainsi, le programme des études de médecine est standardisé et commun à toutes les facultés. Le programme du second cycle sert par ailleurs de programme pour les examens classants nationaux⁶.

1. Cf. *infra* n° 146 et s., p. 80 et s. Cela permet d'expliquer pourquoi les actes de soins dans le cadre familial ne sont pas considérés comme médicaux.

2. Ce postulat est cependant en lui-même discutable. En effet, les écoles d'infirmiers, de sages-femmes seraient-elles *de facto* exclues de ce champ? Reste que ce qui est enseigné dans ces écoles l'est aussi à la faculté et que ces écoles sont souvent des émanations de l'Université. Par ailleurs, il existe des écoles intégrées dans des universités. C'est notamment le cas pour les écoles universitaires de sage-femme depuis la Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (art. L. 4151-7-1 CSP). La question pourrait resurgir pour les écoles d'ostéopathie ou de chiropraxie. Reste que la réponse sera la même : ces disciplines sont aussi enseignées au sein de la faculté, sans pour autant qu'il soit question de leur intégration au sein de la faculté. La médecine apparaît ainsi comme étant concentrée dans l'Université. Ce qui n'empêche pas que ce qu'elle enseigne le soit ailleurs pour former des auxiliaires de soins. Il faut ainsi noter que la première année de médecine est aujourd'hui commune aux formations de médecin, de chirurgien dentiste, de sage-femme et de pharmacien. Des places pour des formations d'infirmier, de kinésithérapeute et de manipulateur d'électroradiologie sont parfois ouvertes.

3. Celles-ci, créées par la *Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984* sur l'enseignement supérieur, remplacent les Unités d'enseignement et de recherches créées par la *Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968* d'orientation de l'enseignement supérieur.

4. Supprimées par la *Ibid.*, art. 3.

5. *Arrêté du 8 avril 2013* relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : ESRS1308333A, URL : http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/pid20536/bulletin_officiel.html?cid_bo=71544&cbo=1 (visité le 07/09/2015). (Cet arrêté remplace l'*Arrêté du 2 mai 2007* modifiant l'arrêté du 4 mars 1997 modifié relatif à la deuxième partie du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : MENS0753287A, URL : <http://www.education.gouv.fr/bo/2007/22/MENS0753287A.htm> (visité le 03/09/2015).) Son annexe contient le programme du deuxième cycle. Pour le premier cycle, se référer à l'*Arrêté du 28 octobre 2009* relatif à la première année commune aux études de santé, n° NOR : ESRS0925329A, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021276755> (visité le 25/03/2016).

6. Le contenu des épreuves classantes nationales est fixé par cet arrêté en vertu de l'article R. 632-4 du code de l'éducation et celles-ci sont préparées par un conseil scientifique en médecine placé auprès du ministre chargé de l'enseignement supérieur (Art. R. 632-5 code de l'éducation). L'annexe de l'*Arrêté du 20 juillet 2015* relatif à l'organisation des épreuves classantes nationales anonymes donnant accès au troisième cycle des études médicales, n° NOR : AFSH1517575A, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrête/2015/7/20/AFSH1517575A/>

103. Analyse du contenu des études médicales. La médecine peut donc être définie en décrivant le contenu des études médicales¹. Il est possible de distinguer deux types de compétences enseignées.

Premièrement, le programme vise des compétences humaines qui, en elles-mêmes, ne concernent pas la médecine proprement dite. Il s'agit ainsi de pouvoir trouver les mots pour annoncer une maladie mortelle à un patient, de connaître la législation en vigueur, d'expliquer une maladie ou un phénomène normal, etc.

Deuxièmement, le programme fait référence à des compétences techniques fondées sur des connaissances scientifiques. Il est ainsi demandé à l'étudiant d'« argumenter » ou d'« expliquer » une démarche de soin, de repérer, diagnostiquer ou dépister une pathologie. C'est au sein de ce deuxième type de contenu qu'il faut trouver le champ de la médecine puisqu'il prend racine dans une connaissance et permettrait de trouver le contenu de la science qui regroupe ces connaissances.

Il est alors nécessaire de distinguer les compétences communes des compétences spécialisées. Les compétences communes sont celles inculquées à tous les praticiens au début de leur formation. Nous nous fondons sur le programme du second cycle qui définit un très large champ à la médecine puisqu'il va de la santé mentale² à la prise en charge de la sclérose en plaques³ en passant par le traitement de la douleur⁴, de l'infertilité⁵, l'interruption volontaire de grossesse⁶, les problèmes liés aux maladies génétiques⁷, divers suivis⁸, les transplantations d'organes⁹, la gynécomastie¹⁰, la prévention par la nutrition¹¹, le prélèvement de cellules ou de tissus pour les examens d'anatomie et de cytologie pathologiques¹², la prise en charge pré-hospitalière et hospitalière chez un brûlé, un polytraumatisé¹³, etc.

Pour tenter une liste non exhaustive des compétences spécialisées, il est possible de partir des diverses spécialisations proposées dans les facultés. Celles-ci sont de deux ordres : d'une part, la

jo/texte (visité le 03/09/2015) dispose que la banque nationale de questions « comprend des dossiers cliniques progressifs, des questions isolées à choix multiple rédigées à partir des 11 unités d'enseignement transdisciplinaires et des 362 items définis au III de l'arrêté du 8 avril 2013 susvisé et des articles scientifiques. » Il fait donc directement référence à l'Arrêté du 8 avril 2013 *relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales*.

1. Il faut distinguer ici le contenu des compétences. En effet, la compétence d'un professionnel ne permet pas de décrire le contenu de la discipline qui lui est inculquée. Il faut donc chercher le contenu de la médecine dans les Unités d'enseignements.

2. Voir notamment l'item n° 57 portant sur la précarité et l'item n° 61 sur les « troubles schizophréniques de l'adolescent et de l'adulte ».

3. Item n° 102.

4. Cf. item n° 135 « douleur et santé mentale », n° 136 et suivants consacrés aux soins palliatifs.

5. Item n° 37 et 38.

6. Item n° 36.

7. Item n° 43.

8. Du nourrisson (item n° 44), de la femme enceinte (item n° 22), etc.

9. Item n° 197.

10. Item n° 244. La gynécomastie désigne le développement excessif des glandes mammaires chez l'homme.

11. Cf. l'item n° 246.

12. Item n° 290.

13. Item n° 329.

spécialisation obligatoire pour parfaire le cursus médical¹. Mis à part la mention d'une spécialité de biologie médicale, la liste des spécialités n'apporte pas d'informations spécifiques puisque le découpage des spécialités est très large. Il est cependant possible de noter que les spécialités médicales recouvrent notamment les actes pouvant être pratiqués par un kinésithérapeute².

D'autre part, il existe d'éclairantes — puisqu'elles témoignent des évolutions de la médecine — spécialisations facultatives. On connaît ainsi des diplômes d'études spécialisés complémentaires en addictologie, fœtopathologie, psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, et des capacités en acupuncture³. La diversification de la médecine est encore plus flagrante lorsque l'on étudie les diplômes d'université. Ceux-ci, propres à une université⁴ ou communs à plusieurs⁵, sont d'une grande variété. À titre d'illustration, les universités proposent des formations d'éducation thérapeutique du patient⁶, de musicothérapie⁷, d'investigateurs aux essais cliniques⁸, de sexologie⁹, etc.

Ces listes à la Prévert permettent de trouver dans ces éléments une constante : la médecine intervient dans un contexte de pathologie. Il ne s'agit cependant que d'un contexte. En effet, la médecine est aussi concernée par les hypothèses de possibilité de maladie, c'est-à-dire de prévention ou de « suivi ». Néanmoins, la médecine a investi nombre de domaines non liés à une maladie à proprement parler, mais en lien avec un événement important touchant le corps de la personne. C'est le cas de l'accouchement, de l'avortement, ou de la contraception. La médecine est ici convoquée pour sa connaissance du corps humain. Il ne faut cependant pas limiter la médecine à la connaissance du corps humain puisqu'elle connaît aussi des problèmes psychiatriques.

104. Serait donc médical l'acte qui suppose l'utilisation de connaissances biologiques. Cela revient à utiliser le critère de l'enseignement à la faculté de médecine comme caractéristique des actes médicaux et donc à définir la médicalité d'un acte par son enseignement à la faculté de

1. *Arrêté du 22 septembre 2004* fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées de médecine, n° NOR : MENS0402086A. Les médecins généralistes sont considérés comme des spécialistes comme en témoigne la présence de la spécialité de médecine générale au sein de cette liste.

2. La kinésithérapie est une des techniques mises en œuvre lors du Diplôme d'études spécialisées de médecine en médecine physique et de réadaptation.

3. Pour une liste de ces diplômes, cf. *Les diplômes délivrés*, Conseil national de l'Ordre des médecins, 10 fév. 2010, URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/les-diplomes-delivres-949> (visité le 29/03/2016).

4. Art. L. 613-2 code de l'éducation.

5. Ce sont alors des diplômes inter-universitaires (DIU).

6. *D.U. Education thérapeutique du patient, éducation pour la santé*, Université de Nantes, 26 jan. 2016, URL : http://www.medecine.univ-nantes.fr/1185438900164/0/fiche__formation/&RH=1182868390315 (visité le 29/03/2016).

7. *D.U. Musicothérapie*, Université de Nantes, 25 mar. 2016, URL : http://www.medecine.univ-nantes.fr/1189500729681/0/fiche__formation/&RH=1182868390315 (visité le 29/03/2016).

8. *D.I.U. Formation des investigateurs aux essais cliniques*, Université de Nantes, 2 mar. 2016, URL : http://www.medecine.univ-nantes.fr/26034987/0/fiche__formation/&RH=1182868390315 (visité le 29/03/2016).

9. *D.I.U. Sexologie*, Université de Nantes, 25 mar. 2016, URL : http://www.medecine.univ-nantes.fr/1200917744639/0/fiche__formation/&RH=1182868390315 (visité le 29/03/2016).

médecine. En conclusion, est médical l'acte enseigné à la faculté de médecine, peu important que la personne l'ait appris au sein de cette même faculté¹. Il est nécessaire d'éprouver ce critère pour en confirmer la nature de caractéristique.

§ 2. Vérification de l'hypothèse *via* le diagnostic

105. Pourquoi le diagnostic comme objet de la vérification ? Pour éprouver le critère de la formation médicale, nous proposons d'étudier le diagnostic. Le diagnostic est un acte aux multiples facettes puisque cette notion regroupe l'ensemble des actes visant à diagnostiquer. Cela permet donc d'embrasser des actes très divers, de la discussion visant à diagnostiquer une maladie mentale à l'intervention exploratoire visant à diagnostiquer une pathologie organique. De plus, le diagnostic fait appel à des compétences spécifiques enseignées à la faculté. Cela devrait permettre de distinguer ces actes des diagnostics non médicaux, courants en matière non médicale.

106. Définition courante du diagnostic. Le nom *diagnostic* provient de l'adjectif *diagnostique* emprunté au grec *diagnôstikôs* signifiant « capable de discerner ». Cet adjectif est dérivé du verbe *diagignôskein* signifiant « discerner, reconnaître ». Ce n'est qu'au XVII^e siècle que l'adjectif est spécialisé en médecine. Depuis, il a été supplanté par son dérivé *diagnostic*².

Dans la langue courante, le diagnostic est avant tout l'« art d'identifier une maladie d'après ses signes, ses symptômes³ ». Mais, par analogie, le diagnostic désigne aussi la « conclusion, généralement prospective, faisant suite à l'examen analytique d'une situation jugée critique ou complexe⁴ » ou une « conclusion prospective résultant de l'examen approfondi d'une situation critique⁵. »

107. Le diagnostic : une notion connue du droit. Le diagnostic est une notion répandue en droit et est souvent associé à un qualificatif. Le plus connu est le « diagnostic immobilier ». Il consiste en la recherche de divers polluants, parasites, et en l'évaluation de la « performance énergétique⁶ », de l'installation électrique ou de gaz, des risques naturels et technologiques, etc⁷. Est aussi apparu le diagnostic d'entreprise avec la Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires, à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*. Celui-ci permet de produire un « rapport sur la situation

1. Cette indifférence est importante. En effet, si l'on postule qu'est médical l'acte d'une personne qui l'a appris au sein d'une faculté de médecine, cela revient à empêcher de prendre en compte les actes des auxiliaires de soins, mais aussi des charlatans et rebouteux.

2. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, *v*^o Diagnostique.

3. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, *v*^o Diagnostic.

4. *Ibid.*, *v*^o Diagnostique.

5. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, *v*^o Diagnostique.

6. Cf. Art. L. 134-1 code de la construction et de l'habitation.

7. Cf. art. L. 271-4 code de la construction et de l'habitation.

économique et financière d'une entreprise en cas de règlement amiable¹ ». Ce rapport vise à « constater l'état de cessation des paiements ou bien à concourir à l'élaboration du plan de redressement judiciaire² ». Ces deux types de diagnostics sont effectués par des professionnels *ad hoc* : les diagnostics d'entreprises sont effectués par les experts en diagnostic d'entreprise³ tandis que les diagnostics immobiliers sont confiés à des personnes « présentant des garanties de compétence et disposant d'une organisation et de moyens appropriés⁴. » Cette réglementation vise avant tout à assurer l'indépendance professionnelle de ces personnes⁵ afin de ne pas altérer la fidélité et la réalité du diagnostic entrepris.

La notion de diagnostic est aussi utilisée dans divers contextes comme un synonyme d'expertise, sans pour autant qu'une profession *ad hoc* ne soit créée. Ainsi existe-t-il un diagnostic du territoire⁶, un diagnostic portant sur la faisabilité du transfert de propriété du domaine public fluvial⁷, un « diagnostic général, social, économique et environnemental du territoire métropolitain, des orientations stratégiques pour le développement de la métropole ainsi que des domaines d'intervention prioritaires » inclus dans le projet métropolitain du « Grand-Paris »⁸. Des diagnostics⁹ établis par un expert peuvent par ailleurs être prescrits pour des ouvrages routiers lorsque ceux-ci présentent des risques¹⁰.

108. Le terme est donc courant en droit français et ne semble plus être spécifique à la médecine. Nous pouvons affirmer que le terme est synonyme d'« expertise » car il est nécessaire que cette démarche soit le fait d'une personne compétente puisqu'elle vise à produire une information complexe. En effet, pour les cas où il n'est pas prévu de profession *ad hoc*, les diagnostics portent sur des sujets nécessitant une certaine connaissance pour être correctement menés.

Nous pouvons donc conclure que le diagnostic est toujours le fait d'une personne compétente. Ainsi, même si l'activité intellectuelle de diagnostic peut toujours être effectuée par tout *quidam*

1. Art. L. 813-1 code de commerce.

2. Art. L.813-1 code de commerce.

3. Visés à l'article L. 813-1 code de commerce.

4. Art. L. 271-6 code de la construction et de l'habitation.

5. Pour les diagnostics immobiliers, *cf.* l'article L. 276 du code de la construction et de l'habitation qui dispose que cette personne « ne doit avoir aucun lien de nature à porter atteinte à son impartialité et à son indépendance ni avec le propriétaire ou son mandataire qui fait appel à elle, ni avec une entreprise pouvant réaliser des travaux sur les ouvrages, installations ou équipements pour lesquels il lui est demandé d'établir l'un des documents mentionnés au premier alinéa. » Pour les experts en diagnostic d'entreprise il est demandé à l'article L. 813-1 du code de commerce qu'ils « ne doivent pas, au cours des cinq années précédentes, avoir perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rétribution ou un paiement de la part de la personne physique ou morale faisant l'objet d'une mesure d'administration, d'assistance ou de surveillance ou de la part d'une personne qui détient le contrôle de cette personne morale, ni s'être trouvés en situation de subordination par rapport à la personne physique ou morale concernée. Ils doivent, en outre, n'avoir aucun intérêt dans le mandat qui leur est donné. »

6. Art. L. 5217-2 CGCT.

7. Art. L. 3113-1 CGPPP.

8. Art. L 5219-1 CGCT.

9. *Cf.* art. L. 118-3-5 code de la voirie routière.

10. Art. L. 118-2 code de la voirie routière.

puisqu'il ne s'agit que de l'évaluation d'une situation, les diagnostics visés ici sont des actes qui servent à la prise de décisions graves — l'achat d'une maison, la sécurité d'un pont, la pérennité d'une entreprise — et mettent en jeu des éléments complexes. C'est pourquoi ces actes ne sont confiés qu'à des personnes compétentes et cela suppose d'exclure qu'un *quidam* puisse les effectuer.

109. Le diagnostic : un acte médical ? C'est aussi ce qui prévaut en matière d'actes médicaux. Aussi cet acte est-il confié aux professions médicales¹ notamment à cause de sa potentielle complexité et de son effet majeur qui est de constituer une raison thérapeutique et donc d'autoriser l'atteinte sur le corps qu'est l'acte médical².

110. Le diagnostic est considéré comme un acte médical puisqu'il est enseigné à la faculté de médecine. La doctrine le reconnaît. Ainsi, D. DIBIE-KRAJCMAN indique-t-elle dans sa thèse que « Le diagnostic apparaît [...] comme un acte médical préalable à l'acte de soin proprement dit³. » Par ailleurs, lorsque le terme « acte médical » est entendu comme synonyme d'« acte du médecin », le diagnostic apparaît évidemment comme un acte médical puisqu'il est réservé aux professions médicales, ce qui fait que cet acte bénéficie du régime des actes médicaux. Enfin, il est soumis aux dispositions de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique⁴ qui vise la découverte d'une maladie supposée⁵.

La compétence est au centre du diagnostic puisque la réalisation du diagnostic suppose un auteur compétent. Le lien avec l'enseignement des facultés de médecine est donc assez aisé : le diagnostic médical est une compétence enseignée, il sera donc médical dès lors qu'il est enseigné à la faculté de médecine.

111. Le diagnostic : à distinguer du soin. Le diagnostic semble cependant se distinguer du soin. Ainsi, l'article L. 1142-1 du code de la santé publique relatif à la responsabilité médicale et les articles L. 1111-3 et L. 1111-8 du même code relatifs à l'information médicale distinguent

1. Cette expression désigne dans le code de la santé publique les professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme. Cf. Livre I^{er} de la quatrième partie des parties législatives et réglementaires. Ces professions ont en commun la liberté thérapeutique dans leur domaine, les médecins ayant une liberté plus étendue puisque celle-ci n'est pas limitée. Cependant, nous avons constaté que certaines professions non « médicales » peuvent les effectuer comme les professions d'ostéopathe et de chiropracteur. Cf. *infra* n° 219 et s., p. 109 et s.

2. Sur le lien entre pathologie, diagnostic et thérapeutique, cf. *infra* n° 572 et s., p. 283 et s.

3. D. DIBIE-KRAJCMAN, *Informations génétiques et fonctions médicales : Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, avec une préf. de C. LABRUSSE-RIOU, Thèses, n° 16, Les Études Hospitalières, 2002, Thèse de droit soutenue à l'université de Paris I le 10 avril 2002, p. 135-136.

4. Il est en effet clair que la responsabilité médicale est celle qui découle des actes médicaux. Nous suivons en cela L. DEGOY qui a indiqué que « le parallèle est parfaitement établi entre l'acte de diagnostic, de prévention ou de soins et l'acte médical. Il semble que pour les juridictions, il s'agisse de la même chose. » L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 152, p. 114.

5. Art. L. 4161-1 CSP. Cf. à l'appui de cet argument G. REBECQ, *La prescription médicale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, n° 35, p. 35. On retrouve ici la technique de la définition par le régime. Les actes médicaux étant supposés être soumis aux dispositions des articles L. 1142-1 et suivants du code de la santé publique, cela sert alors de critère de définition.

dans une formule devenue classique les actes¹ ou activités² « de prévention, de diagnostic et de soin ». De même, l'article L. 1411-1 du code de la santé publique définissant les politiques de santé publique, l'article L. 6312-1 du code de la santé publique définissant les transports sanitaires et l'article D. 326 du code de procédure pénale distinguent « acte de diagnostic [et] de soins ». Dans ces cas, le terme « soin » est entendu au sens de « traitement » ou de « thérapeutique³ ». L'opposition rejoint celle de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique définissant l'infraction d'exercice illégal de la médecine en réprimant la participation à « l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées⁴ ». Il y a donc une opposition entre diagnostic et traitement.

Cependant, le diagnostic semble contribuer au soin. C'est ainsi que l'« offre de soin » ambulatoire comprend « la prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement et le suivi des maladies⁵. » Aussi l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, après avoir précisé que « toute personne a [...] le droit de recevoir les soins les plus appropriés et enfin de bénéficier des thérapeutiques » les plus efficaces, va distinguer « les actes de prévention, d'investigation⁶ et de soins ». Il faut donc comprendre ici que le terme « soin » peut aussi être entendu largement et non plus comme un strict synonyme de « traitement ». Le « soin » devient alors un synonyme d'acte médical, c'est-à-dire d'action orientée dans le but de soigner.

112. Le diagnostic à distinguer du pronostic. Le diagnostic se distingue par ailleurs du pronostic⁷. Le pronostic peut être « vital » ou « grave » et se distingue du diagnostic dont il est la partie prospective. Le diagnostic contient la mention de la maladie dont est atteinte la personne tandis que le pronostic correspond à l'évolution probable de la maladie. Il s'agit donc d'un exercice de fiction puisque l'évolution probable de l'état de santé du patient sera fondée sur le diagnostic, le traitement envisagé et l'évolution probable de la maladie. Le traitement pouvant être refusé ou être inexistant, le pronostic contient aussi l'évolution de la situation du patient sans traitement. C'est cette différence de situations prévisibles qui sert de fondement à la décision du patient de consentir ou non aux traitements.

113. L'existence d'actes de diagnostic spécialisés. Il faudrait, en matière médicale, distinguer plusieurs types de diagnostics. Ainsi existent le diagnostic préimplantatoire⁸, le

1. Art. L. 1142-1 CSP.

2. Art. L. 1111-3 et L. 1111-8 CSP.

3. Comme à l'article L. 1110-5 CSP.

4. Art. L. 4161-1 1° CSP.

5. Art. L. 4130-1 CSP.

6. La présence d'un synonyme au diagnostic surprend ici. Nous devons assurément y voir un parfait synonyme.

7. Cf. Arts. L. 1110-4 al. 10, L. 1111-2 al. 4, L. 2131-4 al. 4, L. 6141-4 al. 1^{er}, L. 6431-3 CSP.

8. Organisé par le chapitre 1^{er} du titre III du livre 1^{er} de la deuxième partie du code de la santé publique. Cf. Arts. L. 2131-1 et s. CSP.

diagnostic prénatal¹, le diagnostic génétique².

La présence d'un qualificatif au substantif « diagnostic » signale un régime spécial au diagnostic. Ainsi, l'examen des caractéristiques génétiques, le diagnostic préimplantatoire et le diagnostic prénatal sont-ils soumis à un ensemble de conditions draconiennes visant à éviter que ces pratiques deviennent courantes et qu'elles ne soient utilisées qu'à des fins déterminées par les personnes elles-mêmes. Il s'agit de ne pas permettre de pouvoir décoder tout l'humain, même en devenir. Mais ceux-ci resteraient toujours des actes médicaux.

114. Le diagnostic : une notion polysémique. Le but du diagnostic est de déceler les maladies³. Cependant le code de la santé publique reconnaît des « actes de diagnostic⁴ », des « diagnostics⁵ » et vise « l'établissement d'un diagnostic »⁶. Ces formulations ne sont identiques qu'en apparence puisqu'elles désignent respectivement l'acte de recueil des informations servant au diagnostic (« l'acte diagnostic »), la réflexion diagnostique (« l'établissement d'un diagnostic ») et le résultat de cette réflexion (« le diagnostic »).

115. Le diagnostic prend donc trois formes : un acte qui contribue à la réalisation d'un raisonnement, un acte de raisonnement et il est aussi le produit de ce raisonnement. Ce que l'on appelle « acte de diagnostic » fait alors référence à la fois au recueil d'informations et au raisonnement intellectuel produisant la donnée qu'est le diagnostic. Cette segmentation correspond aux différentes phases menant au diagnostic. En effet, pour déterminer l'affection en question, il faut procéder au recueil des données à comparer, ce qui suppose une réflexion pour obtenir de bonnes informations. Ces informations permettront ensuite des conclusions diagnostiques qui déboucheront sur un produit : le diagnostic. Cette polysémie doit être explicitée pour s'assurer que dans tous ses sens, le diagnostic est un acte médical.

116. Nous distinguerons deux types de comportement identifié comme « diagnostique » : d'une part les actes de recueil des informations nécessaires au diagnostic (A.), d'autre part, la réflexion nécessaire au diagnostic (B.).

A. Le recueil des informations nécessaires au diagnostic

117. La première partie du chemin menant au diagnostic consiste dans le recueil des données à comparer. Le diagnostic est la comparaison de données sémiologiques (2.) avec des données nosologiques (1.).

1. Défini à l'article L. 2131-1 I. comme s'entendant « des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. »

2. L'expression n'est présente qu'à l'article R. 2131-24, mais est synonyme de l'examen des caractéristiques génétiques prévu aux articles L. 1131-1 et s. du code de la santé publique.

3. Cf. Arts. L. 2131-1, L. 6312-1, L. 4161-1, L. 4151-1 et L. 1211-2 CSP.

4. Cf. par ex. Art. L. 1142-1 CSP.

5. Cf. art. L. 1110-4 CSP.

6. Cf. Art. L. 4161-1 CSP.

1. La mobilisation de la donnée nosologique

118. Définition de la nosologie. La nosologie est « le résultat de l'application des lois de la taxonomie¹ à la science médicale. Ce processus aboutit à la description des maladies par la mise en évidence de leurs caractères distinctifs et à la désignation de leur place dans une classification systématique². » La nosologie entendue comme résultat est donc la classification systématique des maladies. La connaissance de la nosologie est un préalable nécessaire aux traitements puisque ceux-ci sont organisés comme des réponses aux maladies³.

119. Présomption de connaissance de la nosologie par la formation médicale. Le praticien de la médecine est réputé maîtriser la nosologie. Ces données font en effet partie de la science médicale. Elles sont même au cœur de celle-ci. Celle-ci est acquise pendant la formation du médecin et formalisée dans divers documents, notamment dans la Classification internationale des Maladies⁴. Par ailleurs, l'évolution de la nosologie doit être connue du praticien. Cela rejoint l'impératif de formation continue qui pèse sur ces professionnels⁵ et l'exigence d'une conformité aux données acquises de la science.

Dans tous les cas, bien que le praticien soit « en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic⁶ », il a l'obligation de refuser le soin qu'est le diagnostic lorsqu'il intervient « dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose⁷. » C'est l'aveu du caractère théorique de l'idée selon laquelle les médecins maîtrisent par principe la nosologie.

120. La sanction de l'ignorance de la nosologie. La compétence du professionnel est donc présumée. Il se peut cependant que sa compétence soit questionnée par l'engagement de sa responsabilité. Il est ainsi certain que l'ignorance de la nosologie, cœur de la médecine, est sanctionnée. Mais il est difficile de distinguer la sanction de l'ignorance de la nosologie de la sanction de l'erreur de diagnostic. La méconnaissance de la nosologie peut en effet être à l'origine du mauvais diagnostic parce que le praticien n'aura pas su reconnaître un signe qui lui aurait fait penser à une maladie particulière. Méconnaissance de la nosologie et mauvaise pratique sémiologique sont ainsi imbriquées et il est difficile de distinguer ces deux manquements. Nous

1. La taxonomie ou taxinomie est la science de la classification systématique des maladies et a pour objet « la dénomination [qui] est la fonction qui assigne à un nom commun, à une entité ou à groupe d'entités. » J.-B. PAOLAGGI et J. COSTE, *Le raisonnement médical de la science à la pratique clinique*, avec une préf. de L. AUQUIER, Editions Estem, 2001, p. 61.

2. *Ibid.*, p. 72.

3. Cf. sur ce point R. SAVATIER et al. qui dans une section intitulée « indivisibilité du diagnostic et du traitement » indiquent que « le traitement médical, c'est l'ensemble des actes destinés à protéger, contre la maladie, la santé du patient et à soulager celui-ci. » R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 272, p. 246.

4. Dont la dixième et dernière version est en vigueur depuis 1994. Cf. <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en>. La onzième version sera soumise en 2017 à l'Assemblée de l'Organisation mondiale de la Santé.

5. Cf. *infra* n° 168, p. 91.

6. Art. R. 4127-70 CSP.

7. Art. R. 4127-70 CSP.

pouvons cependant constater qu'il n'existe pas de décision reprochant explicitement au praticien de ne pas avoir connu un élément de la nosologie. Les juges peuvent cependant sanctionner le praticien pour n'avoir pas distingué des signes qui lui auraient fait penser à telle ou telle maladie, ce qui revient à sanctionner une incompétence¹. Cela démontre la difficulté de prouver la méconnaissance de la nosologie par le praticien puisque celui-ci est réputé, du fait de sa formation, la maîtriser.

L'incompétence est cependant plus manifeste en cas de méconnaissance des données acquises de la science. Un arrêt a ainsi indiqué que les données acquises de la science *imposaient* alors d'envisager un tel diagnostic². La faute est aussi caractérisée pour les confusions grossières dans le diagnostic. Dans un arrêt, la cour administrative d'appel de Lyon retient la responsabilité d'un hôpital au motif que le diagnostic de maltraitance infantile établi en l'absence des « symptômes des lésions propres à la maltraitance, tels des ecchymoses, hématomes, plaies ou alopecies » alors que postérieurement « le diagnostic de la maladie dont est atteint l'enfant a été porté, sans difficulté particulière » par d'autres praticiens³. La faute correspond alors à l'incompétence du praticien en matière de connaissance de la nosologie.

La connaissance de la nosologie est inculquée à la faculté de médecine et cette connaissance semble être médicale.

121. La seconde étape est celle du recueil de la donnée sémiologique.

2. Le recueil de la donnée sémiologique

122. Une fois la maîtrise des données théoriques de la nosologie assurée, c'est au recueil des données concrètes que le praticien doit procéder.

123. Définition de la sémiologie. La sémiologie est « l'étude des signes (cliniques et paracliniques)⁴ ». Elle s'acquiert par l'étude théorique, mais surtout par « le compagnonnage auprès d'ainés⁵. » La sémiologie, originellement pratiquée grâce à l'interrogatoire et les sens du médecin tels que la vue, le toucher ou l'ouïe, a été complétée par les résultats des explorations complémentaires.

Ainsi, dans certains cas, le recueil sémiologique ne nécessite pas d'atteinte au corps tandis que dans d'autres, la mise en œuvre d'actes diagnostics est nécessaire.

124. Le recueil de la donnée sémiologique sans atteinte au corps. L'acte diagnostique prend en général place au sein d'une consultation. La première partie de la consultation est

1. Pour une illustration, cf. Cass. crim., 28 oct. 1971, *Bull. crim.*, n° 287, p. 712, n° 70-90750.

2. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-17459.

3. CAA Lyon, 18 janv. 2005, *Revue générale de droit médical*, 2005, n° 16, p. 191. Cité aussi par Cl. NEIRINCK, « Signalement : maltraitance ? », *Empan*, 2006, vol. 2, n° 62, p. 28-33, DOI : 10.3917/empa.062.0028., URL : www.cairn.info/revue-empan-2006-2-page-28.htm. (visité le 15/08/2015).

4. J.-B. PAOLAGGI et J. COSTE, *Le raisonnement médical de la science à la pratique clinique*, avec une préf. de L. AUQUIER, Editions Estem, 2001, p. 75.

5. *Ibid.*, p. 75.

consacrée à « la collecte des symptômes et des signes cliniques par l'interrogatoire et par l'examen physique, c'est-à-dire par l'examen clinique qui est l'étape initiale et primordiale dans la progression vers le diagnostic¹. » Un « examen complémentaire » peut être réalisé afin d'affiner ou de rechercher un indice inatteignable par les seuls moyens de l'interrogatoire et de l'examen physique.

L'examen physique signifie l'examen du corps. Cet examen peut être à la fois une atteinte à l'intimité² et à l'intégrité : c'est par exemple le cas de l'examen gynécologique qui consiste parfois en un toucher vaginal. L'examen peut également n'être qu'une atteinte à l'intimité sans atteinte à l'intégrité. Il en va aussi de la plupart des examens dermatologiques. Ceux-ci supposent de voir la peau, y compris celle des zones « intimes ». L'examen peut parfois consister en une atteinte à l'intégrité. Il en va ainsi de l'électroencéphalogramme qui ne suppose pas autre chose que de placer sur le crâne des électrodes — c'est donc une atteinte à l'intégrité extrêmement minimale — en n'atteignant pas l'intimité³.

125. La possibilité d'un recueil d'informations concrètes sans atteinte au corps. S'il est parfois recommandé pour infirmer des diagnostics proches⁴ ou pour confirmer le diagnostic préalablement établi sans intervention sur le corps⁵, l'examen physique n'est pas toujours nécessaire. Dans certaines disciplines, il est possible de dresser un diagnostic sans aucune interaction avec le corps. Une observation ou un dialogue suffisent. C'est le cas de la psychiatrie pour laquelle l'anamnèse et l'interrogatoire suffisent dans beaucoup de cas. C'est aussi le cas de la dermatologie pour laquelle une étude visuelle attentive suffit pour certaines pathologies⁶.

La télémédecine permet par ailleurs le télédiagnostic⁷, qualifié d'acte médical⁸. Par exemple, un dermatologue pourra diagnostiquer à distance en visionnant des photos de bonne qualité,

1. J.-B. PAOLAGGI et J. COSTE, *Le raisonnement médical de la science à la pratique clinique*, avec une préf. de L. AUQUIER, Editions Estem, 2001, p. 156.

2. Entendu au sens de « partie généralement cachée de l'anatomie d'un individu, notamment les parties génitales. » *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Intimité.

3. Sur ces questions, cf. *infra* n^o 339, p. 176.

4. Cf. par ex. en matière de maladie d'Alzheimer : *Maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : diagnostic et prise en charge de l'apathie*, Recommandation de bonne pratique, Haute autorité de santé, juil. 2014, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2014-10/bat-3v_reco2clicsapathie-alzheimer-071014.pdf (visité le 18/11/2015), p. 8.

5. Cf. en matière de dépression où cet examen corporel « est conseillé » : *Manifestations dépressives à l'adolescence : 1. Repérage, diagnostic et stratégie en soins de premier secours*, Synthèse de la recommandation de bonne pratique, Haute autorité de santé, nov. 2014, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2014-12/manifestations_depressives_fiche_de_synthese_reperage-diagnostic_et_strategie.pdf (visité le 19/11/2015), p. 1.

6. Par exemple le diagnostic de la brûlure superficielle peut se faire par simple observation. Voir aussi le projet « epiderm » qui propose un « avis médical détaillé d'un dermatologue » pour un prix modique (non remboursé par la sécurité sociale pour l'instant) sur simple communication de photos et d'une description des symptômes. www.epiderm.co.

7. Cf. l'article L. 6316-1 qui dispose que la télémédecine « permet d'établir un diagnostic ».

8. Cf. ainsi la caractérisation de la téléradiologie comme acte médical par un conseil professionnel de radiologues : <http://www.sfrnet.org/Data/upload/documents/Pdf/CDC%20convention%20médicale.pdf> (visité le 10/07/2015).

une anomalie de la peau. Il s'agit là encore d'un acte qui ne nécessite pas d'atteinte au corps, quelle qu'elle soit. Le critère de l'interaction avec le corps n'est donc pas un critère distinctif de l'acte médical tandis que le critère de la connaissance de la médecine fonctionne. En effet, cette connaissance permet de pratiquer l'examen qui vise à découvrir une situation pathologique.

126. L'acte technique médical. Il existe cependant des actes diagnostics sur le corps qui sont assurément médicaux.

Lorsque l'interrogatoire et la simple observation ne suffisent pas, les praticiens peuvent recourir à des actes plus invasifs. Ces « actes techniques diagnostics » ou « examens complémentaires » sont considérés comme médicaux. Ceux-ci sont des « actes nécessaires au diagnostic ¹ », mais ils sont souvent qualifiés d'« actes médicaux diagnostics » ou d'« actes de diagnostic ». C'est le cas de l'article L. 1142-1 qui vise les « actes individuels [...] de diagnostic ». Il faut cependant noter que cette dénomination est trompeuse. Ce ne sont pas ces actes qui permettront le diagnostic. Ils ne permettront que la production d'informations qui, comparées avec la nosologie, permettront de former le diagnostic ². Ainsi, ces actes correspondent au « processus technique complexe et parfois agressif et dangereux qui sous-tend ³ » la démarche diagnostique. Ces actes, pratiqués sur le corps, peuvent faire appel à des techniques invasives. Dans ce cas, le but de ces actes est la production d'une information pouvant contribuer au diagnostic. Ils poursuivent donc un but thérapeutique ⁴ puisque la recherche de l'affection est la première étape vers un traitement efficace.

Mais il ne faudrait pas parler d'« actes de diagnostic ». Ce sont certes des actes qui permettent la production d'une information sémiologique qui servira à l'acte diagnostic, mais pas des actes diagnostics. Sous cet angle, ils sont très proches des actes d'expertise ⁵.

La pratique de ces actes est intimement liée à la connaissance de la médecine, ce qui suppose une formation à la faculté de médecine.

127. La démarche diagnostique suppose, une fois les informations préalables recueillies, de mener la réflexion diagnostique proprement dite.

B. La réflexion diagnostique

128. La « démarche diagnostique intellectuelle ⁶ » part ainsi de l'interrogatoire et suppose un ensemble de décisions pour parvenir à la conclusion qu'est le diagnostic. Ces décisions

1. Art. L. 4151-1 CSP.

2. Et la conclusion peut être instantanée. Il en va ainsi de la découverte d'une anomalie lors d'une échographie. Dans l'esprit du praticien, la conclusion sera instantanée puisqu'il comparera *en direct* ce qu'il voit avec la nosologie qu'il connaît, formant ainsi le diagnostic.

3. J. PENNEAU, *Médecine (Réparation des conséquences des risques sanitaires) in Répertoire de droit civil*, Dalloz, déc. 2013, n° 349, p.41.

4. Cf. *infra* n° 572 et s., p. 283 et s.

5. Cf. sur ce point *infra* n° 675 et s., p. 322 et s.

6. L'expression est de J. PENNEAU, Cf. J. PENNEAU, « Droit médical : décembre 2007 - novembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1302.

intellectuelles peuvent ne pas exister : le diagnostic s'impose dès l'interrogatoire. Mais si l'interrogatoire ne suffit pas, un ensemble d'actes doit être réalisé, allant de la palpation à l'acte technique invasif complexe.

129. Dès lors, deux types de réflexions s'imposent : d'une part, une réflexion permettant de choisir les actes permettant d'alimenter le raisonnement diagnostique (1.) et d'autre part, une réflexion conduisant à l'établissement du diagnostic proprement dit (2.).

1. Les décisions diagnostiques

130. L'activité intellectuelle est nécessaire pour décider du type d'acte nécessaire pour obtenir un bon diagnostic. Il est nécessaire de décider au bon moment des actes à mener pour que la recherche de la maladie soit la plus efficace possible.

131. La responsabilité dans la décision des actes nécessaire au diagnostic. En cette matière, les mauvaises conduites de diagnostic sont parfois reprochées aux médecins. Conformément à l'article L. 1142-1 I.- du code de la santé publique, la simple erreur de décision n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du praticien. Il faut que soit démontrée une faute de ce dernier. La faute est retenue lorsque le praticien n'a pas ordonné les bons examens après l'interrogatoire et l'examen physique éventuel. Ainsi, le médecin s'abstenant d'examens pourtant nécessaires et se fondant uniquement sur les constatations d'un collègue inexpérimenté sera condamné pour avoir commis une faute caractérisée sanctionnée pénalement¹. Est aussi reconnu fautif le médecin qui s'abstient d'ordonner une cystoscopie ayant permis de diagnostiquer un cancer de la vessie² ou celui qui s'abstient de pratiquer les examens nécessaires au diagnostic d'une luxation des vertèbres cervicales³. C'est le contexte qui permet de distinguer la faute de l'erreur. Si l'erreur repose sur une confusion possible, une incertitude liée aux symptômes ou à la rareté de la pathologie, la faute se déduit d'un manquement, d'un élément que le praticien n'aurait pas dû écarter conformément aux données acquises de la science et au standard du praticien normalement diligent⁴. À par exemple été reconnu fautif le médecin n'ayant pas procédé à des investigations supplémentaires alors que le patient était hospitalisé pour la troisième fois pour les mêmes symptômes⁵. Cela se fonde donc sur l'art médical, qui doit être connu par le praticien.

132. Nécessité d'une proaction dans la recherche. L'activité intellectuelle nécessaire à la démarche diagnostique suppose donc que le praticien soit actif dans la recherche des maux, ce qui éloigne les décisions diagnostiques du concept de décision médicale. Si le médecin effectue un diagnostic, il doit, lorsqu'il a une démarche diagnostique, mettre tout en œuvre pour la

1. Cass. crim., 8 fév. 2011, n° 10-84161.

2. Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, n° 09-68372.

3. CAA Lyon, 13 mai 1998, n° 95LY21243.

4. Cf. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-17459 cité *supra* n° 120, p. 68.

5. CAA Nantes, 29 mai 1996, n° 93NT00411.

mener à bien. Cela suppose une recherche des symptômes et donc, si besoin est, la prescription d'examens complémentaires.

133. Cette activité intellectuelle doit être mise en regard avec l'autre activité intellectuelle qui consiste à comparer les informations obtenues pour dresser le diagnostic.

2. La comparaison des informations permettant la production de la conclusion : le diagnostic

134. La « démarche diagnostique intellectuelle¹ » peut être définie comme « l'acte par lequel le médecin, groupant les symptômes morbides qu'offre le malade, les rattache à une maladie ayant sa place dans le cadre nosologique². »

135. La réflexion diagnostique : une activité réglementée. La réflexion diagnostique, — c'est-à-dire la comparaison des symptômes avec la nosologie — fait l'objet d'un monopole de la part des médecins. Une personne ainsi été condamnée pour exercice illégal de la médecine au motif que « sans être titulaire d'un diplôme médical en France, il a examiné des personnes venues le consulter et a déterminé l'organe malade à partir des symptômes qu'elles décrivaient, *établissant ainsi un diagnostic*, avant de mettre en œuvre un traitement³ ». Il s'agit d'une forme de lecture extensive de l'article L. 4161-1 CSP. En effet, cet article vise le concours à l'établissement d'un diagnostic. On doit lire cet article largement et ne pas se limiter au concours, mais l'étendre à la réalisation d'un diagnostic et donc à la poursuite de ce résultat. Ce qui est prohibé est le fait de parvenir au diagnostic⁴.

Et ce diagnostic, une fois émis et formulé, est protégé contre les atteintes ultérieures. Ainsi, les pharmaciens ne peuvent « formuler un diagnostic sur la maladie au traitement de laquelle⁵ » ils sont appelés à collaborer.

136. L'origine de la médicalité de la démarche diagnostique. Le critère de l'enseignement à la faculté de médecine est ici fonctionnel. En effet, la réflexion diagnostique est au cœur

1. L'expression est de J. PENNEAU, Cf. J. PENNEAU, « Droit médical : décembre 2007 - novembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1302.

2. M. GARNIER et al., *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, avec une préf. de H. PÉQUINOT, 31^e édition, Maloine, 2012, *v*^o Diagnostic.

3. Cass. crim., 21 sept. 2004, n^o 04-80526. Nous soulignons.

4. Cette activité est à la veille d'une révolution. La puissance des ordinateurs permet en effet aujourd'hui d'exploiter le « big-data » des données de santé pour faciliter le raisonnement diagnostique. A. NORMAND, « "Ubérisation" de la santé : "Réconcilions le médecin et l'ingénieur" », *Le Monde*, 1^{er} avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/04/01/uberisation-de-la-sante-reconcilions-le-medecin-et-l-ingenieur_4894073_3232.html (visité le 01/04/2016). Cette évolution permet de contourner le monopole de la réflexion conféré aux praticiens : il serait en effet absurde d'interdire aux ordinateurs de compiler les données en arguant du fait qu'une telle comparaison consiste en une violation du monopole médical.

5. Art. R. 4235-63 CSP. La formulation est maladroite puisqu'un diagnostic ne peut être formulé sur une maladie, celle-ci étant la conclusion du diagnostic.

de nombreux items de l'examen classant national, examen servant à la répartition des étudiants aux postes d'internes¹.

137. Bilan de la définition du diagnostic. Se référer au diagnostic suppose de préciser si l'on se réfère à la réflexion diagnostique, à l'acte visant à produire une information permettant le diagnostic ou à l'activité diagnostique dans son ensemble. L'activité diagnostique, parce qu'elle suppose d'être effectuée par une personne compétente, semble ressortir du monopole médical et cela rejaillirait sur les autres éléments. Il faut cependant faire une place spéciale aux « actes techniques diagnostics » qui sont des actes sur le corps visant à produire une information servant au diagnostic. En effet, ils doivent, parce qu'ils sont pratiqués sur le corps, répondre aux règles régissant ces actes.

Pour le restant des actes diagnostics, qu'ils permettent la production d'une information ou qu'ils consistent en une réflexion, nous pensons qu'il faut y voir des actes médicaux puisque ceux-ci supposent une compétence. Le critère de la formation médicale est donc efficace puisqu'il permet de distinguer les actes médicaux et non médicaux et d'embrasser des actes très variés comme ceux visant à diagnostiquer.

138. L'étude du diagnostic confirme que la définition de l'acte médical peut reposer sur un critère unique qu'est l'enseignement de l'acte à la faculté de médecine. La notion pouvant donc être définie, il faut envisager son régime.

1. Cela fait partie des compétences générales, du tronc commun. (*Arrêté du 8 avril 2013* relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : ESR1308333A, URL : http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/pid20536/bulletin_officiel.html?cid_bo=71544&cbo=1 (visité le 07/09/2015)). On trouve dans cet arrêté plus de 300 occurrences du radical « diag- ».

Titre II

Régime des actes médicaux

139. La définition du diagnostic nous permet de confirmer que le critère de l'enseignement de l'acte au sein d'une faculté de médecine permet de caractériser les actes médicaux. Ce critère renvoie aux dispositions fixant le programme des études de médecine, ce qui permet de trouver un repère juridique.

140. La recherche du régime associé à la définition est devenue nécessaire puisque, sous l'influence de la complexification de l'art médical et de la multiplication des auteurs de l'acte médical non médecins, le régime de l'acte médical a perdu de sa clarté.

Le critère des actes médicaux étant leur enseignement à la faculté de médecine, il faut répondre à la question de savoir quelles règles sont *toujours* attachées aux actes enseignés dans les facultés de médecine¹.

Le droit a structuré le régime de l'acte médical en partant du principe qu'il s'agit d'un acte professionnel et réglementé. Il faut sûrement y voir une conséquence de la caractéristique de l'acte médical : un acte supposant une formation parce qu'enseigné au sein de la faculté de médecine. Nous rejoignons ici la définition classique de l'acte médical à ceci près que nous élargissons le régime puisque nous ne nous limitons pas aux médecins.

141. Dès lors, le régime de l'acte médical est double. Dans un premier temps, des règles déterminent l'attribution des autorisations pour pratiquer des actes médicaux (Chapitre 1). Dans un second temps, des règles viennent sanctionner, le cas échéant, la pratique d'actes médicaux par une personne dépourvue d'autorisation (Chapitre 2).

1. Il faut donc écarter les règles ne s'appliquant qu'à une sous-catégorie d'acte, c'est-à-dire à certains actes médicaux, notamment les actes médicaux sur le corps humain, dont la définition et l'exposé du régime feront l'objet de notre seconde partie. Il faut par ailleurs écarter les règles qui ne s'appliquent qu'aux actes médicaux fautifs (règles relatives à la responsabilité) et celles qui ne s'appliquent qu'aux actes des professionnels conventionnés avec l'assurance maladie (financement des actes médicaux). En effet, les règles relatives à la responsabilité concernent des actes très divers comme l'abstention de soins, l'autorisation de sortie d'un établissement de soins et, plus largement, tout acte dommageable intervenu à l'occasion des soins. Les actes de financement ne concernent eux aussi pas uniquement les actes médicaux puisque l'assurance maladie prend en charge les consultations — qui ne donnent pas obligatoirement lieu à un acte médical.

Chapitre 1

La nécessité d'une autorisation pour pratiquer un acte médical

142. L'acte médical n'est pas un acte confidentiel puisqu'il s'en pratique un très grand nombre par un grand nombre de personnes¹. Il ne peut donc être l'acte d'un auteur rare. Il est cependant un acte dangereux qui demande par là une compétence. Ce n'est donc pas l'acte du premier *quidam* venu², mais celui d'une personne dont la compétence est vérifiée *a priori*. L'acte ne peut donc être effectué que par certaines personnes et le droit a suivi ce mouvement en restreignant le nombre d'auteurs possibles de l'acte médical. Ce faisant, il met en place un système d'autorisation à pratiquer des actes médicaux.

Nous avons souhaité ne pas partir du postulat que l'acte médical est l'acte du médecin, mais ouvrir notre réflexion aux autres professions pratiquant des actes médicaux. En effet, certains actes médicaux peuvent être pratiqués tout à fait valablement par des médecins ou des non médecins. Prenons par exemple l'acte de massage kinésithérapeutique. Celui-ci peut être effectué par un médecin ou par un kinésithérapeute. Sa nature ne change pas lorsqu'il est effectué par l'un ou l'autre de ces professionnels. Il n'y a donc pas lieu de distinguer là où le droit ne distingue pas. Néanmoins, le droit distingue les conditions d'autorisation de ces professionnels pour pratiquer des actes médicaux.

Le médecin n'étant pas le seul à pouvoir faire des actes médicaux, il ne faut donc pas se limiter à l'étude du statut des médecins. Néanmoins, il faut partir de l'étude de cette profession. En effet, a été théorisé l'« omnivalence » du diplôme de médecin. En d'autres termes, les médecins peuvent, en théorie, effectuer tous les actes médicaux (Section I). Ils s'opposeraient en cela aux

1. Ainsi, en 2014, « les dépenses d'Assurance maladie relatives au champ hospitalier ont permis de prendre en charge 12,3 millions de patients » (*Analyse de l'activité hospitalière 2014*, ATIH, 23 oct. 2015, URL : http://www.atih.sante.fr/sites/default/files/public/content/2790/rapport_analyse_activite_hospitaliere_2014.pdf (visité le 19/10/2015), p. 11). Ce volume laisse entrevoir l'important nombre d'acte médicaux nécessaires à ces soins.

2. Il faut donc distinguer l'acte médical de l'acte de soin pratiqué dans un cadre domestique ou familial. Le parent qui prend soin de son enfant ne pratique évidemment pas un acte médical.

autres professionnels dont l'autorisation est restreinte (Section II).

Section I L'auteur autorisé pour tous les actes médicaux : le médecin

143. Si l'on écrit couramment que l'acte médical est l'acte du médecin, c'est parce que l'on dit avec raison que le médecin peut pratiquer tous les actes médicaux sans restriction. Cette caractéristique signale l'« omnivalence¹ » dont bénéficient les médecins. Cette « omnivalence » est considérée comme générale et ne souffrant pas d'exceptions. La spécialisation de la profession de médecin associée aux possibles restrictions contenues dans les polices d'assurance peuvent cependant faire douter de cette généralité.

144. Cette omnivalence est la conséquence de l'obtention par le médecin d'une autorisation générale d'exercice de la médecine (§ 1.). Elle n'est cependant pas générale, du fait de l'existence de limites concrètes à celle-ci (§ 2.).

§ 1. Conditions du bénéfice de l'autorisation générale des médecins

145. Le titulaire, une fois l'autorisation de pratiquer des actes médicaux obtenue (A.) devra, pour la conserver, respecter les règles relatives à son maintien (B.).

A. Les conditions d'obtention de l'autorisation générale des médecins

146. Si le terme de « médecine » n'est pas réglementé², le titre de « médecin » l'est. L'article L. 4111-5 du code de la santé publique indique que « le médecin, le praticien de l'art dentaire, la personne exerçant la profession de sage-femme [...] porte le titre professionnel de médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme³. » Il faut donc comprendre que le titre de « médecin » est un « titre professionnel », c'est-à-dire qu'il est lié à l'exercice légal d'une profession. Nul ne peut se déclarer de lui-même médecin puisque ne peut se dire médecin que le professionnel qui remplit

1. Ce néologisme est utilisé dans le commentaire du code de déontologie médicale édité par le Conseil national de l'Ordre des médecins. *Article 70 - Omnivalence du diplôme et ses limites*, Commentaires de l'ordre des médecins, Ordre des médecins, 11 oct. 2012, URL : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-70-omnivalence-du-diplome-et-limites-294> (visité le 29/10/2015). Il semble être synonyme d'omnipotence.

2. Cf. sur ce point Cass. crim., 16 oct. 2008, *Bull. crim.*, n° 229, n° 07-17789 Cf. note *supra* n° 5, p. 132.

3. L'article L. 4162-1 du code de la santé publique assimile « à une usurpation du titre de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme » le non-respect des dispositions de l'article L. 4111-5.

les deux conditions de l'exercice légal de la profession de médecin : la détention du diplôme et l'inscription à un tableau de l'Ordre¹ selon l'article L. 4111-1 du code de la santé publique.

Cet article exige par ailleurs que la personne soit de nationalité française ou de certaines nationalités². La condition de la nationalité étant étrangère à la compétence³, elle doit être traitée à part⁴.

147. Il nous faut ainsi étudier l'exigence de la détention d'un doctorat d'exercice en médecine (1.) et d'inscription à l'Ordre des médecins (2.).

1. La détention d'un doctorat d'exercice en médecine

148. **L'exigence du doctorat.** Dans un chapitre consacré aux « conditions d'exercice » de la profession de médecin, le code de la santé publique vient indiquer que la détention du « diplôme français d'État de docteur en médecine » permet d'exercer légalement la médecine en France⁵.

Le diplôme d'État de docteur en médecine est régi par la partie réglementaire du code de l'éducation. Mises à part des exigences relatives au jury et à la date de soutenance de la thèse, le code de l'éducation ajoute la condition de l'obtention du « diplôme d'études spécialisées »⁶ sanctionnant le troisième cycle des études médicales — l'internat⁷. Le diplôme d'État de docteur en médecine est donc en grande partie lié à la formation médicale et à l'apprentissage clinique⁸.

1. Plus précisément, un diplôme visé aux articles L. 4131-1, L. 4131-3 et L. 4131-5 du code de la santé publique. Ne sont ainsi pas médecins les étudiants en médecine et internes parce que ceux-ci ne disposent pas du diplôme ainsi que les titulaires du diplôme non inscrit à l'Ordre des médecins tels que les retraités. Il faut d'ailleurs noter que la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé, a unifié la dénomination des étudiants en médecine en modifiant l'article L. 6153-1 du code de la santé publique qui dispose que « Les étudiants en santé en formation comprennent : 1° Des étudiants en deuxième cycle des études de médecine, odontologie, maïeutique et pharmacie ; 2° Des étudiants en troisième cycle des études de médecine, odontologie et pharmacie. »

2. Andorrane, d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie. Il faut ajouter les dérogations issues d'engagements internationaux.

3. L'alinéa 3 de l'article L. 4111-1 du code de la santé publique dispose que « Nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est : [...] 2° De nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie, sous réserve de l'application, le cas échéant, soit des règles fixées au présent chapitre ». Cette condition de nationalité est à mettre en lien avec les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France (*cf.* le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

4. Elle s'explique en effet par son origine historique : elle date de l'État Français qui, a mis au point cette règle dans une perspective nationaliste.

5. Art. L. 4131-1 CSP.

6. Art. R. 632-23 code de l'éducation.

7. L'inscription à ce diplôme est régie par l'article R. 632-24 du code de l'éducation.

8. En effet, l'internat consiste avant tout en un apprentissage clinique. Voir ainsi l'article R. 632-24 du code de l'éducation qui subordonne l'inscription définitive au diplôme d'études spécialisées à des stages.

149. L'acquisition d'une capacité technique.¹ Le titre de médecin supposant l'obtention du diplôme d'état de docteur en médecine² s'acquiert donc tout autant par la préparation d'une thèse sanctionnant une formation de troisième cycle³ que par l'obtention d'un diplôme sanctionnant une pratique.

Les dispositions relatives à la formation médicale sont contenues dans le code de l'éducation. Ce code contient les articles autorisant la fixation du *numerus clausus* qui correspond au nombre d'étudiants autorisé à poursuivre des études de santé à l'issue de la première année⁴. Il contient aussi les dispositions autorisant la tenue des examens classants nationaux⁵ qui vont ensuite permettre les affectations aux postes d'internes. L'internat présente deux facettes. C'est d'une part un poste hospitalier qui suppose une affectation⁶ — et une rémunération. C'est d'autre part le moment de la réalisation des stages⁷ permettant de préparer le diplôme d'études spécialisées⁸ qui comporte une unité de formation et de recherche médicale sous la forme d'un enseignement⁹. Il existe aussi des diplômes d'études spécialisées complémentaires¹⁰ mais ceux-ci ne sont pas nécessaires à l'acquisition du diplôme.

Les épreuves classantes nationales débouchent sur le troisième cycle divisé en « disciplines et spécialités de troisième cycle des études médicales ». La liste de ces disciplines et spécialités est « fixée par arrêté des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de la santé¹¹ compte tenu des besoins de santé de la population et des progrès de la recherche¹². » Elle doit être mise en rapport avec la liste des diplômes d'études spécialisées de médecine¹³ qui fixe les spécialités médicales contenues dans chaque discipline.

1. La médecine ne se limite bien entendu pas à cela. Cf. not. Fr.-B. MICHEL et B. CHARPENTIER, *Enseigner l'humanisme aux futurs médecins et aux autres professionnels de santé : Des propositions pour humaniser la santé in Santé, égalité, solidarité*, sous la dir. de C. DREUX et J.-F. MATTEI, Springer, 2012.

2. Visé à l'article D. 631-7 13° du code de l'éducation. Il ne faut pas le confondre avec le doctorat, visé lui au 23° du même article.

3. Cf. sur ce point l'article L. 612-7 du code de l'éducation. Il est cependant possible de soutenir que le diplôme d'État de docteur en médecine déroge aux règles relatives au doctorat, du fait qu'il est réglementé par des dispositions spéciales, réglementant notamment les stages que doit effectuer le candidat.

4. Art. L. 631-1 code de l'éducation.

5. Art. L. 632-2 code de l'éducation. Pour un historique de cet examen, cf. *Histoire de l'internat*, 2002, URL : <http://www.remede.org/documents/histoire-de-l-internat.html> (visité le 04/02/2016).

6. Art. R. 632-4 code de l'éducation. Voir la procédure d'entrée en fonction et le statut des internes aux articles R. 6153-1 et suivants du code de la santé publique. À ce sujet, l'article R. 6153-2 est sans ambiguïté : « praticien en formation spécialisée, l'interne est un agent public. »

7. Art. L. 632-5 code de l'éducation.

8. Art. R. 632-24 code de l'éducation.

9. Art. R. 632-2 code de l'éducation.

10. La liste est contenue à l'*Arrêté du 22 septembre 2004* fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées de médecine, n° NOR : MENS0402086A.

11. Il s'agit à ce jour de l'*Arrêté du 10 mars 2004* définissant la liste des disciplines du troisième cycle des études médicales, n° NOR : MENS0400507A, URL : <http://www.sante.gouv.fr/fichiers/bo/2004/04-12/a0120906.htm> (visité le 17/11/2015).

12. *Décret n° 2004-67 du 16 janvier 2004* relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales, Art. 6.

13. *Arrêté du 22 septembre 2004* fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées de médecine, n° NOR : MENS0402086A.

150. Puisque l'examen classant national est celui qui va déterminer l'affectation et les choix de carrière des étudiants, il revêt une importance particulière. Son contenu, fixé par un arrêté, doit donc être mis en rapport avec les études de médecine qui débouchent sur cet examen.

151. Le lien entre formation médicale et clinique. La caractéristique principale des études médicales est que celles-ci sont en grande partie fondées sur la clinique. L'enseignement clinique suppose la participation de l'étudiant à une activité pratique réelle. Cet apanage de la médecine¹ est organisé par l'article L. 632-1 du code de l'éducation² qui dispose que « les études médicales théoriques et pratiques sont organisées par les unités de formation et de recherche de médecine. Elles doivent permettre aux étudiants de participer effectivement à l'activité hospitalière. » Il s'agit donc d'une formation fondée sur la pratique clinique et l'insertion des étudiants dans une activité hospitalière. La formation par la clinique est possible parce que le corps médical universitaire bénéficie d'une double appartenance. Les praticiens³ et enseignants⁴ les composant sont aussi parfois chercheurs. Ces trois activités coexistent naturellement et se nourrissent au sein du corps hospitalo-universitaire⁵. Cela se retrouve dans l'exigence du grade de docteur pour pouvoir exercer la médecine.

152. Il faut alors donner aux étudiants en médecine la faculté de participer pleinement en réalisant des actes médicaux. C'est à cette fin qu'ont été aménagées diverses autorisations par le droit pour les étudiants en médecine. D'une part, l'infraction d'exercice illégal de la médecine ne s'applique « pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes ni aux pharmaciens biologistes pour l'exercice des actes de biologie médicale, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades⁶. » Cette autorisation

1. Nous rencontrons cependant quelques expériences d'apprentissage clinique, notamment en droit. Cf. ainsi l'expérimentation menée à l'Université Paris VIII URL : <http://lacliniquejuridique.fr> (visité le 04/01/2016). Voir aussi *Les cliniques juridiques*, sous la dir. de X. AUREY, Presses universitaires de Caen, 2016.

2. Reproduit à l'article L. 6142-2 du code de la santé publique.

3. L'article R. 6152-2 du code de la santé publique dispose que « les praticiens hospitaliers exercent leurs fonctions à temps plein. Ils assurent les actes médicaux de diagnostic, de traitement, de soins d'urgence dispensés par les établissements publics de santé. »

4. Cf. sur ce point l'article 3 du *Décret n° 84-135 du 24 février 1984* portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires.

5. Cela fonde aussi la double rémunération des corps de maîtres de conférence-praticien hospitalier et professeurs d'université-praticien hospitalier. Cf. *Arrêté du 12 juillet 2010* relatif aux émoluments, rémunérations ou indemnités des personnels médicaux exerçant leurs fonctions à temps plein ou à temps partiel dans les établissements publics de santé, NOR : SASH1018708A, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022509256> (visité le 29/10/2015). Cet arrêté ne concerne que la rémunération « hospitalière ». Il faut ajouter les émoluments dus au titre de l'enseignement et les éventuelles rémunérations au titre de la recherche. Nous notons que les praticiens sont très attachés à l'indivisibilité de la « triple fonction de soin, d'enseignement et de recherche ». Cf. ainsi un courrier publié par le syndicat national des professeurs hospitalo-universitaires : P. GOUDOT et Fr. BARGY, *Lettre du SNPHU à M. Martin Hirsch*, Syndicat national des professeurs hospitalo-universitaires, 10 juin 2014, URL : <http://www.snphu.com/img/actualite/2014/courrier-mr-hirsch.pdf> (visité le 29/10/2015).

6. Art. L. 4161-1 CSP. L'exception a été étendue récemment à diverses autres professions dont les kinésithérapeutes, les infirmiers, les pédicures-podologues. Cf. arts. L. 4323-4-1, L. 4311-12, L. 4324-4-2 CSP modifiés par la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé. Il a aussi été étendu aux centres de transfusion sanguine. Cf. *Ibid.*, art. 166.

de pratiquer des actes médicaux est cependant soumise à une surveillance du praticien et au respect d'une mission confiée à l'étudiant par ce médecin.

D'autre part, l'article R. 6153-52 du code de la santé publique prévoit que les « étudiants hospitaliers [...] peuvent exécuter des actes médicaux de pratique courante ». Par ailleurs, ils sont chargés de « tâches qui leur sont confiées par le médecin référent ou le praticien responsable de l'entité d'accueil, à l'occasion des visites et consultations externes, des examens cliniques, radiologiques et biologiques, des soins et des interventions ». Cette seconde formulation laisse penser qu'il faut distinguer les actes médicaux des « tâches ». Au regard de l'architecture du chapitre III contenant cette disposition et intitulée « internes et étudiants en médecine et en pharmacie », il faut conclure que ces dispositions sont limitées aux externes, seuls concernés par la section dans laquelle s'insère cet article puisque ceux-ci sont désignés comme étant des « étudiants hospitaliers ». La difficulté a été récemment résolue par l'abandon de la mention des internes dans le chapitre III. Celui-ci est désormais intitulé « Etudiants en médecine, odontologie, maïeutique et pharmacie » considérés comme « étudiants en santé en formation » au terme de l'article L. 6153-1 du code de la santé publique les internes et les externes. Reste que mises à part ces autorisations de la loi et du règlement de pratiquer des actes médicaux, aucune disposition n'autorise expressément les externes à pratiquer la médecine. En théorie, ces derniers seraient donc soumis aux dispositions de l'article R. 6153-52 du code de la santé publique. Leur pratique serait donc limitée aux « actes médicaux de pratique courante » sans que ceux-ci soient clairement définis. Faire référence au caractère courant de l'acte est cependant assez malvenu. En effet, cela permettrait de confier des actes courants mais risqués ou hautement spécialisés. Ainsi, une opération ou un diagnostic complexe mais pratiqué souvent et pouvant donc être considéré comme courant pourrait-il être confié à des étudiants. Il semble cependant que le terme « courant » ne doive pas être interprété ainsi. En effet, il n'a pas été question de confier aux externes des actes risqués mais des actes fréquemment pratiqués. Le code fait plus référence aux actes bénins courants, aux « petits gestes » médicaux, à ce qui est à la fois aisé et pratiqué. En somme, il fait référence au b.a.-ba de la médecine.

Dans tous les cas, ces actes ne sauraient être pratiqués que conformément aux principes qui régissent les actes médicaux. Cette évidence a cependant dû être rappelée notamment pour l'obligation d'obtenir le consentement du patient à l'acte médical sur le corps humain¹, fût-il pédagogique. Ce rappel est contenu à l'article L. 1111-4 du code de la santé publique. Cet article dispose à son alinéa 7 que « L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre. » Il semble cependant qu'il ait été parfois oublié comme en témoigne le récent scandale des touchers vaginaux et rectaux pratiqués sans le consentement du patient subissant une anesthésie générale².

1. Sur cette propriété des actes médicaux sur le corps humain, cf. *infra* n° 394 et s., p. 204 et s.

2. Sur ce scandale, cf. *Rapport sur la formation clinique des étudiants en médecine : remis à Madame Marisol*

153. Ces rudiments médicaux sont sanctionnés par le Certificat de Synthèse clinique et thérapeutique¹, remplacé en 2015 par le certificat de compétence clinique². Ce certificat, condition de l'internat, est limité au module de synthèse clinique et thérapeutique³, ce qui en vient à le réduire à une épreuve pratique portant sur le programme du deuxième cycle. Il a ainsi pour objectif de vérifier les compétences acquises par le candidat.

L'article L. 4111-1-1 du code de la santé publique a été rédigé à destination des internes. Il les autorise à exercer la profession de médecin lorsque les actes pratiques sont effectués sur le lieu d'exercice de leurs études et lors des enseignements théoriques⁴ et pratiques. Les internes ne sont donc pas inscrits au tableau de l'Ordre et n'exercent la médecine que dans le cadre de leur formation. Il est même permis à des externes en fin de deuxième cycle ou praticiens étrangers effectuant des études en France⁵ d'exercer temporairement la médecine lorsqu'un interne n'a pu être nommé. Ils sont alors nommés « faisant fonction d'interne »⁶.

Dans tous les cas, les internes sont soumis à un contrôle par un praticien puisque « l'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève⁷. »

154. Le diplôme n'est donc pas toujours nécessaire pour pratiquer la médecine. Mais lorsque le praticien n'est pas doté du diplôme, il est sous surveillance d'un autre praticien ou hiérarchiquement soumis à un autre médecin.

Le diplôme sanctionne donc une compétence acquise et va permettre de présumer le professionnel comme étant compétent et apte à pratiquer la médecine.

Touraine Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes, Conférence des Doyens de Faculté de Médecine, 28 oct. 2015, URL : http://basedaj.aphp.fr/daj/public/file/openfile/id_fiche/13189/id/3292 (visité le 27/11/2015) et la réponse ministérielle : *Communiqué de presse - Touchers vaginaux et rectaux sans consentement sur patient(e)s endormi(e)s : Marisol TOURAINE reçoit le rapport des doyens de médecine et réaffirme « l'extrême fermeté » de l'Etat face à des pratiques « inacceptables »*, 27 oct. 2015, URL : <http://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2015/10/271015-CP-Rapport-Formation-Clinique.pdf> (visité le 26/11/2015).

1. Pour le programme, cf. annexe de l'*Arrêté du 2 mai 2007* modifiant l'arrêté du 4 mars 1997 modifié relatif à la deuxième partie du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : MENS0753287A, URL : <http://www.education.gouv.fr/bo/2007/22/MENS0753287A.htm> (visité le 03/09/2015).

2. *Arrêté du 8 avril 2013* relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : ESR1308333A, URL : http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/pid20536/bulletin_officiel.html?cid_bo=71544&cbo=1 (visité le 07/09/2015).

3. Ce module des ECN est intitulé « Synthèse clinique et thérapeutique, de la plainte du patient à la décision thérapeutique, urgences ».

4. Il est étonnant que le texte ait prévu que des actes médicaux puissent être pratiqués par les internes lors de cours *théoriques*. L'acte médical est en effet loin d'être un acte théorique.

5. Art. R. 6153-42 CSP.

6. Cf. les articles R. 6153-41 et suivants du code de la santé publique.

7. Art. R. 6153-3 CSP. L'alinéa 4 de l'article R. 632-18 code de l'éducation dispose que « l'interne en médecine est placé sous l'autorité du responsable médical du lieu de stage agréé dans lequel il est affecté ou du praticien agréé-maître de stage des universités. »

155. Les équivalences étrangères. Dans le but d'assurer à la population française l'accès à un médecin¹ et pour répondre à l'exigence de la circulation des professionnels au sein de l'Europe², des médecins étrangers peuvent être autorisés exercer sur le sol français en étant dépourvus du titre de docteur en médecine français³.

Il faut, pour comprendre les dispositions du code de la santé publique relatives à l'autorisation des médecins étrangers, revenir non sur les causes que nous avons mentionnées, mais sur l'objectif de cette réglementation. Le droit de la santé publique est avant tout tourné vers la sécurité sanitaire⁴. Il s'agit de tout mettre en œuvre pour parvenir à des soins de haute qualité. Conditionner l'exercice de la médecine au bénéfice d'un diplôme revient à s'assurer de la compétence de personnels autorisés à pratiquer des actes médicaux. Cela permet de réduire les risques puisque les auteurs sont compétents. En d'autres termes, le diplôme est la garantie de leur compétence. Dès lors que des candidats médecins n'ont pas le diplôme habituel satisfaisant aux standards de l'exercice de la médecine tels que le système de soin français les comprend, il est nécessaire d'instituer un mécanisme de contrôle de leurs compétences.

156. Il existe trois mécanismes de contrôle de la compétence des praticiens étrangers⁵.

Le premier est un mécanisme simple : il repose sur la reconnaissance de l'équivalence de la valeur des diplômes entre deux pays. L'article L. 4111-3 du code de la santé publique permet ainsi au ministre chargé de la Santé d'autoriser un ressortissant étranger à pratiquer la médecine en France si des accords ont été passés avec l'État ayant accordé le diplôme et si ce diplôme a une valeur scientifique équivalente au diplôme français. Par ailleurs, l'article L. 4131-1 2° a) renvoie à une liste de pays délivrant des formations reconnues comme équivalentes à la formation française. Ce même article, au 2° b), permet aux diplômes provenant des États membres de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen non contenu dans cette liste d'être reconnus à la condition que ceux-ci soient accompagnés d'un document attestant de la conformité de la formation aux obligations communautaires. Il y a donc là l'illustration d'une parenté des formations médicales au sein de l'Europe. Au 2° d), l'article permet que soient reconnus les diplômes provenant de l'ex-Tchécoslovaquie et des pays baltes avant leur indépendance à la condition qu'ils aient été reconnus équivalents aux diplômes actuels. Le même

1. P.-H. BRÉCHAT, *Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé*, sous la dir. de M. BORGHETTO, Université Panthéon-Assas (Paris II), nov. 2012, URL : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/494c0702-2276-4c0a-aae2-deedf654e58e> (visité le 20/07/2016), p. 34.

2. Article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

3. Nous excluons de notre propos les candidats étrangers au titre de docteur en médecine. Sur cette question, voir les articles R. 632-53 et suivants (autorisant les médecins ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, de la Confédération helvétique ou de la Principauté d'Andorre) et les articles R. 632-56 et suivants (pour les médecins étrangers autres que les ressortissants des États membres de l'Union européenne, des autres États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, de la Confédération helvétique ou de la Principauté d'Andorre) du code de l'éducation.

4. Voir l'article L. 1110-1 du code de la santé publique, premier article du code qui mentionne que les acteurs de la santé publique ont pour objectif « la meilleure sécurité sanitaire possible ».

5. Nous excluons de notre propos les mécanismes d'autorisation temporaire de l'article L. 4132-2 du code de la santé publique. Ceux-ci ont en effet pour objet de permettre la formation de médecins étrangers en France.

mécanisme de conformité aux formations actuelles est présent au 2° e) pour les États européens.

Le deuxième mécanisme utilisé notamment au 2° c) et 2° f) revient à exiger que le praticien titulaire d'un diplôme ait pratiqué la médecine dans le pays d'attribution du diplôme ou en France trois années consécutives à temps plein au cours des cinq dernières années. L'idée qui sous-tend ce mécanisme est que l'expérience engrangée doit avoir effacé les hypothétiques malfaçons de la formation¹.

Le troisième mécanisme revient à vérifier au cas par cas la compétence du praticien. Lorsque le praticien est ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen et est titulaire de titres de formation délivrés par l'un de ces États et qu'il peut exercer légalement sa profession dans cet État, mais qu'il ne remplit pas les conditions des deux premiers mécanismes, il pourra solliciter l'étude de ses titres et qualifications professionnelles par une commission compétente. Si cette étude fait apparaître des « différences substantielles au regard des qualifications requises pour l'accès à la profession dans la spécialité concernée et son exercice en France »², le candidat pourra être soumis à une « mesure de compensation » consistant au choix « en une épreuve d'aptitude ou en un stage d'adaptation dans la spécialité concernée³. » En somme, le candidat est soumis, selon son choix, à un examen ou à une formation visant à lui faire atteindre le niveau requis ou à vérifier qu'il a bien ce niveau. Les praticiens diplômés hors de l'Union européenne doivent être autorisés individuellement par le ministre chargé de la santé. Ils doivent pour ce faire réussir aux « épreuves anonymes de vérification des connaissances » et justifier d'un niveau de français suffisant⁴. Ces épreuves sont organisées par le centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière.

157. Bilan. L'exigence du diplôme trouve ainsi deux exceptions : d'une part, pour les personnes en formation médicale et, d'autre part, pour les praticiens étrangers. Concernant les personnes en formation, un mécanisme de contrôle de leurs actes est mis en place. Pour les praticiens étrangers, un contrôle de leur aptitude tant médicale que linguistique est effectué afin de garantir des actes de qualité équivalente à ceux des praticiens français. Dès lors que la personne ne détient pas le diplôme d'État en médecine, un contrôle sera donc opéré.

158. Ce premier contrôle est doublé d'un contrôle de l'activité professionnelle des professionnels par l'exigence de l'appartenance à l'Ordre des médecins.

1. Cette disposition peut aussi avoir pour effet de décourager les étudiants français de contourner les rigueurs de la sélection dans les facultés françaises en allant se former à l'étranger pour revenir s'installer immédiatement en France ensuite.

2. Art. L. 4131-1-1 CSP.

3. Art. L. 4131-1-1 CSP.

4. Art. L. 4111-2 CSP.

2. L'appartenance à l'Ordre des médecins

159. Distinction entre l'inscription à l'Ordre des médecins et l'enregistrement des personnes susceptibles de concourir au système de soins. Avant toute chose, il faut distinguer l'inscription à l'Ordre des médecins de l'enregistrement des personnes susceptibles de concourir au système de soins. Cet enregistrement vise les détenteurs d'un diplôme médical ou les internes et étudiants autorisés à exercer la médecine à titre temporaire¹. Ceux-ci doivent informer de leur changement d'adresse les services concernés et sont tenus de le faire jusqu'à trois ans après la cessation de leur activité. C'est le titre de la section contenant l'article D. 4113-122 du code de la santé publique appliquant l'article L. 4113-1² qui vient donner la raison d'être de cet enregistrement : il s'agit de procéder à l'enregistrement des personnes susceptibles de concourir au système de soins. Cette obligation est donc liée à des considérations de sûreté nationale et de santé publique. Et pour s'assurer que les titulaires des diplômes s'enregistrent bien, les universités les délivrant sont tenues de transmettre au service de l'État compétent les listes des diplômés³.

160. L'inscription au tableau de l'Ordre, condition sine qua non de l'exercice médical. Concernant l'inscription au tableau de l'Ordre des médecins proprement dite, le premier alinéa de l'article L. 4112-5 du code de la santé publique est clair : « l'inscription à un tableau de l'Ordre rend licite l'exercice de la profession sur tout le territoire national. » Ce principe est rappelé à l'article L. 4111-1 du code de la santé publique comme étant un élément essentiel de l'exercice de la profession de médecin.

161. Le rôle du tableau de l'Ordre des médecins. L'importance de cette condition s'explique par le rôle de l'Ordre des médecins et des Ordres médicaux en général.

Les Ordres médicaux⁴ sont chargés du maintien « des principes de moralité, de probité, de compétence⁵ et de dévouement indispensables à l'exercice » de la profession ainsi que du respect par les membres « des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie ». Ils sont par ailleurs chargés de la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession et autorisés à organiser des œuvres d'entraide et de retraite au bénéfice des membres⁶.

1. Art. L. 4113-1 CSP.

2. Ce titre est « Enregistrement des personnes susceptibles de concourir au système de soins ».

3. Art. L. 4113-1-1 CSP.

4. Uniques selon la loi qui dispose à l'article L. 4121-1 du code de la santé publique que « l'Ordre national des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes groupent obligatoirement tous les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes autorisés à exercer. »

5. Dans un arrêt, le Conseil d'État a confirmé la possibilité pour le conseil de l'Ordre des médecins de refuser l'inscription au docteur en médecine sur le fondement de son incompétence médicale due à une pratique professionnelle insuffisante au jour de la demande. CE, 3 avr. 2015, *inédit*, n° 373548.

6. Art. L. 4121-2 CSP.

162. Le rôle du tableau de l'Ordre est lié au rôle de l'Ordre. Ce fichier permet en effet à l'Ordre de savoir qui dépend de lui et donc de savoir qui lui est soumis et qui est soumis aux règles qu'il édicte. Il s'agit d'un élément essentiel de détermination de l'applicabilité de la juridiction de l'Ordre. Cela permet aussi de déterminer clairement l'application *rationae personnae* des règles édictées par l'Ordre des médecins.

L'inscription au tableau de l'Ordre, malgré son apparence de formalité administrative, a néanmoins des conséquences juridiques non négligeables : le professionnel verra son activité autorisée par principe en contrepartie de quoi il devra être affilié à l'Ordre — et régler les cotisations afférentes —, respecter les règles fixées par celui-ci — déontologiques notamment¹ — et se soumettre à sa juridiction². Il y a là un mode de contrôle efficace des auteurs de l'acte médical : moyennant l'autorisation de principe qui leur est faite, ils financent l'organisme chargé de les contrôler.

163. Exceptions à l'obligation d'inscription à l'Ordre des médecins. Le caractère impératif de l'inscription au tableau de l'Ordre fait cependant l'objet de quelques exceptions.

Mis à part les étudiants pratiquant sans être inscrits à l'Ordre, l'exception la plus naturelle concerne l'urgence : le médecin non inscrits à l'Ordre des médecins est naturellement autorisé à pratiquer un acte médical lorsque celui-ci est urgent et occasionnel. Il s'agit d'une application de l'état de nécessité³ qui permet de faire obstacle à l'interdiction de pratiquer des actes sans être inscrit à l'Ordre des médecins.

Par ailleurs, l'inscription au tableau de l'Ordre n'est pas requise pour les médecins militaires⁴ et pour les médecins fonctionnaires n'étant pas appelés à pratiquer leur art⁵. Ainsi, le médecin-conseil de l'assurance maladie ou l'expert médecin auprès de la HAS ne seront pas tenus de s'inscrire. En d'autres termes, le titulaire d'un doctorat en médecine n'est pas obligé de s'inscrire à l'Ordre des médecins. Il ne l'est que s'il souhaite pratiquer des actes médicaux.

Enfin, l'article L. 4112-7 du code de la santé publique autorise les praticiens de l'Union européenne à exercer en France « de manière temporaire et occasionnelle » sans être inscrits au tableau de l'Ordre. Cet article en fait la condition de l'exercice « des actes de sa profession ». L'article poursuit en précisant que « l'exécution de ces actes est subordonnée à une déclaration préalable, qui est accompagnée de pièces justificatives dont la liste est fixée par arrêté du

1. Comme le soulève pertinemment D. LAURENT, supprimer les Ordres professionnels médicaux aurait pour conséquence de supprimer leur fonction régulatrice qui consiste à sanctionner l'application de la déontologie. D. LAURENT, « La déontologie médicale en 2015 », *Les Tribunes de la santé*, 3 2015, 48, p. 23-32, DOI : 10.3917/seve.048.0023.

2. Les Ordres contiennent des chambres compétentes pour juger des fautes disciplinaires. Cf. Arts. L. 4126-1 et s. CSP.

3. Cf. sur cette question *infra* n° 373 et s., p. 192 et s.

4. Ces praticiens sont soumis à une autre forme de discipline et à un code de déontologie qui leur est propre. Cf. *Décret n° 81-60 du 16 janvier 1981* fixant les règles de déontologie applicables aux médecins et aux pharmaciens chimistes des armées.

5. Art. L 4112-6 CSP. Pour une application récente, cf. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2016, n° 15-21468. La Cour juge que le praticien ne doit pas régler sa cotisation puisque n'« ayant aucune activité de prescription, de consultation ou de suivi de patient et n'exerçant pas en qualité de praticien ».

ministre chargé de la santé. » En pratique, le médecin étranger doit effectuer une « déclaration de prestation de services » au Conseil national de l'Ordre concerné¹, ce qui entraîne son inscription sur « une liste particulière » tenue par le Conseil national de l'Ordre². S'il n'y a donc pas d'inscription à l'Ordre lui-même, il y a dans ce cas une inscription sur une liste *ad hoc*.

164. L'inscription au tableau de l'Ordre apparaît donc comme une règle qui vise la majorité des médecins, mais qui n'est pas pour autant appliquée de manière intransigeante. En revanche, toute les exceptions supposent l'inscription sur une liste et donc le contrôle des professionnels. Il y a donc toujours un contrôle à priori.

165. L'autorisation conférée aux médecins est par ailleurs révocable.

B. Le maintien de l'autorisation générale des médecins

166. L'autorisation n'est pas conçue pour être permanente. D'une part, elle cesse naturellement lorsque le praticien ne renouvelle pas son adhésion au Conseil de l'Ordre³. Dans certains cas, ça n'est pas la volonté du praticien qui fait que l'autorisation n'est pas maintenue, mais une volonté qui lui est étrangère. L'autorisation lui est retirée parce qu'il n'est plus compétent et que cette absence de compétence crée un risque pour les patients.

167. Ainsi, l'autorisation est-elle conditionnée au maintien de la compétence professionnelle par la formation continue (1.) et l'absence accidentelle et dangereuse de compétence peut être sanctionnée par la perte de l'autorisation (2.).

1. Cf. pour les modalités administratives les articles R. 4112-9 et suivants du code de la santé publique.

2. Art. R. 4112-9-2 CSP.

3. Si le motif principal du non-renouvellement de l'inscription est la retraite, ça n'est pas la seule raison, le médecin étant libre de quitter l'Ordre. Voir ainsi l'atlas démographique de l'Ordre des médecins qui ne mentionne que les départs pour cause de retraite : G. LE BRETON-LEROUVILLOIS et al., *Atlas de la démographie médicale en France*, sous la dir. de P. ROMESTAING, Conseil National de l'Ordre des Médecins, 2013, URL : http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/atlas_national_2013.pdf (visité le 02/09/2015), p. 82. Cela a pour effet de priver le praticien de l'un des éléments essentiels : l'inscription au tableau de l'Ordre. Mais cette cause normale ne signale en rien une perte de compétence du médecin : la médecine peut parfaitement s'exercer à un âge avancé. Il faut ainsi noter qu'un nombre croissant de médecins cumule emploi et retraite, ce qui tend à ne pas faire coïncider le bénéfice de la pension de retraite avec la fin de l'activité. Voir sur ce point G. LE BRETON-LEROUVILLOIS et al., *Atlas de la démographie médicale en France*, sous la dir. de J.-F. RAULT, Conseil National de l'Ordre des Médecins, 2015, URL : http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/atlas_national_de_la_demographie_medicale_2015.pdf (visité le 02/09/2015), p. 131 et s. Le retrait de l'autorisation est donc à la discrétion du médecin qui, s'il le juge opportun — mais pour des raisons extérieures à sa compétence —, peut demander à ne plus en bénéficier.

1. L'obligation de formation continue

168. La participation des praticiens à un programme de « développement personnel continu » est exigée par les articles L. 4021-1 et suivants du code de la santé publique¹. Ce programme, organisé de manière décentralisée² mais dont le contenu est fixé au niveau national³, « a pour objectifs l'évaluation des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances, l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que la prise en compte des priorités de santé publique et de la maîtrise médicalisée des dépenses de santé⁴. »

169. La participation à ce programme « constitue une obligation pour les médecins » et est contrôlée par le Conseil départemental de l'Ordre⁵. Le conseil juge sur pièces en recueillant les attestations transmises par les organismes de développement professionnel continu⁶.

La non-participation ou la participation insuffisante au programme de développement professionnel continu enclenche un processus de contrôle. Le conseil départemental échange avec le médecin pour que lui soient expliqués les « motifs du non-respect de cette obligation⁷ ». Il peut alors imposer à l'intéressé « un plan annuel personnalisé de développement professionnel continu ». Lorsque l'intéressé ne met pas en œuvre ce plan, cela « est susceptible de constituer un cas d'insuffisance professionnelle au sens de l'article L. 4113-14⁸. »

Ainsi la participation à un programme de formation professionnelle continue est-elle sanctionnée par un mécanisme visant à prévenir toute incompétence potentiellement dangereuse pour les patients.

170. Dès lors, la perte de compétence est susceptible de faire tomber l'autorisation conférée au médecin *via* la mise en œuvre de la procédure créée pour prévenir les dangers liés à l'incompétence des praticiens.

2. La perte de l'autorisation par la dangerosité

171. La perte de l'autorisation pour cause de dangerosité n'est pas strictement liée à l'incompétence. La dangerosité s'apprécie largement et peut être la conséquence de mauvaises pratiques ou d'un état de santé rendant impossible l'activité médicale.

1. Anciennement L. 4133-1 et suivants du même code.

2. Art. R. 4133-7 CSP. Pour le financement *cf.* les arts. R. 4133-8 et R. 4133-9 CSP. La numérotation de la partie réglementaire n'a pour l'instant pas changé après la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé.

3. Arts. R. 4133-2 CSP et s.

4. Art. L. 4133-1 CSP ancien. Cet article a été abrogé par la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé, Art. 114.

5. Art. R. 4133-11 CSP.

6. Les programmes mis en place par ces organismes doivent bénéficier d'une évaluation favorable de la commission scientifique indépendante des médecins faute de quoi la participation par des praticiens à ces programmes ne sera pas comptée au titre des formations validantes. *Cf.* sur ce point l'article R. 4133-12 CSP.

7. Art. R. 4133-13 CSP.

8. Art. R. 4133-13 CSP.

On peut trouver deux manières de déchoir un praticien de l'autorisation pour cause de dangerosité. D'une part, une procédure administrative à l'initiative du représentant de l'État, d'autre part, une procédure disciplinaire ou judiciaire menant à une sanction consistant en l'interdiction d'exercer.

172. La suspension par le directeur de l'ARS. L'article L. 4113-14 du code de la santé publique prévoit que le directeur de l'agence régionale de santé peut prononcer une suspension immédiate du droit d'exercer lorsque « la poursuite de son exercice [...] expose ses patients à un danger grave ». Le professionnel est entendu à bref délai. Lorsque le danger est lié « à une infirmité, un état pathologique ou l'insuffisance professionnelle du praticien », le conseil régional est saisi. Dans les autres cas, c'est la chambre disciplinaire qui est saisie. Faute de décision dans les deux mois, l'affaire est portée devant le Conseil national ou la Chambre disciplinaire nationale qui doit rendre sa décision dans les deux mois, à défaut de quoi la mesure de suspension prend fin automatiquement. Dès lors que le danger prend fin, le directeur de l'ARS peut mettre fin à la suspension.

173. La suspension de l'autorisation comme peine pénale ou disciplinaire. La seconde manière de priver le praticien de son autorisation est de saisir la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins sur le fondement de l'article R. 4124-3-5 du code de la santé. Celle-ci peut l'être par toute personne y compris le représentant de l'Etat.

Il apparaît que les juges disciplinaires, en matière d'insuffisance professionnelle, assortissent quasi-systématiquement leur interdiction d'une obligation de formation. Cela signale un étroit lien avec la compétence et nous trouvons des décisions dans lesquels le manque de compétence a été clairement sanctionné du fait d'une trop longue absence d'exercice¹ parce que les connaissances médicales ne sont plus actuelles. Cela rejoint les jugements dans lesquels le Conseil sanctionne l'absence de formation médicale continue². Plus simplement, la procédure d'insuffisance professionnelle sert à sanctionner les lacunes de connaissances³ ou les connaissances imprécises⁴.

Il faut par ailleurs noter que le cumul des actions disciplinaires et pénales est possible⁵. Ces deux actions restent cependant partiellement indépendantes et, en théorie, les peines prononcées

1. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 11 fév. 2015, n° 284, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=6576>; Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 11 fév. 2015, n° 309, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=8886>; Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 13 jan. 2014, n° 302, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=2991>; Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 20 fév. 2013, n° 222, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=8482>.

2. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 27 jan. 2016, n° 222, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=18946>.

3. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 13 jan. 2014, n° 302, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=2991>.

4. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 3 mar. 2015, n° 313, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=18076>.

5. Art. L. 4126-5 CSP.

peuvent se cumuler¹. Si la condamnation disciplinaire n'a aucune conséquence possible sur la condamnation pénale, la réciproque n'est pas vraie. Ainsi, lorsqu'un membre d'un Ordre est condamné par une juridiction pénale pour « tout autre fait qu'un crime ou délit contre la Nation, l'État ou la paix publique », la chambre disciplinaire peut à son tour sanctionner le praticien en lui infligeant les peines visées à l'article L. 4124-6 du code de la santé publique². Cette initiative, laissée à la chambre disciplinaire, tient sûrement au fait que certaines infractions pénales rendent problématique l'exercice de la médecine³.

174. Dans le but d'adapter la sanction du délinquant, le juge pénal a à sa disposition un large choix de peines. Parmi celles-ci figure l'interdiction d'exercer⁴. Le juge disciplinaire dispose quant à lui d'un panel plus restreint. L'article L. 4124-6 du code de la santé publique dresse une liste de ces sanctions dans un ordre croissant de sévérité : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'exercer limitée aux établissements publics, l'interdiction temporaire d'exercer et enfin la radiation. Les trois dernières sanctions ont un effet direct sur l'autorisation en privant totalement ou partiellement le praticien d'exercer. Ces sanctions, comme toute sanction à caractère pénal, visent pour une part à punir le délinquant, mais aussi à l'empêcher de commettre à nouveau une infraction. Dès lors, ces sanctions ont pour objectif de retirer l'autorisation conférée au médecin parce qu'il est incompetent et donc dangereux. Il ne pourra être réintégré que lorsque ce danger aura cessé⁵.

175. L'autorisation d'exercice des médecins est censée être générale. Or, il semble que cette généralité puisse être fortement discutée comme en témoigne l'étude de la spécialisation médicale.

1. Voir cependant la récente décision du Conseil constitutionnel limitant le cumul de ces sanctions à la peine encourue la plus sévère : Cons. const., *M. Laurent D.*, 17 jan. 2013, n° 2012-289 QPC. Cette décision a été appliquée : CE, 21 juin 2013, *rec. Lebon*, n° 345500. Cela laisse penser que l'on assiste à une limitation du cumul possible.

2. Art. L. 4126-6 CSP. Néanmoins, il est impossible de sanctionner pénalement un médecin au titre de l'exercice illégal de la médecine lorsqu'il fait l'objet d'une interdiction judiciaire — et non ordinale — d'exercice. En effet, le 4° de l'article L. 4161-1 permet de sanctionner le médecin « pendant la durée de la peine d'interdiction temporaire prévue à l'article L. 4124-6 », ce qui ne permet pas de sanctionner le médecin réprimé au titre des dispositions du code pénal. Il y a là une évolution souhaitable de l'incrimination d'exercice illégal de la médecine. La question aurait pu être évoquée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cf. Cass. crim., 13 fév. 2007, n° 06-84624. Mais le pourvoi portait malheureusement sur une question procédurale.

3. Cf. la question des viols ou d'atteintes sexuelles par des médecins, *infra* n° 350, p. 182.

4. Celle-ci peut être, aux termes de l'article 131-27 du code pénal définitive ou temporaire. Lorsqu'elle est temporaire, elle ne peut excéder une durée de cinq ans.

5. La Cour de cassation a ainsi approuvé la Cour d'appel ayant jugé que la réhabilitation d'un avocat peut être subordonnée à des « gages d'amendement pour remplir à nouveau la condition de moralité ». Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juil. 2015, *Bull. civ.*, n° 13-17152.

§ 2. La spécialisation : limite à la généralité de l'autorisation des médecins

176. Les commentaires du code de déontologie médicale rédigés par le Conseil national de l'Ordre national des médecins précisent que l'article R. 4127-70 du code de la santé publique vient instituer l'« omnivalence du diplôme et [ses] limites¹ ». Il faut noter qu'il s'agit moins de l'omnivalence du diplôme que de celle de l'autorisation dont bénéficient les médecins pour effectuer des actes médicaux. Comme nous venons de le démontrer, le bénéfice du diplôme de docteur en médecine n'est en effet pas suffisant pour assurer la légalité de l'acte médical puisqu'il faut en plus démontrer l'inscription à l'Ordre des médecins. Dépassant cette question, nous pourrions penser qu'une fois le diplôme et l'inscription à l'Ordre acquis, le médecin pourrait faire valoir sa pleine capacité et exercer dans tous les domaines de la médecine.

Considérer que le médecin, une fois médecin, peut pratiquer tous les actes est une doctrine moderne. En effet, la profession médicale correspond à la réunion des anciens chirurgiens — cette profession provenant des professions de barbiers de longue robe et barbiers de courte robe — et des anciens médecins. C'est ainsi qu'ont longtemps été distingués chirurgiens et médecins, puis médecins de ville et officiers de santé à la campagne. L'unification s'est faite par les syndicats pendant la III^e République². Affirmer que les médecins peuvent pratiquer tous les actes médicaux doit donc être lu à l'aune du corporatisme médical.

177. Cependant, cette « omnivalence » est-elle toujours d'actualité à l'heure de la spécialisation des savoirs ? La question mérite d'être posée³ et n'est pas sans incidences. En effet, si l'étude démontre qu'il n'est plus possible de considérer qu'un médecin puisse librement pratiquer un acte dont il n'est pas spécialiste, il sera nécessaire de préciser les mécanismes restreignant cette liberté. Nous serons donc obligés de conclure que le médecin ne peut faire tous les actes médicaux puisqu'il ne peut faire que ceux qui ressortent de sa compétence.

Pour envisager les mécanismes limitant l'omnivalence médicale (B.), il faut s'entendre préalablement sur la définition de la spécialité (A.).

1. Article 70 - Omnivalence du diplôme et ses limites, Commentaires de l'ordre des médecins, Ordre des médecins, 11 oct. 2012, URL : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-70-omnivalence-du-diplome-et-limites-294> (visité le 29/10/2015).

2. Cf. sur ces questions J.-Ch. SOURNIA, *Histoire de la médecine*, Poche, La Découverte, 1997.

3. À titre d'illustration, la médecine généraliste est devenue une spécialité depuis son intégration dans les listes de diplômes d'études spécialisées. Cela revient à enterrer l'idée qu'un praticien puisse être généraliste, c'est-à-dire compétent *en général*.

A. Essai de définition de la spécialisation en médecine

178. Définition de la spécialité. Comme nous l'avons vu, à l'issue de l'examen classant national les étudiants forment des vœux selon leur rang pour intégrer l'internat au sein d'une discipline et d'une spécialité¹. L'internat permet de préparer à la fois la thèse de doctorat et le diplôme d'études spécialisées de médecine qui sanctionne la compétence acquise en spécialité. Une fois le diplôme d'études spécialisées acquis, le praticien peut présenter un diplôme d'études spécialisées complémentaires de médecine². Il faut ici distinguer les diplômes de groupe I et de groupe II. Le groupe II vise les spécialités chirurgicales et la réanimation, et le groupe I vise toutes les autres spécialités, c'est à dire les spécialités médicales — par opposition à chirurgicales —, la pharmacologie clinique et la psychiatrie. Par ailleurs, le spécialiste, s'il justifie « d'une formation et d'une expérience qui lui assurent tout ou partie des compétences requises pour l'exercice³ » d'une autre spécialité, peut obtenir du Conseil de l'Ordre des médecins l'autorisation de l'exercer en vertu d'un « droit d'exercice complémentaire »⁴. Il est aussi possible de présenter des diplômes de capacité. Ceux-ci sanctionnent une compétence supplémentaire du praticien.

Le Conseil de l'Ordre des médecins distingue les diplômes qualifiants de ceux ne l'étant pas. Les trois diplômes que sont les diplômes d'études spécialisés complémentaires de groupe I, les droits d'exercices complémentaires, et les capacités, sont qualifiés par le Conseil de l'Ordre des médecins de diplômes complémentaires « non qualifiants »⁵. L'Ordre des médecins considère que sont des diplômes de spécialité « qualifiants » le diplôme d'études spécialisées et le diplôme d'études spécialisées complémentaire de groupe II⁶. Le diplôme d'études spécialisées complémentaire de groupe II est d'ailleurs aussi connu sous l'acronyme DESCQ signifiant « diplôme d'études spécialisées complémentaires qualifiant ».

179. La complexité des spécialités et de leurs compatibilités — un spécialiste peut pratiquer les actes d'une autre spécialité — est résumée dans le « règlement relatif à la qualification établi par le conseil national en application de l'article 12 du décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 portant code de déontologie médicale » annexé à l'Arrêté du 4 septembre 1970 *portant approbation du règlement relatif à la qualification des médecins établi par le Conseil national*

1. Les disciplines regroupent plusieurs spécialités.

2. Arrêté du 22 septembre 2004 fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées complémentaires de médecine, n° NOR : MENS0402087A.

3. Décret n° 2012-637 du 3 mai 2012 relatif aux conditions dans lesquelles les docteurs en médecine peuvent obtenir une extension de leur droit d'exercice dans une spécialité non qualifiante, Art. 4.

4. Cf. sur cette question le *Ibid.* et l'Arrêté du 16 octobre 2014 pris en application du décret n° 2012-637 du 3 mai 2012 relatif aux conditions dans lesquelles les docteurs en médecine peuvent obtenir une extension de leur droit d'exercice dans une spécialité non qualifiante et fixant la composition des commissions et la procédure d'examen des dossiers, n° NOR : AFSH1424611A, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2014/10/16/AFSH1424611A/jo/texte> (visité le 05/09/2015).

5. *Demande d'inscription au tableau de l'ordre*, Conseil national de l'ordre des médecins, URL : <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/questionnaireinscriptionordremedecins.pdf> (visité le 05/09/2015), Version du 23 mars 2015, p. 3.

6. *Ibid.*, p. 2.

de l'ordre¹. Ce règlement dispose qu'« est considéré comme médecin spécialiste qualifié [*définition*] tout docteur en médecine qui possède, dans une des disciplines énumérées au présent article, un certificat d'études spéciales lorsqu'un enseignement a été institué. À défaut de la possession de ce certificat, peuvent être prises en considération des connaissances particulières, qui seront appréciées dans les conditions prévues au présent règlement. » Le règlement relatif à la qualification vise par ailleurs un certain nombre de compétences qui peuvent être exercées simultanément avec une autre compétence.

180. La spécialité est donc une notion réglementée et suppose une formation particulière. Reste à savoir quelle est son influence sur l'omnivalence du titre de médecin.

B. Influence de la spécialisation sur l'omnivalence du titre de médecin

181. La distinction que fait le Conseil de l'Ordre des médecins entre diplômes qualifiants et non qualifiants vise à définir la spécialité. Pour être spécialiste, il faut donc être titulaire d'un des diplômes réputés « qualifiants ».

En théorie, la spécialité est indifférente, pourvu que le praticien agisse dans des domaines qui ne dépassent pas sa compétence². Cependant il apparaît qu'en pratique, les tribunaux prennent en compte la spécialité dans la détermination de la faute en matière de responsabilités (1.) et que la spécialité est prise en compte dans les polices d'assurance (2.).

1. Influence de la spécialité sur la responsabilité

182. Responsabilité pénale. Tout d'abord, il est certain que « ne commet pas une infraction pénale, une personne titulaire du diplôme de docteur en médecine et inscrite au tableau de l'Ordre, qui sort des limites de sa spécialité ou de sa compétence³. » En droit pénal, la lecture stricte et étroite de l'incrimination d'exercice illégal de la médecine est donc confirmée et maintenue par la jurisprudence. Ainsi, le médecin agissant hors de sa spécialité ne peut être condamné pour exercice illégal de la médecine. C'est tout à fait logique au regard des éléments de l'incrimination : le diplôme et l'inscription à l'Ordre.

En revanche, la spécialité peut être invoquée pour caractériser la faute pénale consistant en la mise en danger de la personne⁴. La faute caractérisée nécessaire à la mise en œuvre de l'article 131-3 du code pénal avait ainsi été démontrée à propos d'un chirurgien orthopédiste ayant prodigué

1. *Arrêté du 4 septembre 1970* portant approbation du règlement relatif à la qualification des médecins établi par le Conseil national de l'ordre, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C89D1FAAA49A1E5AC0764F57F86408B0.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT00000437171&dateTexte=20080724 (visité le 15/05/2016).

2. Conformément à l'article R. 4127-70 du code de la santé publique.

3. Cass. crim., 8 mar. 2011, *Bull. crim.*, n° 50, n° 10-43330. C'est une position classique, cf. par ex. Cass. crim., 17 mai 1983, *Bull. crim.*, n° 145, n° 81-92333.

4. Cela peut se déduire d'un arrêt qui a sanctionné un praticien spécialiste ayant exposé autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente en ne respectant pas les règles de l'art de sa spécialité. Cass. crim., 29 juin 2010, *Bull. crim.*, 2010, n° 09-81661.

des soins à un grand brûlé. La Cour de cassation a retenu que « constitue *nécessairement* une faute caractérisée le fait pour un médecin de prendre en charge, sauf circonstances exceptionnelles¹, une pathologie relevant d'une spécialité étrangère à sa qualification dans un établissement ne disposant pas des équipements nécessaires². »

183. Responsabilité civile. En matière de responsabilité civile, depuis l'arrêt *M. Nicolas c. époux Mercier* le praticien doit donner « des soins, non pas quelconques [...], mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science³. » On attend donc du médecin qu'il soit au fait des données acquises ou actuelles de la science, au fait de son art. La distinction doit être faite selon le degré de certitude de la donnée⁴ et selon le degré d'établissement du consensus dans la littérature médicale. Aussi, l'obligation de connaissance varie-t-elle « en fonction des diverses spécialités, la jurisprudence [exigeant] moins de connaissances du généraliste que du spécialiste, envers qui elle se montre plus sévère⁵. » Cela amène l'auteur à en déduire que « tout médecin ayant une obligation de compétence, imposée d'ailleurs par le code de déontologie, se devrait de refuser de pratiquer un acte ne relevant pas de ses compétences, au risque, si un préjudice survient, de voir sa faute appréciée par rapport à celle qu'aurait pu commettre un spécialiste de l'acte médical préjudiciable⁶. »

Le médecin intervenant dans une spécialité qui n'est pas la sienne⁷ risque d'être jugé aussi sévèrement que le médecin intervenant dans sa spécialité. Cependant, le bon sens décourage tout praticien d'intervenir hors de sa spécialité. Le risque « médico-légal⁸ » est en effet une préoccupation suffisamment pesante sur le corps médical pour qu'il évite de l'augmenter.

1. Cela doit se comprendre à la lumière de l'état de nécessité qui oblige non seulement le praticien même non spécialiste, mais, en général, toute personne pouvant aider à agir en cas de nécessité. Il est cependant logique que, devant une pluralité de personnes pouvant aider, la plus compétente soit choisie. Cf. *infra* n° 373 et s., p. 192 et s.

2. Cass. crim., 23 oct. 2012, *inédit*, n° 11-85360. Nous soulignons.

3. Cass. civ., *M. Nicolas c. époux Mercier*, 20 mai 1936, pour un arrêt illustrant la jurisprudence récente utilisant cette formule, cf. Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2013, n° 12-21338. Cette formule est similaire à celle qui a été retenue à l'article R. 4127-32 du code de déontologie médicale (Art. 32 du code de déontologie médicale), et l'article L. 1110-5 du code de la santé publique issu de la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé se place dans cette même ligne, comme le fait remarquer S. PORCHY-SIMON, « Fasc. 440-40 : Santé . – Responsabilité médicale . – Responsabilité pour faute de technique médicale », *J.-Cl. res. civ.*, 25 juil. 2013.

4. J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, avec une préf. d'A. TUNC, Bibliothèque de droit privé, t. 133, L.G.D.J., 1973, p. 58.

5. *Ibid.*, p. 58.

6. M. HARICHAUX, « L'obligation du médecin de respecter les données de la science : A propos du cinquante-nième de l'arrêt Mercier : bilan d'une jurisprudence », *JCP G.*, 18 nov. 1987, I 3306, n° 47.

7. La médecine générale est devenue une « spécialité » à part entière.

8. Expression au demeurant impropre, le risque n'est ici que légal, la justice — et le procès — découlant du droit, il conviendrait de bannir cette expression et de parler uniquement de risque juridique (il faut en effet rester large, une partie du règlement des litiges en matière médicale ayant lieu au sein des CRCI, et donc hors du monde *judiciaire* stricto sensu). Il faut d'ailleurs relativiser l'importance de ce risque comme le démontre l'étude de l'institut droit et santé démontrant que le risque juridique n'a pas augmenté du fait de l'augmentation proportionnelle du nombre des actes médicaux. A. LAUDE, « La judiciarisation de la santé », *Questions en santé publique*, mar. 2013, 20, URL : <http://www.iresp.net/iresp/files/2013/04/judiciarisation-sante-n20.pdf> (visité le 21/09/2015).

184. La jurisprudence quant à elle se fonde souvent sur la spécialité pour conclure à la compétence du praticien. Les juges du fond concluent ainsi souvent que la spécialité emporte des compétences techniques propres à celle-ci¹. Elle retient aussi que la spécialité permet de présumer certaines connaissances permettant d'agir correctement². L'absence de spécialité vient donc priver le praticien des connaissances normalement requises pour agir correctement. Ce fut le cas du stomatologue appelé au chevet d'un enfant ayant subi une circoncision. La cour en a déduit que « sa profession de stomatologiste ne lui donnait aucune compétence particulière pour apprécier correctement la suite à donner en cas de complication³. » La spécialité est donc perçue par les juges comme un indice de la compétence des professionnels.

185. Responsabilité disciplinaire. Il est possible aux Ordres médicaux de mettre en œuvre une procédure d'insuffisance professionnelle sur le fondement de l'article R. 4124-3-5 du code de la santé publique. Cette procédure sert principalement à contrôler la compétence professionnelle des praticiens⁴. Elle a notamment été mise en œuvre pour suspendre un praticien hospitalier spécialisé en gynécologie-obstétrique n'ayant suivi aucune formation universitaire en coelioscopie ni validé aucun diplôme universitaire dans cette technique⁵ ou un anesthésiste réanimateur présentant une absence de compétence en anesthésie pédiatrique⁶.

186. La question de l'hyperspécialité. Il existe, au sein même des spécialités, des hyperspécialités. Elles sont matérialisées par les différents diplômes non qualifiants tels que les capacités⁷. Ainsi, le gynécologue n'ayant jamais traité de cancer du sein sera-t-il découragé de les soigner avant de s'être formé pour cela et d'avoir l'habitude de les soigner⁸ et pourra même

1. « Mme N. a elle-même commis des fautes comme déjà exposé et analysé puisqu'elle s'est éloignée des règles de bonnes pratiques et recommandations médicales en n'établissant pas des compte rendus détaillés et complets des échographies réalisées, en n'interprétant pas correctement les éléments biométriques en faveur de l'existence d'un tableau malformatif intéressant le pôle céphalique à type de microcéphalie et, ainsi, en ne mettant pas en œuvre tous les moyens et toute la vigilance nécessaires à l'établissement d'un diagnostic que l'on était parfaitement en mesure de suspecter, *ce qui relève pourtant de sa spécialité et de ses compétences techniques.* » CA Aix-en-Provence, ch. 10, 7 juil. 2015, n° de rôle : 14/00772 n° JurisData : 2015-017590 (Nous soulignons). « Il ne peut être reproché au docteur R. qui a prescrit une mammographie de s'être tenu à la lecture du compte rendu et des clichés du radiologue, lequel n'a pas mis en œuvre tous les moyens nécessaires au diagnostic, *ce qui relève de la spécialité et des compétences techniques propres de ce dernier.* » CA Aix-en-Provence, ch. 10, 19 fév. 2015, n° de rôle : 13/15973 n° JurisData : 2015-004813. (Nous soulignons).

2. « L'anesthésiste qui a mis en place le cathéter devait en déterminer le sort après l'intervention chirurgicale et donner toutes instructions utiles à son sujet, ce qui relève de sa spécialité. » CA Aix-en-Provence, ch. 10, 9 jan. 2014, n° de rôle : 12/02279 n° JurisData : 2014-000847.

3. CA Paris, *Bellaïche c. Ktorza*, 12 fév. 1991, n° RG : 91/7157, n° JurisData : 1992-021852.

4. *Cf. supra* n° 173, p. 92.

5. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 27 jan. 2016, n° 356, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=18947>.

6. Formation restreinte du conseil national de l'ordre des médecins, 20 oct. 2015, n° 283, URL : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/FicheDetailConsultation.do?ficId=18639>.

7. La capacité est un diplôme auquel peuvent prétendre les docteurs en médecine et leur conférant certaines compétences supplémentaires dans leur exercice.

8. Il existe par exemple un diplôme inter-universitaire européen intitulé « oncologie gynécologique et mammaire » à l'Université Paris Descartes (Paris V). *Cf.* le site internet de l'Université : [http://www.scfc.parisdescartes.fr/index.php/descartes/formations/medecine/oncologie-hematologie/diu-europeen-oncologie-gynecologique-et-mammaire/\(language\)/fre-FR](http://www.scfc.parisdescartes.fr/index.php/descartes/formations/medecine/oncologie-hematologie/diu-europeen-oncologie-gynecologique-et-mammaire/(language)/fre-FR) (visité le 5/09/2015).

voir sa responsabilité ordinale ou civile engagée en cas de défaut de compétence. Il en va de même pour le médecin spécialiste débutant. S'il est supposé compétent, il n'en reste pas moins tout autant responsable que le médecin spécialiste chevronné et il sera jugé de la même manière que ce dernier.

C'est donc moins les diplômes de spécialité et le titre de spécialiste qui sont recherchés que la compétence acquise. En parlant de spécialisation, il ne faut pas se focaliser sur le titre, mais suivre la compétence. Cela est aussi reconnu par le règlement relatif à la qualification qui, s'il fonde la spécialité sur la certification d'études spéciales, permet aussi que soient « prises en considération des connaissances particulières, qui seront appréciées dans les conditions prévues au présent règlement. »¹ Il a donc fallu instituer une commission de contrôle de ces connaissances².

187. Bilan. Le possible engagement de la responsabilité pénale, civile et disciplinaire du praticien interdit au praticien l'exercice hors de sa spécialité. Ainsi, *de facto*, une partie des médecins est-elle découragée d'effectuer certains actes médicaux, entamant là l'omnivalence du titre de médecin.

188. Ce résultat se retrouve en matière d'obligation d'assurance.

2. Influence de la spécialité sur l'obligation d'assurance

189. La spécialité est aujourd'hui appréhendée par les assureurs. En effet, la mention de la spécialité dans la police d'assurance permet de désigner plus précisément le champ des actes assurés, et donc de limiter le risque assuré.

190. Une assurance professionnelle obligatoire limitée à l'action professionnelle. Or, l'article L. 1142-2 du code de la santé publique³ rend obligatoire l'assurance des auteurs d'actes médicaux. Cette assurance est « destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité. »

Comme le font remarquer R. SAVATIER et al., l'assurance de responsabilité civile professionnelle est limitée à l'activité professionnelle et à celle-là seulement. C'est-à-dire que sont naturellement exclus de la police les sinistres dus à la circulation automobile, les vols ou accidents ayants eu lieu dans le cabinet⁴. Sont aussi exclus de la police d'assurance professionnelle les fautes intentionnelles puisqu'il ne s'agirait plus d'un risque⁵.

1. Arrêté du 4 septembre 1970 portant approbation du règlement relatif à la qualification des médecins établi par le Conseil national de l'ordre, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C89D1FAAA49A1E5AC0764F57F86408B0.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT000000437171&dateTexte=20080724 (visité le 15/05/2016).

2. Pour un litige sur ce point, cf. CE, 4ss., 5 mai 1999, n° 193701, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007982062>.

3. Reproduit à l'article L. 251-1 du code des assurances.

4. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 325, p. 310.

5. Sont ainsi exclus les viols et les mutilations non autorisés par l'autorisation de la loi relative à la médecine.

Il faut cependant déterminer s'il est possible d'exclure conventionnellement certains risques de la police d'assurance. Cette exclusion, ayant pour effet d'exposer le praticien à un risque du fait de la non assurance, générerait un frein important à la pratique d'actes médicaux.

191. La possibilité d'une exclusion conventionnelle de garantie pour certains actes médicaux. L'article L. 1142-2 du code de la santé publique oblige la conclusion d'une assurance relative aux sinistres survenant « dans le cadre de l'ensemble » de l'activité de ces professionnels de santé. Faire référence à l'activité plutôt qu'à la médecine était nécessaire. En effet, l'article ne se limite pas aux professionnels de santé mais inclut aussi les établissements, services et organismes de santé. Mais faire référence à l'activité plutôt qu'à la médecine permet de distinguer l'activité médicale pratiquée par le praticien de la médecine elle-même.

Ce faisant, cet article fait une place à la spécialité ou à l'activité du praticien en l'opposant à l'ensemble des activités qu'il peut théoriquement pratiquer. Dès lors, les textes admettent tacitement que puissent être formulées au sein des contrats d'assurance de responsabilité civile des exclusions de garantie¹, du moment que la police d'assurance continue de couvrir le champ d'activité du professionnel de santé.

192. Les assureurs médicaux mettent ainsi couramment en œuvre des limitations de garantie dans les polices d'assurance de responsabilité civile professionnelle². Nous constatons que les contrats de responsabilité civile professionnelle mentionnent clairement les modalités d'exercice de la profession, à savoir la spécialité, et excluent les risques issus de la pratique d'autres spécialités. Les contrats peuvent aussi contenir des clauses d'exclusion de garantie visant la pratique de certains actes listés, y compris au sein de la spécialité. Ainsi, la police d'assurance d'un gynécologue-obstétricien peut-elle préciser qu'il ne sera pas assuré pour la pratique des actes d'échographie fœtale.

193. Exclure d'une police d'assurance le risque généré par des actes médicaux, c'est priver le praticien d'un exercice serein puisque d'une part il supporte lui-même le risque généré par ces actes et, d'autre part, il ne respectera pas les prescriptions de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique lui imposant la conclusion d'une assurance. De plus, cette obligation est sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire des médecins³, ce qui peut conduire à lui interdire d'exercer.

De jure et de facto, le praticien peut uniquement pratiquer les actes médicaux pour lesquels il est assuré.

1. Le droit des assurance admet la limitation de garantie puisque cette matière est fondée, comme tout le droit des contrats, sur la liberté contractuelle. La limitation ou l'exclusion de garantie doit cependant être limitée — pour que l'assuré connaisse l'étendue de sa garantie — et formelle, c'est à dire écrite. Art. L. 113-1 code des assurances.

2. Nous tenons à remercier ici le docteur Christophe COUSIN, gynécologue-obstétricien, et Madame Valérie CORDONNIER de la direction du risque médical et de la protection juridique de la MACSF de nous avoir transmis des polices d'assurance.

3. Art. L. 1142-2 *in fine* CSP.

194. Bilan. Le médecin est, en théorie, autorisé à pratiquer tous les actes médicaux dès lors qu'il est titulaire du doctorat d'exercice en médecine et qu'il est régulièrement inscrit à l'Ordre des médecins. Ces conditions doivent être modérées puisque sa responsabilité pourra être engagée lorsqu'il agit hors de sa compétence, et il ne respectera pas les conditions d'exercice s'il n'est pas assuré pour les actes qu'il pratique. Par ailleurs, les assureurs restreignent leurs polices d'assurances aux actes de la spécialité, ce qui revient à limiter le champ des actes pouvant être pratiqués par les médecins à leur spécialité.

195. La profession de médecin présente sous cet angle des caractéristiques communes avec les professions ne pouvant effectuer que certains actes médicaux.

Section II Les auteurs de l'acte médical à l'autorisation restreinte

196. Distinction entre professions médicales et auxiliaires de soins¹. Le médecin n'est pas le seul à pratiquer des actes médicaux puisque ceux-ci peuvent l'être par les autres professionnels médicaux et les auxiliaires médicaux. Les deux types de professionnels sont bien connus du code de la santé publique qui leur consacre des dispositions spécifiques. Cette spécificité ressort de la structure du code de la santé publique. Celui-ci, au sein de la partie consacrée aux professions de santé, consacre un livre aux professions médicales, un livre aux professions de la pharmacie et un livre aux auxiliaires médicaux².

197. Caractéristique des professions d'auxiliaires de soins : l'absence d'autonomie. Comment comprendre et organiser les différentes professions et selon quel critère ? Le point commun des professions médicales autres que médecin et des professions d'auxiliaires médicaux est de ne pouvoir effectuer que certains actes médicaux. Reste que celles-ci semblent se distinguer par leur autonomie : les professionnels médicaux peuvent effectuer les actes sans délégation tandis que les professionnels auxiliaires médicaux doivent, pour effectuer des actes normalement réservés au médecin, obtenir une autorisation.

1. Le code de la santé publique utilise indifféremment les expressions auxiliaires médicaux (*cf.* le livre III de la quatrième partie de la partie législative consacré aux « auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puériculture, ambulanciers et assistants dentaires ») et professionnel paramédical (*cf.* par ex. le titre IX du Livre III de la quatrième partie du code de la santé publique qui est intitulé « organisation de certaines professions paramédicales » et l'alinéa 4 de l'article L. 1112-1 du code de la santé publique). Il existe par ailleurs un Haut Conseil des professions paramédicales (*cf.* arts. D. 4381-1 et s. du code de la santé publique) et le code de la santé publique utilise régulièrement l'expression « professionnel paramédical ». Il faut néanmoins signaler le fait que les aides-soignants, auxiliaires de puériculture, ambulanciers et assistants dentaires sont exclus de la catégorie des auxiliaires médicaux, et donc, semble-t-il des professions paramédicales.

2. Ces trois livres contiennent une description des différentes professions précédée de dispositions générales qui leur sont communes, sauf pour les auxiliaires médicaux qui sont parfois regroupés et ont alors des dispositions communes.

La différence n'est pas mince puisque le médecin ne pourra être sanctionné que pour faute. Ainsi, il peut parfaitement effectuer l'acte — en prenant un risque — tandis que les autres auteurs seront sévèrement cantonnés à leur domaine puisqu'en exerçant la médecine ils pourront être sanctionnés sur le fondement de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.

198. Caractérisation de l'autonomie : la possibilité de diagnostiquer. Le code de la santé publique distingue les professions médicales — médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes — des professions paramédicales, les premières se distinguant des secondes par leur autonomie. Le professionnel médical peut en effet diagnostiquer et traiter de manière autonome tandis que le professionnel paramédical, même s'il peut librement effectuer des soins ne constituant pas des actes médicaux¹ — tel un pansement —, il ne peut pratiquer un acte médical tel une vaccination que sur ordre d'un professionnel médical. À la différence des médecins, toutes ces professions sont limitées dans les actes médicaux qu'elles peuvent effectuer.

Il est donc nécessaire de déterminer un critère efficace pour déterminer l'autonomie². L'autonomie suppose de maîtriser et de pratiquer la démarche médicale de bout en bout. Pour cela, le praticien doit être capable de diagnostiquer la pathologie dans son champ de compétence. Le diagnostic³, en tant qu'élément initial de la démarche médicale, peut donc être utilisé comme élément révélateur de l'autonomie du professionnel. Si celui-ci peut diagnostiquer lui-même, c'est qu'il peut ensuite mener tout le reste de la démarche médicale et donc qu'il n'est pas soumis au contrôle d'un autre professionnel. Si le professionnel n'est pas autorisé à diagnostiquer, c'est que son action est cantonnée à des tâches d'exécution, celles-ci pouvant constituer en un traitement ou contribuer à une activité diagnostique, mais ne consistant pas en une démarche médicale.

199. Les « diagnostics » des professionnels paramédicaux. Cependant, le code de la santé publique reconnaît les diagnostics infirmiers⁴ et les diagnostics kinésithérapiques⁵. Nous trouvons aussi un ensemble de bilans tels que les bilans ostéo-articulaires⁶ confiés aux ergothérapeutes, bilans psychomoteurs⁷ confiés au psychomotriciens et le « bilan qui comprend le diagnostic orthophonique⁸ » confié à l'orthophoniste. Le diagnostic ne semble donc pas réservé aux professions médicales puisque les professions paramédicales peuvent pratiquer des diagnostics limités à leur domaine de compétence.

Nous constatons en effet que l'usage du nom « diagnostic » est très proche du « bilan ». Par exemple, l'alinéa 2 de l'article R. 4321-2 du code de la santé publique relatif aux actes professionnels des masseurs-kinésithérapeutes dispose que « dans le cadre de la prescription médicale, [le masseur-kinésithérapeute] établit *un bilan* qui comprend le *diagnostic kinésithérapique* et

1. Pour une illustration de cette opposition, cf. Art. L. 2212-7 CSP.

2. L'autonomie se caractérise par la possibilité de réaliser un travail autonome.

3. Pour une définition du diagnostic, cf. *supra* n° 106 et s., p. 63 et s.

4. Art. R. 4311-3 CSP.

5. Arts. R. 4321-2 R. 4321-81 CSP.

6. Art. R. 4331-1 CSP.

7. Art. R. 4332-1 CSP.

8. Art. R. 4342-2 CSP.

les objectifs de soins, ainsi que le choix des actes et des techniques qui lui paraissent les plus appropriés¹. » Le diagnostic est donc une part du bilan que pratique le masseur-kinésithérapeute. Or, les praticiens non médicaux ne peuvent pratiquer des actes médicaux que sur prescription², le diagnostic étant réservé aux professions médicales. Ainsi, les actes de diagnostics, même dénommés « diagnostic mécanique³ » ou qualifiés « d'appréciation⁴ » des troubles sont réprimés s'ils ne sont pas menés par un médecin. Dès lors, les professionnels paramédicaux ne collaborent que pour le traitement. Le diagnostic, au sens où nous l'entendons, est alors déjà établi par le délégant. Dès lors, le délégataire de l'acte n'a plus à effectuer le diagnostic. Le délégataire, lorsqu'il reçoit le patient reçoit aussi la prescription contenant le diagnostic et le traitement proposé. Il doit alors rencontrer le patient et appréhender⁵ sa pathologie. Là est sûrement le sens de l'utilisation du nom « bilan ». Celui-ci, d'origine financière, est communément utilisé « en référence à l'inventaire des éléments d'une situation (de là des emplois spécialisés en médecine, en psychologie et en physique), et prend le sens figuré d'"état, résultat global"⁶. » Le bilan n'est donc pas entendu au sens de comparaison d'une nosologie avec une analyse sémiologique. Et si le diagnostic paramédical est une partie du bilan et que les praticiens paramédicaux n'ont pas le droit de pratiquer le diagnostic au sens de comparaison d'une nosologie avec une analyse sémiologique, il faut déduire que les praticiens paramédicaux ne pratiquent pas des diagnostics, mais « font le bilan ».

Dès lors, on peut conclure que l'usage du nom « diagnostic » associé à une spécialité paramédicale ne désigne pas la réalisation d'un diagnostic au sens de comparaison d'une sémiologie avec la nosologie pour en déduire l'existence d'une pathologie.

200. La nécessaire mise à jour des catégories. Il est aujourd'hui nécessaire de faire le point sur les différentes catégories de professionnels autorisés à pratiquer des actes médicaux puisque l'on constate une importante mutation des rôles respectifs des professions médicales et des auxiliaires de soins⁷ et l'irruption de nouvelles professions telles que psychologues et ostéopathes.

201. Les professions pratiquant des actes médicaux autres que celle de médecin se caractérisent donc par le caractère limité des actes qu'elles peuvent pratiquer. Au sein de ces professions,

1. Nous soulignons. Cf. aussi l'article R. 4342-2 du même code cité *supra* et reprenant la même structure.

2. Cf. *infra* n° 251 et s., p. 123 et s.

3. Cass. crim., 28 avr. 1987, *inédit*, n° 86-93308.

4. Cass. crim., 17 juil. 1987, *inédit*, n° 86-96743.

5. Au sens de « saisir par l'esprit », « comprendre ou concevoir ». Cf. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Appréhender.

6. *Ibid.*, v° Bilan.

7. Un exemple parmi d'autre peut être noté : il est aujourd'hui possible pour ces professions de déclarer une pratique avancée. Ce mécanisme subordonne la pratique d'acte normalement interdit à une formation spécifique. Ainsi, l'infirmier pourra-t-il avoir une pratique avancée en oncologie moyennant un master de sciences cliniques infirmières, ce qui lui permettra d'effectuer librement certains actes d'oncologie. *Master Sciences cliniques infirmières - Spécialité infirmier(ère) de praticiens avancés en cancerologie*, Aix-Marseille Université, 2015, URL : http://formations.univ-amu.fr/plaquettes/MED/ME5ACI-Master_Sciences_cliniques_infirmieres/SPACI5B-Specialite_Infirmier_ere_de_pratiques_avancees_en_CANCEROLOGIE.pdf (visité le 16/04/2016).

il faut distinguer celles qui peuvent ne pratiquer qu'un nombre réduit d'actes médicaux et qui sont usuellement désignées comme « médicales » (§ 1.) des professions d'auxiliaires médicaux qui, en plus d'une limitation des actes médicaux pouvant être effectués, doivent être autorisées par un professionnel médical pour agir (§ 2.).

§ 1. Les auteurs au champ réduit d'actes médicaux

202. Nous entendons par auteurs au champ réduit d'actes médicaux ceux ne pouvant pratiquer que certains actes médicaux mais étant libres de décider de ceux-ci. Ces professionnels sont donc libres de pratiquer certains actes sans contrôle ou autorisation préalable, à charge pour eux de refuser de pratiquer des actes n'étant pas dans leur champ de compétence.

Traditionnellement, cette définition correspond aux professions médicales autres que la profession de médecin. Mais il faut envisager l'idée que certaines autres professions ne faisant pas partie des professions médicales bénéficient de la même liberté, ce qui reviendrait à proposer une évolution de cette catégorie.

203. Après avoir étudié les professions médicale autres que médecins mentionnées par le code de la santé publique (A.), nous vérifions que d'autres professions ne bénéficient pas d'une autonomie d'action (B.).

A. Professions médicales autres que médecin

204. Les professions de chirurgien-dentiste et de sage-femme sont similaires à celles de médecin mais sont limitées à une unique spécialisation. En effet, ces professionnels sont uniquement formés pour les actes qu'ils pratiqueront. Leurs spécialité s'impose donc à eux de manière beaucoup plus rigoureuse et tout acte pratiqué hors de cette spécialité sera sanctionné.

La réglementation de ces professions est calquée sur la profession médicale. Ainsi, les conditions de formation sont sensiblement les mêmes et soumises à des conditions d'exercice et de diplômes presque similaires. Elles sont également soumises à un Ordre et à des dispositions déontologiques qui leur sont propres mais qui ne diffèrent pas fondamentalement de celles relatives au médecin. Enfin, elle sont aussi soumises à une obligation de développement professionnel continu.

Il faut donc moins insister sur les règles qui régissent leur activité que sur ce qui différencie ces professions de celle des médecins, c'est à dire la limitation de leur périmètre d'action.

205. La catégorie des professions médicales du code de la santé publique¹ contient deux professions : les chirurgiens-dentistes (1.) et les sages-femmes (2.).

1. Cf. arts. L. 4011-1 et s. CSP. Ceux-ci sont inclus dans le livre premier de la quatrième partie consacrée aux professions de santé.

1. Chirurgiens-dentistes

206. Définition de la profession de chirurgien-dentiste. Dans un chapitre consacré aux conditions d'exercice des chirurgiens-dentistes, les deux articles L. 4141-1 et L. 4141-2 du code de la santé publique viennent circonscrire le champ d'action des chirurgiens-dentistes. Si le second autorise les chirurgiens-dentistes à « prescrire tous les actes, produits et prestations nécessaires à l'exercice de l'art dentaire », le premier vient restreindre le champ de cette liberté par une définition étroite de l'art dentaire.

Ainsi, l'art dentaire est-il défini comme comportant :

« la prévention, le diagnostic et le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées, de la bouche, [les] dents, [les] maxillaires et [les] tissus attenants, dans le respect des modalités fixées par le code de déontologie de la profession mentionné à l'article L. 4127-1¹. »

207. Cette définition vient faire référence à des actes, une localisation et une méthode d'action.

Primo, elle fait référence à des actes de prévention, de diagnostic ou de traitement. Nous constatons que le professionnel est donc autonome puisqu'il peut exercer tous les actes sans en référer à un autre professionnel. Nous retrouvons ici la formulation de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique qui définit l'exercice illégal de la médecine. Il s'agit donc d'une formulation classique.

Secundo, nous notons que l'exercice est limité à une région particulière de la personne : « la bouche, des dents, des maxillaires et des tissus attenants ». Il s'agit d'une définition ne visant pas la maladie, mais une région anatomique précise. Ces actes sont identiques à ceux pratiqués par les chirurgiens stomatologues, et nous ne constatons donc aucune raison de leur dénier la qualification de « médical ». Les juges du fond ont ainsi considéré que l'anesthésie² ou la pose d'implants³ par un chirurgien-dentiste constituent des actes médicaux.

Tertio, l'article institue un élément de définition relatif à la méthode d'action. Est un acte de l'art dentaire l'acte respectant les dispositions déontologiques. Cet élément de définition est surprenant. En effet, cela signifie *a contrario* que l'acte contraire à la déontologie ne sera pas un acte de l'art dentaire. Dès lors, il pourra être sanctionné au titre de l'exercice illégal de l'art dentaire. Dans les faits, cette interprétation — pourtant logique — ne devrait pas être retenue et les actes non conformes à la déontologie devraient être sanctionnés ordinalement. Cette interprétation est confirmée par le contenu de l'infraction d'exercice illégal de l'art dentaire⁴ qui ne mentionne pas l'acte contraire à la déontologie. Nous pensons que cet élément de définition

1. Art. L 4141-1 du code de la santé publique anciennement art. L. 373 du même code. Cet alinéa était suivi de l'incrimination d'exercice illégal de l'art dentaire.

2. CA Aix-en-Provence, 3 juil. 2014, n° RG : 13/17113, n° JurisData : 2014-022868.

3. CA Aix-en-Provence, 26 juin 2014, n° RG : 13/02876, n° JurisData : 2014-015789.

4. Art. L. 4161-2 CSP.

visé plus à exiger des praticiens qu'ils respectent la déontologie. Mais, si c'était l'idée, l'effet est complètement différent. Il reste possible de faire peser sur les chirurgiens-dentistes l'obligation de respecter la déontologie, ce qui est plus cohérent avec la pratique que de définir l'acte comme étant obligatoirement conforme à la déontologie. Il conviendrait donc de réécrire cet article pour faire disparaître cet élément de la définition de l'art dentaire. Une telle modification serait cependant de pur style puisque l'on imagine mal que l'article soit interprété de cette manière.

208. La situation du chirurgien-dentiste est assez claire : il peut pratiquer tous les actes médicaux sur les dents et leur environnement. Cela contraste avec la définition des actes de la sage-femme, plus complexe.

2. Sages-femmes

209. Comparativement à la réglementation des chirurgiens-dentistes, celle des sages-femmes paraît complexe. L'article L. 4151-1 du code de la santé publique cantonne leur action aux actes sur la mère et le nouveau-né¹ et dresse les grandes lignes des actes qui peuvent être pratiqués par les sages-femmes, à savoir « la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux ». Cette règle, apparemment simple, est précisée par un ensemble de dérogations et de précisions. Au deuxième alinéa de l'article L. 4151-1 du code de la santé publique, il est précisé qu'il lui est permis de pratiquer les examens postnataux « si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique. » L'alinéa trois indique qu'à l'exception des situations pathologiques, les sages-femmes peuvent réaliser les « consultations de contraception et de suivi gynécologique de prévention ». L'article L. 4151-2 du code de la santé publique autorise aussi certaines vaccinations tandis que l'article L. 4151-4 du même code autorise les sages-femmes à prescrire certains dispositifs médicaux², des médicaments³, des examens⁴ ou à pratiquer des interruptions volontaires de grossesse⁵. Dans tous les cas, la sage-femme doit confier à un médecin toute personne dont la

1. Le nouveau-né est défini comme l'enfant de moins de 28 jours.

2. Cf. *Arrêté du 27 juin 2006* fixant la liste des dispositifs médicaux que les sages-femmes sont autorisées à prescrire, n° NOR : SANS0622672A, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000024688759> (visité le 08/09/2015).

3. Il existe ainsi des décrets listant les médicaments pouvant être prescrits par les sages-femmes. Cf. *Arrêté du 12 octobre 2011* fixant la liste des médicaments que peuvent prescrire les sages-femmes et portant abrogation de dispositions réglementaires, n° NOR : ETSH1127808A, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024686131> (visité le 08/09/2015). Cette liste est naturellement limitative. Pour les médicaments contraceptifs et les dispositifs contraceptifs, ceux-ci sont prescrits en vertu de l'article L. 5134-1 du code de la santé publique. Mais la sage-femme est incompétente pour pratiquer l'avortement médicamenteux, celui-ci étant réservé au médecin du fait de l'article L. 2212-2 du code de la santé publique.

4. S'il existe des listes pour les dispositifs médicaux et les médicaments, il n'existe pas de liste pour la prescription d'examens. Ceux-ci doivent donc respecter la règle générale, c'est-à-dire concourir au diagnostic, à la surveillance, à la préparation, à la réalisation de l'accouchement et des soins postnataux comme le prévoit l'article L. 4151-1 du code de la santé publique.

5. *Décret n° 2016-743 du 2 juin 2016* relatif aux compétences des sages-femmes en matière d'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse et en matière de vaccination.

grossesse est pathologique¹. Dans ce cas, elle n'a plus d'autonomie puisqu'elle n'est autorisée qu'à « pratiquer les soins prescrits par un médecin ».

210. La réglementation du statut de la sage-femme est donc très détaillée et plus complexe que la réglementation du statut du chirurgien-dentiste. Cela tient sûrement au fait qu'à la différence du statut du chirurgien-dentiste, celui de la sage-femme est défini non en référence à une région anatomique, mais en référence à un but : permettre la réalisation et le bon déroulement de grossesses non pathologiques. Cela suppose donc de fixer les bornes de ce qui est nécessaire au traitement d'une grossesse non pathologique — et donc de limiter les moyens dont disposent les sages-femmes — et de construire un système qui vient priver la sage-femme de sa liberté d'action lorsque la situation est pathologique. En effet, il a été décidé de ne pas mettre la sage-femme complètement hors circuit dans ces situations, mais uniquement de la soumettre aux décisions du médecin, ce qui revient à la priver d'autonomie. Dès lors, il est nécessaire de construire un système complexe pour épouser les contours de la situation non pathologique.

211. Si la sage-femme pratique un acte qui ne concerne pas l'accouchement, la reproduction de la femme ou la santé du nouveau-né et qui est pathologique, elle agit hors de l'autorisation qui lui est conférée et est donc passible de sanctions. Cependant, elle peut bénéficier d'une autorisation expresse du médecin pour des actes d'exécution.

Néanmoins, il faut noter une tendance à l'accroissement de leur compétences et notamment des actes et prescriptions qu'elles peuvent pratiquer².

212. À ce tableau, nous devons ajouter une nouvelle complexité puisque certaines professions non médicales peuvent être reconnues comme ayant une autonomie d'action.

B. Professions non médicales ayant une autonomie d'action

213. Il semble que la règle traditionnelle selon laquelle seuls les professionnels médicaux ont une autonomie d'action en matière d'acte médical doive être revue. Du fait d'une augmentation du nombre de patients et de l'envie de certains autres professionnels non médicaux de prendre des responsabilités, il est aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'autonomie de décision de certains professionnels non médicaux. L'interrogation est double. Il s'agit de savoir si ces

1. Art. L. 4151-3 CSP.

2. Par trois récents arrêtés, le ministère chargé de la Santé a récemment étendu leur compétences. Cf. *Arrêté du 12 août 2016 modifiant l'arrêté du 22 mars 2005 modifié fixant la liste des vaccinations que les sages-femmes sont autorisées à pratiquer*, n° AFSP1623236A, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/8/12/AFSP1623236A/jo/texte> (visité le 05/09/2016) ; *Arrêté du 8 août 2016 modifiant l'arrêté du 22 mars 2005 modifié fixant la liste des vaccinations que les sages-femmes sont autorisées à pratiquer*, n° AFSP1613264A, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/8/8/AFSP1613264A/jo/texte> (visité le 05/08/2016) ; *Arrêté du 8 août 2016 modifiant l'arrêté du 12 octobre 2011 modifié fixant la liste des médicaments que peuvent prescrire les sages-femmes*, n° AFSP1613265A, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/8/8/AFSP1613265A/jo/texte> (visité le 05/09/2016).

professions pratiquent des actes médicaux et, le cas échéant, si elles ont pour ce faire une liberté d'action les plaçant dans une situation similaire à celle des professions médicales.

Il faut donc étudier les professions dont il est souvent indiqué qu'elles ne pratiquent pas des actes médicaux pour déterminer si de telles professions ont des caractères communs avec les professions médicales autres que médecin. Il faut donc sélectionner des professions non incluses dans la partie relative aux professions médicales mais qui ont un lien avec la médecine et qui effectueraient des actes médicaux sans avoir besoin de prescription.

214. Nous proposons de nous interroger sur six professions que sont les pharmaciens (1.) les ostéopathes et chiropracteurs (2.), les psychologues et psychothérapeutes (3.) et les pédicure-podologues (4.).

1. Pharmaciens

215. Le rôle du pharmacien. En définissant l'étendue du monopole des pharmaciens, l'article L. 4211-1 du code de la santé publique définit aussi leurs missions. Cet article autorise diverses préparations pharmaceutiques et la vente de certains produits, plus connue sous l'appellation « délivrance¹ ». Ces dispositions sont complétées par une déontologie des pharmaciens².

La délivrance peut-être accompagnée de certains services et le tout forme « l'acte de dispensation ». Les services associés sont des services d'analyse et de conseil. Le pharmacien doit ainsi procéder à « l'analyse pharmaceutique de l'ordonnance médicale si elle existe » et donner au patient les « informations et conseils nécessaires au bon usage du médicament. » Lorsque le médicament n'est pas délivré selon une prescription médicale, un « devoir particulier de conseil » repose sur le pharmacien. Dans tous les cas, le pharmacien « doit, par des conseils appropriés et dans le domaine de ses compétences, participer au soutien apporté au patient. »³

216. L'objet des conseils et les données fournies pour ces conseils est imprécis. Ainsi, si les conseils doivent d'évidence porter sur les médicaments, cet article laisse entrevoir qu'il est possible pour le pharmacien de donner des conseils en se fondant sur l'état de santé de la personne. Ce faisant, le pharmacien est à la limite de l'activité diagnostique strictement réservée aux professions médicales⁴. L'inclusion des dispositions relatives à l'acte de dispensation dans une partie réglementaire vient dès lors poser un problème. En effet, des dispositions à valeur réglementaires ne peuvent faire échec à des dispositions légales. Or, les dispositions réprimant

1. Cette expression fait écho à la circulation contrôlée et canalisée des médicaments.

2. Arts. R 4235-1 et s. CSP.

3. Toutes ces règles sont contenues à l'article R. 4235-48 du code de la santé publique.

4. On peut ajouter que le pharmacien est tenu de détecter les erreurs de prescription. Cela impose de s'assurer de la cohérence entre le diagnostic et la réponse thérapeutique. Sur ce point, le pharmacien n'est pas tenu de contrôler le diagnostic. Cf. C. MANAUIL et al., « Information du patient par le pharmacien en officine », *Médecine & Droit*, 2016, vol. 2016, 138, p. 70–81, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2015.07.003>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673911500086X>.

l'exercice illégal de la médecine sont à valeur légale, ce qui fait que tout conseil qui se fonderait sur l'état de santé du patient pourrait être sanctionné pour exercice illégal de la médecine, puisqu'il correspondrait matériellement à une activité diagnostique.

Bien qu'il n'en est rien pour l'instant, notamment du fait de l'évidente nécessité pour les pharmaciens — spécialement lorsque les médicaments sont délivrés sans ordonnance —, d'adapter leur dispensation à la personne, un contentieux a surgi lorsqu'un assureur mutualiste complémentaire de santé a cru bon de financer une « consultation pharmaceutique » visant à faire un « bilan de prévention des assurés ¹. » S'en sont immédiatement émus l'Ordre des médecins et certains syndicats médicaux, dénonçant le caractère illégal de ces consultations ².

Le pharmacien n'est donc pas loin de l'acte médical diagnostique et il semble qu'il bénéficie d'une tolérance de fait pour en pratiquer, à la condition qu'il s'agisse d'acte « légers » n'étant pas formalisé comme des consultations, mais pratiqués discrètement et rapidement à un comptoir, sans auscultation notamment. Il faut cependant reconnaître que ceux-ci en pratiquent beaucoup et savent limiter leurs « diagnostics » à des pathologies simples du fait de l'interdiction qui leur est faite de délivrer certains médicaments sans ordonnance, c'est-à-dire sans avis d'un médecin.

217. La situation est différente pour les ostéopathes et chiropracteurs dont le régime a été créé récemment.

2. Ostéopathes et chiropracteurs

218. Conséquence d'une affection populaire croissante, les professions d'ostéopathe et de chiropracteur ont été reconnues et régulées par le droit. Nous étudierons principalement le cas des ostéopathes, ceux-ci ayant les premiers bénéficié d'une régulation. Les chiropracteurs ont une réglementation similaire, autorisant des parallèles entre les deux.

219. Définition de l'acte ostéopathique. L'ostéopathie est « une méthode thérapeutique manuelle utilisant des techniques de manipulation vertébrale ou musculaire ³. » Cette méthode « admet que le bien-être du corps humain est lié au bon fonctionnement de son appareil locomoteur (squelette, articulations, tendons, nerfs et muscles). Elle peut ainsi agir à distance, à partir du système musculosquelettique, sur les principaux organes du corps humain, en utilisant des techniques de torsion, d'élongation et de pression ⁴. »

220. L'ostéopathe non-médecin condamné pour exercice illégal de la médecine. L'infraction d'exercice illégal de la médecine permet de sanctionner le non-médecin pratiquant les méthodes ostéopathiques. En effet, « les traitements relevant de l'ostéopathie sont des actes

1. *Une consultation chez le pharmacien à 21 euros ?*, 24 mai 2007, URL : http://www.viva.presse.fr/Une-consultation-chez-le_8000.html (visité le 09/09/2005).

2. Pour un condensé de ces réactions, cf. *Après l'ostéopathe non médecin... la consultation non médicale.*, 2007, URL : <http://www.medecin-osteopathe.org/articles2012/pharmaciens.htm> (visité le 09/09/2015).

3. Y. MORIN, *Larousse Médical*, Larousse, 2006, p. 690.

4. *Ibid.*, p. 690.

médicaux qui, conformément au code de la santé publique et aux textes pris pour son application, notamment à l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962, pris pour l'application de l'article L.372-10¹ dudit code, ne peuvent être effectués que par des docteurs en médecine². » Ce dernier effectue en effet un diagnostic et un traitement de manière habituelle³. La qualification de l'incrimination est aussi facilitée par l'arrêté du 6 janvier 1962 puisque l'ostéopathie consiste en une manipulation forcée des articulations et des manipulations vertébrales. Ainsi, la répression de ces pratiques par des non-médecins a-t-elle été constante⁴.

221. L'article 75 de la loi du 4 mars 2002. L'acceptation de l'ostéopathie par la population se fait sentir dans les années 2000⁵, à tel point qu'en première lecture l'Assemblée nationale inclut par un amendement⁶ facilement adopté⁷ un article 52^{bis} au projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoyant la reconnaissance de l'ostéopathie et de la chiropraxie⁸. La formulation sera étoffée par le Sénat⁹ et ne variera presque pas jusqu'à la promulgation¹⁰.

222. Conditions d'exercice de l'ostéopathie par des non-médecins. *In fine*, cela débouche sur l'article 75 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*¹¹. Cet article fait une description des professions d'ostéopathe et de chiropracteur. Il se fonde avant tout sur une régulation de la formation. À ce titre, un décret¹² et un arrêté¹³ réglementent les conditions d'enseignement et d'obtention du diplôme.

1. Devenu l'article L. 4161-1 du même code.

2. CE, sect., 25 juil. 1986, *inédit*, n° 64596.

3. Cf. pour une espèce plus récente dans laquelle le prévenu incitait les patients à mettre un terme à la médication prescrite par le médecin et procédait à des « bilans de santé », à l'interprétation de bilans sanguins. Cass. crim., 27 jan. 2009, n° 08-82023.

4. Voir pour des exemples concernant la chiropraxie : G. MÉMETEAU, « La reconnaissance de la profession de chiropracteur », *Droit Déontologie & Soins*, 2007, vol. 7, p. 328-337.

5. Au cours des débats parlementaires, il a été noté que les pratiques de l'ostéopathie et de la chiropraxie « de plus en plus répandues et appréciées, et au demeurant, reconnues par la plupart de nos partenaires européens, seront ainsi entourées de meilleures garanties pour leurs usagers. » (B. CHARLES, 2^e Séance du 4 octobre 2001, J.O.A.N. p. 5549).

6. Amendement n° 178 de Mmes BENAYOUN-NAKACHE, GÉNISSON et M. ASCHIÉRI rédigé pour son premier alinéa en cette forme : « l'usage professionnel du titre d'ostéopathe et de chiropracteur est réservé aux titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation technique à l'ostéopathie ou la chiropraxie dans une école, un institut ou une université inscrits sur une liste établie par décret. »

7. Mais qui suscita des discussions animées au Sénat à la séance du 30 janvier 2002.

8. Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture n° 705, 4 octobre 2002.

9. Projet de loi modifié par le Sénat relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n° 55, 6 février 2002.

10. Seule la formulation du 1^{er} alinéa relatif à la formation sera modifiée de manière non substantielle.

11. Il faut aussi noter que les « délits d'exercice illégal de la médecine commis à l'occasion de la pratique d'une activité d'ostéopathie ou de chiropraxie par des professionnels qui remplissent les conditions d'exercice prévues par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé » ont été amnistiés par la *Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002* portant amnistie.

12. *Décret n° 2007-437 du 25 mars 2007* relatif à la formation des ostéopathes et à l'agrément des établissements de formation, n° NOR SANP0721335D.

13. *Arrêté du 25 mars 2007* relatif à la formation en ostéopathie, à la commission d'agrément des établissements de formation et aux mesures dérogatoires, n° NOR : SANP0721336A abrogé et remplacé par l'*Arrêté du 12 décembre 2014* relatif à la formation en ostéopathie, NOR : AFSH1426478A, URL : <http://www.legifrance>.

Un agrément préalable doit être obtenu par les établissements d'enseignement, et ceux-ci doivent respecter certaines caractéristiques pour la formation (durée et types d'enseignement). Les titulaires d'un diplôme étranger sont aussi soumis à une équivalence de qualification. Un certain nombre de dispositions transitoires sont également prévues pour permettre aux anciens diplômés de ces écoles de disposer du titre.

Par ailleurs, les ostéopathes et chiropracteurs sont soumis à une obligation de formation continue « dans les conditions et modalités de la formation médicale continue applicables aux masseurs-kinésithérapeutes », même « pour les personnes utilisant le titre d'ostéopathe, mais ne disposant d'aucun titre ou diplôme les autorisant à exercer une des professions de santé mentionnées dans la quatrième partie du même code¹. » Cela laisserait présager un possible rapprochement de régime juridique entre les ostéopathes et les professions réglementées. Est par ailleurs imposé un enregistrement sur une liste dressée et gérée par l'agence régionale de santé².

223. Réglementation des actes d'ostéopathie. Enfin, l'article 75 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* fait référence à une « liste des actes que les praticiens justifiant du titre d'ostéopathe ou de chiropracteur sont autorisés à effectuer, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont appelés à les accomplir. » Cette liste a été créée par la première section du Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie*. Dans cette liste, les actes sont définis par plusieurs biais : leur but, le comportement qui doit mener le praticien à les effectuer ou non, et les actes interdits ou définis.

224. Le but des actes. Assez classiquement, les actes sont définis par leur but : « prévenir ou [...] remédier à des troubles fonctionnels du corps humain ». Il est immédiatement précisé que ce but ne peut empiéter sur le traitement des « pathologies organiques qui nécessitent une intervention thérapeutique, médicale, chirurgicale, médicamenteuse ou par agents physiques. »

Ici sont distingués les « troubles fonctionnels » des « pathologies organiques ». Le trouble fonctionnel pourrait être pris en charge par des manipulations telles que définies plus loin : « des actes de manipulations et mobilisations non instrumentales, directes et indirectes, non forcées, dans le respect des recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de Santé. » Le trouble fonctionnel ou pathologie fonctionnelle³ est une maladie sans support lésionnel. Le corps traduirait somatiquement une émotion. Le trouble fonctionnel s'oppose alors à la « pathologie organique. » Celle-ci est la maladie « classique », qu'elle soit infectieuse,

gouv.fr/eli/arrete/2014/12/12/AFSH1426478A/jo/texte (visité le 12/09/2015).

1. *Décret n° 2007-437 du 25 mars 2007* relatif à la formation des ostéopathes et à l'agrément des établissements de formation, n° NOR SANP0721335D, art. 4.

2. Depuis le *Décret n° 2012-584 du 26 avril 2012* modifiant le décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

3. Les deux acceptions semblent utilisées. Le pouvoir réglementaire utilise peut-être sciemment le mot « trouble » en préférence au mot « pathologie ». Le « trouble » est juste une perturbation passagère, sans grande importance, tandis que la « pathologie » semble plus grave. Il y a ici, peut-être, une volonté de bien distinguer ces deux acceptions.

métabolique, dégénérative, toxique, carencielle, etc.

Il s'agit peut-être d'un effort pour montrer une distinction entre les actes médicaux répondant à une pathologie organique et la manipulation fonctionnelle qui ne serait donc pas un acte médical. Le but est alors de distinguer l'ostéopathie de la médecine allopathique.

225. Le comportement du praticien. Le praticien ne pourra agir que s'« il existe des symptômes justifiant des examens paracliniques. » Cette formule pudique vise à établir une pseudo-distinction entre le diagnostic qu'effectuent un ostéopathe exclusif et un médecin. Mais la jurisprudence antérieure à la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* est formelle : c'est un diagnostic normalement réservé au médecin¹.

Cette disposition est complétée par un article en trois parties qui oblige le praticien à « orienter le patient vers un médecin » dans trois cas. *Premièrement*, « lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical », *deuxièmement*, « lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes », *troisièmement*, « lorsqu'il est constaté que les troubles présentés excèdent son champ de compétences. » Le second cas laisse songeur. Ce que désigne le « ces » dans cette phrase interroge. Il désignerait — c'est la seule solution possible — « les symptômes nécessitant un diagnostic ou un traitement médical ». Il y a alors une évidente contradiction dans cet article. Si le praticien est obligé de diriger vers un médecin le patient présentant des symptômes nécessitant un diagnostic ou traitement médical, alors il ne peut le faire lorsque ceux-ci s'aggravent. En effet, s'il y a eu une persistance des symptômes ou une aggravation, c'est qu'il n'a pas dirigé le patient du premier coup, dès l'apparition des symptômes. Cette lecture alambiquée peut être expliquée par la volonté de sécuriser le plus possible le dispositif en obligeant l'ostéopathe à diriger le patient vers un médecin dès la survenance des symptômes et encore si ceux-ci s'aggravent.

226. Description des actes en eux-mêmes. Enfin, l'article effectue une définition des actes. Il définit d'abord l'acte de manière abstraite : ce sont des « manipulations musculo-squelettiques et myo-faciales, exclusivement manuelles et externes. » Il est précisé plus loin que ces manipulations sont « non instrumentales, directes et indirectes, non forcées » et qu'elles doivent être pratiquées « dans le respect des recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de santé² ».

227. Quant au domaine de ces actes, il est limité par l'article 3 du Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie* par deux dispositions.

1. Cf. par ex. Cass. crim., 26 fév. 2013, n° 12-82143.

2. Cette production normative est prévue à l'article R. 161-72 du CSS qui dispose que la HAS « établit les recommandations de bonnes pratiques concernant les ostéopathes et les chiropracteurs. » à ce jour, nous n'avons pas connaissance de telles bonnes pratiques. Cet article est issu du *Décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004* relatif à la Haute Autorité de santé et modifiant le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et le code de la santé publique (partie réglementaire).

D'une part, ces actes ne peuvent consister en des manipulations gynéco-obstétricales et des touchers pelviens¹.

D'autre part, certains actes sont soumis à une attestation de non contre-indication établie par un médecin. Il s'agit des manipulations du crâne, de la face et du rachis chez le nourrisson de moins de six mois et de toute manipulation du rachis cervical².

On trouve ici aussi un rapprochement de régime avec les professions réglementées. Même si l'expression de prescription est soigneusement évitée, il n'en reste pas moins que le législateur conditionne certaines actions de l'ostéopathe à l'exécution d'un « diagnostic établi par un médecin attestant l'absence de contre-indication médicale à l'ostéopathie », ce qui fait dire que cette démarche est très proche de la prescription³.

Cependant, l'attestation de non contre-indication est plus vague. Le médecin ne fait qu'attester que le patient peut effectuer telle activité. Ces certificats sont souvent demandés pour les compétitions sportives. Une fois cette attestation remise au patient, celui-ci devra de son propre chef effectuer ou non le projet non contre-indiqué. Dans la prescription, le moteur est autre ; le médecin inclut dans son action thérapeutique l'acte d'un auxiliaire médical, cela fait partie de son *curriculum* de soin. Cependant, il faut noter que tout médecin peut prescrire tout type de comportement au patient, dont celui de demander les services d'un ostéopathe⁴. Et dans ce même cas, le patient est tout aussi libre de ne pas adopter le comportement prescrit, comme de ne pas adopter le comportement non contre-indiqué. Nous sommes là devant la liberté de soins. En somme, la distinction entre non contre-indication et prescription est juridiquement nulle. Il s'agit dans les deux cas du compte-rendu d'un diagnostic et d'une proposition de traitement. Ne pas contre-indiquer revient à laisser le choix au patient d'une partie du traitement, c'est donc très proche d'une prescription que l'on peut refuser.

La différence de vocabulaire aurait pour but de signifier que l'acte non contre-indiqué n'est pas inclus dans le *curriculum* de soin et que le médecin n'y incite pas, mais n'y voit pas non plus d'inconvénients. Cela revient à considérer cet acte comme un acte sans conséquence, une forme de placebo voulu par le patient que le médecin autorise car, après vérification, il s'avère neutre.

1. Cette prohibition par le décret a été jugée conforme à la loi par le Conseil d'Etat en ce que par cette interdiction, le législateur « n'était pas allé au-delà de ce qui était nécessaire au respect de ces exigences. » CE, 23 jan. 2008, *inédit*, n° 304478 .

2. Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie, Art. 3.

3. Prescription au demeurant envisagée pour permettre d'attendre les recommandations de la Haute Autorité de santé, comme en témoigne le projet de décret cité par l'*Avis du 17 janvier 2007 sur deux projets de décrets relatifs à l'ostéopathie*, Haute Autorité de santé, 17 jan. 2007, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/avis_projets_decret_osteopathie.pdf (visité le 24/10/2013).

4. Il faut par ailleurs noter la valeur culturelle de la prescription. Ainsi, il a été proposé de « prescrire » du sport ou de créer du « sport sur ordonnance ». Il n'était pas nécessaire d'autoriser spécialement de telles ordonnances et prescriptions puisque cela ne consiste qu'en un conseil au patient. Est alors convoqué la puissance populaire de l'ordre médical pour leur faire adopter un tel comportement. Ce qui est au centre de la prescription est alors plutôt la prise en charge du coût des activités sportives par la communauté. Des expérimentations ont été récemment menées dans ce sens. Cf. par ex. J. BERNICHAN, « Maladie chronique : votre abonnement de sport remboursé sur ordonnance », *MetroNews*, 20 avr. 2016, URL : <http://www.metronews.fr/info/maladie-chronique-votre-abonnement-de-sport-rembourse-sur-ordonnance/mpdt!V0751ocSp9U> (visité le 28/04/2016).

228. L'ostéopathe effectue des actes médicaux. Les ostéopathes disposent d'un ensemble d'actes qu'ils peuvent effectuer spontanément, comme les kinésithérapeutes peuvent spontanément effectuer des massages. Cependant, comme nous l'avons constaté, ceux-ci sont des actes médicaux, normalement réservés aux médecins ou prescriptibles par eux auprès des kinésithérapeutes. Ainsi, l'ostéopathe effectue-t-il une série d'actes médicaux en-dehors du monopole médical. Partant, il est beaucoup plus libre que le kinésithérapeute. Comme le fait remarquer J. MORET-BAILLY, cela les rapproche des sages-femmes qui peuvent effectuer les accouchements à moins que ceux-ci ne soient pathologiques, cas dans lesquels elles doivent avoir recours au médecin¹. Cela les rapproche donc des professions médicales.

229. La nature de l'ostéopathie et le maintien de son exercice par des médecins ou kinésithérapeutes. Les actes d'ostéopathie et de chiropraxie peuvent tout à fait être réalisés par les médecins, kinésithérapeutes, sages-femmes, infirmiers et infirmières pourvu qu'ils soient compétents en ostéopathie. La nature de l'ostéopathie est alors ambivalente, car elle est effectuée par des professions réglementées, mais aussi par des praticiens n'y appartenant pas, mais régulée.

Les ostéopathes et chiropracteurs dits « exclusifs » ne sont pas des professions paramédicales ou professionnels médicaux et, pour mentionner l'ostéopathie et la chiropraxie, on doit s'en tenir à la dénomination générique d'activité de soins puisque des professionnels réglementés peuvent l'effectuer².

230. La question du maintien de la répression pénale de l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Les ostéopathes exercent, en vertu d'une loi confirmée par une disposition réglementaire, des actes protégés par le monopole médical et donc réprimés par l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Cependant, plus de cinq ans après la promulgation de la loi, l'incrimination demeure inchangée et, en vertu de l'interprétation stricte de la loi pénale, il y a toujours lieu de s'interroger sur la légalité de ces pratiques. En effet, comme le fait remarquer G. MÉMETEAU, il n'existe ni caducité ni abrogation implicite de la loi³. La seule explication à la non-condamnation par la jurisprudence de ces pratiques s'expliquerait, comme pour la circoncision rituelle, par une tolérance de fait des juridictions répressives. Mais cela laisse subsister l'incrimination. À ce jour, théoriquement, les actes d'ostéopathie et de chiropraxie restent donc pénalement réprimables du fait de l'exercice illégal de la médecine.

231. La Cour de cassation s'est engagée dans la voie de la tolérance judiciaire. Dans une décision, bien qu'elle condamne pour non-respect de l'article 2 du Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie*, elle indique que « le prévenu ne se bornait pas à pratiquer les actes de manipulation autorisés par le décret n° 2011-32 du 7 janvier 2011 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de la chiropraxie*, mais qu'il

1. J. MORET-BAILLY, « L'ostéopathie : profession de santé ou activité de soins ? », *RDSS*, 2009, p. 290.

2. *Ibid.*

3. G. MÉMETEAU, « La reconnaissance de la profession de chiropracteur », *Droit Déontologie & Soins*, 2007, vol. 7, p. 328-337.

procédait à des diagnostics réservés aux seuls médecins¹ ». Les diagnostics visés étaient des bilans de santé, examens biologiques et radiologiques, ce qui allait bien au-delà de ce qui était prévu par le Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie*.

A contrario, la Cour de cassation indique donc que si le prévenu s'était borné à pratiquer les actes de manipulation autorisés par le décret, il n'aurait pas été condamné.

232. Pour mettre fin à ce hiatus entre pratique judiciaire et textes pénaux, il existe plusieurs possibilités.

Premièrement, le législateur peut inclure les ostéopathes et chiropracteurs parmi les professions paramédicales et donc les soumettre à la prescription médicale. Ce n'est actuellement pas le cas. Les ostéopathes ont un régime qui s'approche de celui des sages-femmes, car ils ont la possibilité d'agir spontanément, tandis que les professionnels paramédicaux ne peuvent agir hors prescription qu'en cas d'urgence. Cela laisse donc la possibilité de les réguler au titre des professions médicales. En l'état actuel des choses, cette piste semble difficilement envisageable politiquement.

Deuxièmement, il est possible de modifier l'arrêté de 1962 pour y prévoir un article spécial autorisant cette activité par dérogation. Il faudrait alors rédiger l'article de manière sobre et renvoyer à la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. Nous proposons de le rédiger ainsi : « dans le respect de l'article 75 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* et des dispositions réglementaires d'application, les ostéopathes et chiropracteurs n'encourent pas la répression encourue au titre de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique. »

Troisièmement, le législateur peut aussi modifier le texte de l'incrimination d'exercice illégal de la médecine en incluant dans son dernier alinéa les règles de l'article 75 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, ce qui risque d'être fastidieux, ou une disposition similaire à celle que nous proposons pour l'arrêté de 1962.

Enfin, le législateur peut modifier le texte de la loi de 2002 en prévoyant une dérogation à l'article L. 4161-1 du code de la santé publique qui pourrait être rédigé comme suit : « dans le respect des règles énoncées par cet article, le praticien n'encourt pas la répression de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique. »

233. Cumul d'incrimination. Reste que le Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie* prévoit en son article 15 que « le fait pour toute personne non autorisée de pratiquer les manipulations et mobilisations mentionnées à l'article 1^{er} est passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe. » D'une part, le non-médecin dont l'action n'est pas régulée par l'article 75 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* pourra être

1. Cass. crim., 26 fév. 2013, n° 12-82143.

puni doublement : par cette contravention et par l'infraction d'exercice illégal de la médecine. D'autre part, cette incrimination est incapable de punir des personnes autorisées à pratiquer des manipulations, mais effectuant des actes non autorisés¹. C'est pourquoi cette infraction est inutile, car l'infraction d'exercice illégal de la médecine est ici appelée à jouer un autre rôle, de façon bien plus efficace.

Néanmoins, il se peut qu'un maintien de ces deux infractions soit intéressant. En effet, les conditions procédurales applicables aux contraventions sont beaucoup plus légères, ce qui pourrait avoir un intérêt.

234. Utilité de l'incrimination d'exercice illégal de la médecine pour la régulation des professions d'ostéopathe et de chiropracteur. Dans tous les cas, l'incrimination d'exercice illégal de la médecine reste utile dans la réglementation de l'activité d'ostéopathe et de chiropracteur. En effet, elle permet de réprimer les manquements aux prescriptions visées aux articles 2 et 3 du Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie*. C'est en ce sens que la Cour de cassation a condamné un chiropracteur ayant procédé à des diagnostics réservés au médecin alors que l'« article 2 du décret susvisé impose aux praticiens justifiant d'un titre de chiropracteur d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical². » Cela permet aussi à la Cour de veiller au périmètre de l'ostéopathie, notamment aux actes expressément interdits par l'article 3 du décret³, ou de contrôler les conditions d'enregistrement de ces professionnels⁴.

L'exercice illégal de la médecine n'est donc ici plus seulement un outil de protection de la médecine contre des praticiens illégaux, mais un outil de contrôle d'une nouvelle activité de soins. Et cette infraction est d'autant plus efficace qu'elle est assortie de peines lourdes⁵.

235. Du fait d'une autonomisation des sciences psychologiques, la situation des psychothérapeutes et psychologues est différente.

3. Psychothérapeutes et psychologues

236. La pratique de la psychologie, un acte médical. La psychologie est enseignée à la faculté de médecine⁶. L'acte médical doit dès lors être effectué par un praticien autorisé,

1. Ce qui pose question à la lumière de l'adage *Non bis in idem*.

2. Cass. crim., 26 fév. 2013, n° 12-82143.

3. Cass. crim., 19 juin 2007, *inédit*, 06-85303.

4. Cass. crim., 2 juin 2004, *inédit*, n° 03-87509.

5. Plus lourdes en tout cas que celles prévues par le Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 *relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie*.

6. Elle est au centre de l'UE3 des ECN intitulée « maturation, vulnérabilité, santé mentale, conduites addictives ». Cf. *Arrêté du 8 avril 2013* relatif au régime des études en vue du premier et du deuxième cycle des études médicales, n° NOR : ESRS1308333A, URL : http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/pid20536/bulletin_officiel.html?cid_bo=71544&cbo=1 (visité le 07/09/2015). Voir aussi sur ce point *Liste des diplômes d'études spécialisées de médecine*, BO du ministère de l'éducation nationale et du ministère de la recherche, n° n° NOR : MES0101860A, URL : <http://www.education.gouv.fr/bo/2001/38/sup.htm>, Annexe Z. Celle-ci indique que doivent être enseignés les modèles théoriques de référence dont les modèles

c'est-à-dire, un médecin ou une personne spécialement autorisée. Cependant, un certain nombre de professionnels mettent en oeuvre des pratiques psychologiques de manière autonome.

237. Les psychothérapeutes et psychologues pratiquent des actes de manière autonome. Néanmoins, leur pratique a été légalisée en 1991 pour les psychologues¹ et en 2010 pour les psychothérapeutes². La situation est donc clarifiée par ces décrets qui rendent licite l'exercice de la psychologie par des professionnels non médecins³.

4. Pédicure-podologue

238. Les pédicures-podologues sont libres de procéder seuls au diagnostic⁴ et au traitement des « affections épidermiques, limitées aux couches cornées et les affections unguéales du pied⁵ ». En revanche, il leur est expressément défendu de pratiquer « toute intervention provoquant l'effusion de sang⁶. » L'effusion de sang est très certainement une manière élégante et surannée de désigner les interventions chirurgicales. Les pédicure-podologues peuvent donc, en toute autonomie, agir sur les couches cornées et les surfaces épidermiques. Cela les rapprocherait des professions médicales. Reste que l'organisation du code de la santé publique les place parmi les auxiliaires de soins et que ces actes semblent ressortir de leur rôle propre.

239. Bilan. L'autonomie que l'on trouve dans les actes de ces quatre professions les rapprochent des professions médicales. Si l'existence d'une réglementation spécifique pour les pharmaciens et les pédicure-podologue et la sortie des psychologues et psychothérapeutes du champ de la médecine par la création d'une faculté *ad hoc* rend compréhensible leur distinction d'avec les professions médicales, l'étude de la législation des ostéopathes et chiropracteurs laisse perplexe. En effet, cette profession a tous les atours d'une profession médicale. La raison du refus de modifier l'architecture actuelle du code de la santé publique trouve ainsi sa raison dans des oppositions politiques.

Le régime des actes des quatre professions étudiées tranche ainsi avec celui des professions paramédicales auxquelles est déniée toute autonomie dans la conduite des actes médicaux.

« comportemental et cognitif, psychanalytique, systémique, ... ». Voir aussi le *Référentiel métier « psychiatrie »* qui requiert que les psychiatres soient capables de mener à bien une psychothérapie à l'aide d'une « méthode psychothérapeutique particulière », ce qui suppose la « pratique d'une méthode psychothérapeutique structurée ». *Référentiel métier « psychiatrie »*, sous la dir. de COMMISSION NATIONALE DE L'INTERNAT ET DU POST INTERNAT, URL : http://www.medecine.u-psud.fr/_resources/DES-Psychiatrie/Maquette%20et%20organisation%20g%C3%A9n%C3%A9rale/Maquette%20nationale/2011-04%20R%C3%A9f%C3%A9rentiel%20M%C3%A9tier%20Psychiatrie.%20CNPI.pdf?download=true (visité le 28/04/2016), p. 7.

1. *Décret n° 90-255 du 22 mars 1990* fixant la liste des diplômes permettant de faire usage professionnel du titre de psychologue.

2. *Décret n° 2010-534 du 20 mai 2010* relatif à l'usage du titre de psychothérapeute.

3. Concernant les psychanalystes, cf. *infra* n° 272 et s., p. 133 et s.

4. Cf. *supra* n° 135, p. 73 indiquant que le diagnostic est strictement soumis au monopole médical.

5. Art. L. 4322-1 CSP.

6. Art. L. 4322-1 CSP.

§ 2. Les auteurs non autonomes au champ réduit d'actes médicaux

240. Certains professionnels, en plus de voir leur champ d'action réduit, sont soumis à l'autorisation d'un autre professionnel pour pouvoir effectuer des actes médicaux. Ces professionnels sont les « auxiliaires médicaux » connus aussi comme professionnels paramédicaux. Ceux-ci, nombreux, ont pour principale fonction d'assister les professionnels médicaux et reçoivent donc l'autorisation de pratiquer les actes médicaux par la prescription.

241. Conditions supplémentaires de légalité. Il faut remarquer que ces professions sont bien évidemment soumises à la détention d'un diplôme. Certains professionnels voient cette exigence doublée de l'obligation d'être inscrits à un Ordre : les infirmiers, les masseurs-kinésithérapeutes, les pédicure-podologues, les orthophonistes et les orthoptistes¹. Il faut noter qu'il s'agit là d'une forme de mimétisme vis-à-vis des professions médicales et surtout d'une forme de distinction puisque c'est la garantie d'une certaine forme d'autonomie, notamment en matière de justice ordinale². En effet, ces Ordres sont voulus par ces professions et sont relativement modernes : l'obligation d'inscription à l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes date de 2004³ tandis que l'obligation des infirmiers date de 2006⁴.

242. Les professionnels paramédicaux voient donc le champ de leur action circonscrit (A.) et sont autorisés par les médecins à pratiquer des actes par le biais de la prescription (B.).

A. Champ d'action des professionnels paramédicaux

243. Une liste légale. Les professions paramédicales sont désignées par le code de la santé publique sous l'appellation d'« auxiliaires médicaux ». Le code de la santé publique leur consacre un titre à chacun. Il s'agit des professions d'infirmier ou d'infirmière (titre 1), de masseur-kinésithérapeute et de pédicure-podologue (titre 2), d'ergothérapeute et de psychomotricien (titre 3), d'orthophoniste et d'orthoptiste (titre 4), de manipulateur d'électroradiologie médicale

1. Cf. sur ce point le titre IX du Livre III de la quatrième partie du code de la santé publique intitulé « organisation de certaines professions paramédicales ».

2. Sur certains avantages de la justice ordinale, cf. *infra* n° 508, p. 253. Nous constatons par ailleurs que la Grèce, la Hongrie, l'Autriche, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Danemark, les pays baltes, la Finlande et la Suède ne connaissent pas d'Ordre des pharmaciens, preuve de la possibilité d'une gestion autre que par un Ordre. Cf. la carte présentée par l'Ordre national des infirmiers *Un ordre national des infirmiers : pourquoi ?*, URL : <http://www.ordre-infirmiers.fr/lordre-et-les-conseils-ordinaux/role-et-missions.html> (visité le 21/09/2015).

3. *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004* relative à la politique de santé publique, art. 108. Cependant, la création de l'Ordre est antérieure (et remonte à la *Loi n° 95-116 du 4 février 1995* portant diverses dispositions d'ordre social, Art. 6), mais la constitution de l'Ordre a été longtemps empêchée du fait de l'impossibilité d'organiser des élections du fait de l'absence de liste électorales. Sur ce point, le rôle de la fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs a été centrale puisqu'elle a permis la constitution desdites listes. Pour une illustration des difficultés, cf. CE, 4/1 SSR, 3 nov. 1999, n° 189530.

4. *Loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006* portant création d'un ordre national des infirmiers. Cette loi n'a toutefois pas supprimé l'obligation d'enregistrement des diplômes.

(titre 5), d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste et d'orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées (titre 6), et de la profession de diététicien (titre 7).

Manquent à cette liste les professions regroupées au sein du titre IX intitulé « aides-soignants, auxiliaires de puériculture, ambulanciers et assistants dentaires » et les professions mentionnées dans diverses parties du code de la santé publique et notamment les professions de conseiller en génétique¹L'usage de ce critère permet aussi d'inclure les biologistes médicaux puisque ceux-ci peuvent effectuer des actes médicaux² de prélèvement en vertu d'une prescription d'un médecin³.

244. Les professions paramédicales et la pratique d'actes médicaux. Les professionnels paramédicaux pratiquent des actes très divers. Ceux-ci vont de la confection de lunettes à la manipulation d'appareils d'électroradiologie en passant par le conseil en génétique ou la vaccination. Il faut rappeler que nous adoptons comme critère des actes médicaux leur enseignement au sein de la faculté de médecine. Ainsi, ne sera pas inclus dans cette étude l'acte de fabrication de prothèse du prothésiste puisque cet acte n'est pas au programme des études de médecine. En revanche, le massage médical pratiqué par le kinésithérapeute est enseigné à la faculté de médecine, d'où la nécessité pour l'auxiliaire médical d'être autorisé, en général par un texte spécial, ou par une autorisation spécifique. Il faut ainsi distinguer, au sein des actes réservés aux auxiliaires médicaux, les actes médicaux qu'ils peuvent effectuer seul sans délégation de ceux qui doivent leur être délégués par une prescription.

Certains professionnels paramédicaux pratiquent un ensemble des actes sans prescription médicale préalable. Ces actes sont considérés comme faisant partie de leur « rôle propre⁴ ». Les actes pratiqués ne sont pas toujours médicaux, mais qualifiés de « soins infirmiers⁵ », massages et gymnastique non médicale⁶, « soins d'hygiène », ou confection et application de semelles⁷, ou « conseils nutritionnels⁸ » pour les diététiciens.

Ces actes ne sont donc pas considérés comme des actes médicaux et reçoivent une qualification différente, parce que leur régime est différent : ils peuvent être librement effectués par des non médecins.

1. Cf. Art. L. 1132-1 CSP et s. et R. 1132-1 CSP et s.

2. Ceux-ci sont les suivants : tubage gastrique et duodéal ; sondage vésical chez la femme ; prélèvements effectués au niveau des téguments, des phanères et des muqueuses accessibles sans traumatismes. Ils peuvent par ailleurs effectuer les actes suivants : prélèvement de sang veineux au lobule de l'oreille ; prélèvement de sang veineux à la pulpe des doigts ; prélèvement de sang veineux au pli du coude.

3. *Arrêté du 6 janvier 1962* fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non-médecins, *JO*, p. 1111, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000802880> (visité le 02/01/2014), Art. 4 bis.

4. Selon la formulation de l'article L. 4311-1 du code de la santé publique.

5. Art. L. 4311-1 CSP.

6. Par opposition au « massage et [...] gymnastique médicale » de l'article L. 4321-1 du code de la santé publique.

7. Pour les pédicure-podologues, Art. L. 4322-1 CSP.

8. Art. L. 4371-1 CSP.

Néanmoins, les professions d'auxiliaires de soins peuvent être autorisés à pratiquer quelques rares actes médicaux parmi ces actes propres. Ainsi, l'article R. 4311-5 du code de la santé publique autorise-t-elle les infirmiers à réaliser, surveiller et renouveler des pansements non médicamenteux¹. Mais, la majorité des actes restera soumise à une prescription médicale².

245. Les professionnels paramédicaux pratiquent des actes médicaux « hors la présence du médecin³ » mais sur son ordre. Ainsi, les infirmiers pratiquent-ils des « actes de soins infirmiers sur prescription ou conseil médical⁴ », les masseurs-kinésithérapeutes établissent des bilans kinésithérapeutiques « dans le cadre de la prescription médicale⁵ » et « pratiquent leur art sur ordonnance médicale⁶ ». Cette formule est reprise pour les psychométriciens⁷, les ergothérapeutes⁸ et manipulateurs d'électroradiologie⁹. La question peut se poser de savoir si ces actes sont des actes médicaux ou paramédicaux. D'une part, le code de la santé publique bien qu'il connaisse les expressions « acte médical » et « professionnel paramédical » n'utilise jamais l'expression « acte paramédical », ce qui amène à conclure à l'inexistence de cette notion. D'autre part, ces actes relèvent de compétences qui sont parfois propres au professionnel paramédical comme la compétence de la fabrication de prothèse. Mais la majorité des actes n'est pas spécifiquement propre au professionnel paramédical et peut être effectuée par des médecins. Il en va ainsi du massage kinésithérapeutique qui peut parfaitement être mené par un médecin ou des actes de soins infirmiers. Il faut donc conclure que ces actes n'ont pas de spécificité intrinsèque au-delà du fait qu'ils sont menés non par un médecin mais par un auxiliaire médical.

Dès lors, ces actes changeraient de dénomination selon qu'ils sont effectués par un professionnel médical ou paramédical ? Ainsi, la vaccination faite sur prescription médicale par un infirmier serait-elle un acte de soin infirmier tandis que la vaccination faite par un médecin deviendrait un acte médical ? Cette distinction n'est pas juridiquement signifiante puisque, mis à part le transfert d'une partie de la responsabilité du médecin au professionnel paramédical, le régime de ces actes est exactement le même. La prescription médicale ne fait en effet que déléguer le traitement à un tiers compétent¹⁰. Il faut comprendre que c'est la prescription et

1. Item n° 20 des ECN. On peut d'ailleurs se demander s'il s'agit vraiment d'un acte médical. En effet, le pansement simple est un acte ne requérant aucune connaissance particulière. En revanche, la pose de sutures adhésives (du type des Stéri-strip) l'est.

2. Cf. Art. R. 4311-7 CSP.

3. Art. L. 4341-1 CSP.

4. Art. L. 4311-1 CSP.

5. Art. R. 4321-2 CSP.

6. Art. L. 4321-1 CSP.

7. « Sur ordonnance et sous contrôle médical, les pédicures-podologues peuvent traiter les cas pathologiques de leur domaine de compétence. (Art. L. 4322-1 CSP.) ».

8. « Les ergothérapeutes exercent leur art sur prescription médicale ». (Art. L. 4331-1 CSP.). Cf. aussi l'article R. 4331-1 du code de la santé publique.

9. « Les manipulateurs d'électroradiologie médicale exercent leur art sur prescription médicale » (Art. L. 4351-1 CSP.).

10. La raison de cette distinction peut se trouver dans une nécessité politique de distinguer clairement les actes des médecins de ceux des infirmiers. Mais alors, pourquoi faire entrer dans un texte une distinction qui n'emporte aucune conséquence juridique ?

non le fait que l'acte soit effectué par un non-médecin qui a un impact sur le régime légal. Il est donc trompeur d'exclure les actes pratiqués par des professionnels paramédicaux de la qualification d'actes médicaux et il faut soutenir que les professions paramédicales pratiquent des actes médicaux, mais uniquement par délégation d'un médecin.

246. La limitation des actes pouvant être délégués aux professions paramédicales.

Dans ces cas de délégation, la loi et le règlement ont limité le nombre des actes que le médecin peut déléguer par prescription. Le législateur et le pouvoir réglementaire ont plusieurs méthodes pour déterminer les actes pouvant être effectués par les professions paramédicales.

D'abord, le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont pas jugé bon de préciser quels actes pouvaient être prescrits pour certains professionnels paramédicaux. Ceci est la conséquence de la grande spécialisation de certains professionnels. Il en va ainsi des diététiciens qui ne peuvent que participer « à l'éducation et à la rééducation nutritionnelle des patients atteints de troubles du métabolisme ou de l'alimentation, par l'établissement d'un bilan diététique personnalisé et une éducation diététique adaptée¹. » Il en va de même pour les conseillers en génétique dont le métier est un métier de conseil consistant en l'assistance du médecin².

Ensuite, le législateur n'autorise à certains professionnels qu'un ou plusieurs type d'acte. C'est le cas des audioprothésistes qui ne peuvent que délivrer un appareil de prothèse auditive après examen³, des opticiens-lunetiers qui ne peuvent que produire des verres correcteurs et, dans le cadre d'un renouvellement, les adapter⁴.

Enfin, dans certains cas, le législateur a délégué au pouvoir réglementaire la charge de dresser des listes d'actes afin de circonscrire au mieux l'action de certains professionnels paramédicaux. De manière générale, l'Arrêté du 6 janvier 1962⁵ vient, sans préciser l'auxiliaire médical visé, limiter le nombre des actes pouvant être délégués à des non-médecins. D'autres dispositions réglementaires viennent par ailleurs lister les actes pouvant être effectués par les infirmiers⁶, infirmiers de bloc opératoire⁷ kinésithérapeutes⁸, pédicures-podologues⁹, ergothérapeutes¹⁰,

1. Art. L. 4371-1 CSP.

2. Art. R. 1132-1 CSP.

3. L'article L. 4361-1 du code de la santé publique disposant que « la délivrance de chaque appareil de prothèse auditive est soumise à la prescription médicale préalable et obligatoire du port d'un appareil, après examen otologique et audiométrique tonal et vocal. ».

4. Art. L. 4362-10 CSP.

5. *Arrêté du 6 janvier 1962* fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non-médecins, *JO*, p. 1111, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000802880> (visité le 02/01/2014).

6. Arts. R. 4311-1 CSP et s.

7. Art. R. 4311-11 CSP.

8. Art. R. 4321-1 CSP. Les kinésithérapeutes doivent être autorisés par une prescription médicale uniquement lorsqu'ils agissent dans un but thérapeutique. Ils ont cependant une grande liberté vis-à-vis de la prescription médicale puisqu'ils peuvent les adapter. Ils peuvent par ailleurs demander la remise de dispositifs médicaux nécessaires à l'exercice de leur profession.

9. Art. R. 4322-1 CSP.

10. Art. R. 4331-1 CSP.

psychomotriciens¹, orthophonistes², orthoptistes³, manipulateurs d'électroradiologie⁴ et assistants dentaires⁵. Les débats portent souvent sur la redéfinition du champ de compétences des auxiliaires médicaux. Un récent rapport⁶, a par exemple proposé, pour « restructurer la filière visuelle » de permettre aux orthoptistes de réaliser certains « actes prévus dans des protocoles de prise en charge⁷ », ce qui suppose « d'élargir le décret d'acte des orthoptistes⁸ ». Le rapport souhaite aussi que leur soit reconnu « le droit de prescrire du matériel de rééducation orthoptique⁹ ».

247. Les professionnels paramédicaux voient ainsi leur action rigoureusement encadrée puisque tout acte qu'ils pratiqueraient et qui n'entrerait pas dans la compétence qui leur a été attribuée par décret serait sanctionné, notamment au titre de l'exercice illégal de la médecine. Ceci est une contrainte sur les professions paramédicales puisque cela restreint leur champ d'action. Mais c'est aussi une contrainte sur les prescripteurs qui ne peuvent tout déléguer et sont donc contraints d'effectuer personnellement certains actes¹⁰.

248. Les exceptions à l'interdiction faite aux professionnels paramédicaux de pratiquer des actes médicaux. Cependant, les professionnels paramédicaux ont un champ d'action plus étendu d'une part en cas d'urgence et, d'autre part, du fait de certaines missions de santé publique qui leur sont confiées.

Concernant les situations d'urgence, l'infirmier « doit, par exemple, mettre en œuvre tous les soins conservatoires nécessaires, avant de chercher par tout moyen à obtenir une prescription écrite¹¹. » Si cette prescription n'est pas délivrée, il doit en référer au cadre de santé et doit agir. Dans ce cas, considère l'auteur, il s'agit d'une obligation médicale d'agir engageant la responsabilité du médecin et non de l'infirmier. Il en va de même pour le kinésithérapeute qui, « en cas d'urgence et en l'absence d'un médecin, [...] est autorisé à accomplir les gestes de secours nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin.¹² » À charge pour lui d'établir un compte-rendu des actes accomplis lors de l'intervention du médecin. Mais la pratique d'actes réservés au médecin dans les situations d'urgence ne nécessite pas de règles spéciales, l'article

1. Art. R. 4332-1 CSP.

2. Art. R. 4341-3 CSP.

3. Art. R. 4342-3 CSP.

4. Art. R. 4351-2 CSP.

5. Art. L. 4393-8 al. 3 CSP. Le décret en Conseil d'État n'a pas été pris à ce jour.

6. D. VOYNET, *Restructuration de la filière visuelle*, Rapport, n° 2015-008R, Inspection générale des affaires sociales, juil. 2015, URL : http://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_2015-008R_Filiere_visuelle_.pdf (visité le 27/11/2015).

7. Recommandation n° 8.

8. Proposition n° 15.

9. Recommandation n° 9.

10. A ainsi été sanctionnée l'organisation dans laquelle le médecin délèguait une grande partie de ses actes à des praticiens non médecins. Cass. crim., *Bernard Gall c. Ministère public*, 13 mai 2003, *inédit*, n° 02-84037.

11. L. LETTA, « Prescription médicale et soins infirmiers », *Droit, Déontologie & Soins*, mar. 2006, vol. 6, 1, p. 34-41.

12. Décret n° 96-879 du 8 octobre 1996 *relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute*, article 10.

L. 4161-1 précisant que l'infraction d'exercice illégal de la médecine est une infraction d'habitude et ces situations pouvant ressortir de l'autorisation de la loi de l'article 223-6 du code pénal¹.

249. Le législateur et le pouvoir réglementaire ont par ailleurs eu recours à la connaissance d'une profession paramédicale en matière médicale pour assurer un objectif de santé publique, celui de la meilleure couverture vaccinale possible ou pour assurer un impératif social qu'est la maîtrise de la fécondité féminine en les autorisant à pratiquer des actes médicaux. En matière de vaccination antigrippale, l'article R. 4311-5-1 du code de la santé publique² autorise les infirmiers à vacciner sauf pour la première injection. Il s'agit là d'une disposition issue de la Loi n° 2007-1785 du 19 décembre 2007 *de financement de la sécurité sociale pour 2008*. Il en va de même pour les infirmières scolaires qui sont à même de « renouveler les prescriptions, datant de moins d'un an, de médicaments contraceptifs oraux³ » et des opticiens-lunetiers qui peuvent adapter une prescription⁴, contribuant par là au désengorgement des cabinets des ophtalmologues.

250. Mais, hormis ces exceptions, la majeure partie des actes médicaux dépend de la prescription qui apparaît ainsi comme l'outil de circulation de l'autorisation faite aux professionnels paramédicaux de pratiquer des actes médicaux.

B. La prescription, condition de l'autorisation médicale

251. Essai de définition de la prescription médicale. La prescription est à la fois un conseil donné au patient et l'autorisation faite à un professionnel paramédical de pratiquer un acte. Elle est donc double et, bien qu'elle soit contenue sur une « ordonnance »⁵, elle reste facultative. Elle est facultative d'une part pour le patient qui, ce conseil étant formulé — et souvent écrit⁶ —, est libre de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer en vertu du droit qui lui est conféré de consentir au traitement⁷. Le praticien n'a donc aucun « ordre » à formuler, il est réduit à conseiller ou suggérer un certain comportement. D'autre part, la prescription est facultative pour le professionnel paramédical qui la reçoit. En effet, celui-ci peut, dans les mêmes

1. Sur l'état de nécessité, *cf. infra* n° 373 et s., p. 192 et s.

2. Issu du Décret n° 2008-877 du 29 août 2008 *relatif aux conditions de réalisation de certains actes professionnels par les infirmiers ou infirmières*, pris après la Loi n° 2007-1785 du 19 décembre 2007 *de financement de la sécurité sociale pour 2008* qui a pour but de favoriser la vaccination.

3. Article L. 4311-1 du code de la santé publique, modifié par loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 - art. 89.

4. Art. L. 4362-10 CSP. Un récent rapport préconise de renforcer le pouvoir des orthoptistes et d'élargir l'autorisation faite aux opticiens pour renouveler les prescriptions de lentilles. <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2015/09/10/97002-20150910FILWWW00176-ophtalmo-les-pistes-pour-reduire-l-attente.php> (visité le 10/09/2015).

5. Le terme peut en effet faire penser qu'il s'agit d'un ordre.

6. La prescription peut en effet être orale. La forme étant indifférente, elle peut aussi être numérique.

7. Il en va de même pour les lettres d'introduction entre médecins qui ne peuvent avoir d'effet sur le libre choix du médecin qu'a le patient. Cass. ch. réun., 13 mai 1963, *Bull.*, n° 4, cité par : G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, p. 273.

conditions que les médecins¹, refuser de pratiquer un acte. Il existe par ailleurs des dispositions autorisant les auxiliaires médicaux à adapter leurs actes, même s'ils sont prescrits², ce qui tend à relativiser le caractère obligatoire de la prescription. La prescription ne fait que l'autoriser à pratiquer un acte, à la condition qu'il pratique lui-même certains « bilans³ ».

La prescription ne suppose donc en elle-même aucun acte médical. Elle n'est que l'autorisation de pratiquer un acte et c'est pourquoi elle est soumise à une partie du régime des actes médicaux et notamment à l'exigence de proportionnalité de l'acte. Mais analyser la prescription médicale comme étant un acte médical est abusif⁴. Il faut donc suivre G. REBECQ lorsqu'elle considère que « l'acte médical ne peut plus être entendu que dans son sens strict, par opposition à la prescription, différents textes en faisant nettement la distinction au sein de l'activité médicale⁵ ». Elle fait la distinction entre la prescription et l'acte médical ou « geste médical » qu'elle définit comme « une prestation intellectuelle, manuelle et instrumentale, ensemble indivisible qui constitue l'acte thérapeutique ou geste médical. » La prescription n'est donc ni un geste médical ni un acte médical puisqu'en elle-même la prescription ne soigne rien et, pour qu'elle soigne, il faut qu'elle soit mise à exécution⁶.

La prescription doit donc s'analyser comme la délégation d'un acte. Le médecin peut déléguer deux principaux types d'actes. D'une part, la remise d'un médicament au patient, d'autre part, l'exercice d'un acte sur le patient par un tiers.

252. Concernant l'exercice d'un acte sur le patient par un tiers, la prescription — en plus de la délégation — fait l'effet d'une autorisation à pratiquer l'acte médical. Elle autorise alors le professionnel à l'autorisation restreinte⁷ à effectuer les actes qui sont normalement réservés au médecin ou qui lui sont propres et qui sont subordonnés à cette même prescription pour être effectués. Dès lors, l'acte médical sera délégué au praticien qui l'effectuera et il est difficile de soutenir que la prescription *est* l'acte médical. L'analyse nous permet d'affirmer que la prescription est la condition de l'exercice de l'acte par une personne, sans pour autant être l'acte médical. Cependant, du fait justement qu'elle permet un acte médical et que l'acte

1. Ceux-ci pouvant refuser pratiquer un acte. Cette possibilité est limitée par l'obligation qui leur est faite d'assister toute personne en péril. Cf. aussi ce qui concerne le refus de soins du soignant. *infra* n° 397, p. 206.

2. Pour les masseurs-kinésithérapeutes, cf. l'alinéa 9 de l'article L. 4321-1 renvoyant aux l'articles R. 4321-59 (qui dispose « Dans les limites fixées par la loi, le masseur-kinésithérapeute est libre de ses actes qui sont ceux qu'il estime les plus appropriés en la circonstance. ») et R. 4321-2 (qui dispose à son alinéa 2 que « Dans le cadre de la prescription médicale, il établit un bilan qui comprend le diagnostic kinésithérapique et les objectifs de soins, ainsi que le choix des actes et des techniques qui lui paraissent les plus appropriés. »)

3. Sur les bilans, cf. *supra* n° 199 et s., p. 102 et s.

4. Cela est le cas pour les prescriptions de transport sanitaire. Cf. par ex : Cass. 2^e civ., 15 mar. 2012, n° 11-11286 : « en l'absence d'accord préalable de la caisse primaire d'assurance maladie, que si l'attestation d'urgence figure dans l'acte médical de prescription du transport. » La solution est constante en jurisprudence. Pour une autre illustration, cf. Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, *Bull.*, II, n° 281, n° 08-21044. Il faut noter que cette utilisation du terme « acte médical » se fait dans un contexte de droit de la sécurité sociale. Dans ce contexte, l'utilisation du terme « acte médical » fait référence au caractère financé de l'acte.

5. G. REBECQ, *La prescription médicale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, n° 43, p. 35.

6. On pourra certes arguer du potentiel psychologique important chez le patient : la prescription est un début de guérison puisque son mal sera alors officialisé.

7. Pour cette notion, cf. *supra* n° 196 et s., p. 101 et s.

médical pourrait, en théorie, être réalisé sur simple présentation de l'ordonnance contenant la prescription, la prescription suppose qu'elle soit correctement effectuée. Il faut en effet que l'acte ait été bien choisi, ce qui permettra de faire peser sur le prescripteur une responsabilité à raison du choix de l'acte — et donc de la décision médicale.

Maintenant que nous pouvons affirmer que la prescription, mis à part son pouvoir de délégation, ne change rien à l'acte lui-même, nous pouvons en déduire que l'acte délégué aura le même statut que l'acte qui n'aura pas été délégué. L'acte de vaccination délégué à un infirmier devra donc respecter les mêmes conditions d'asepsie et de réalisation que l'acte de vaccination non délégué. Il en va de même en matière de responsabilité où, mis à part le changement de débiteur de la créance, l'engagement sera soumis aux mêmes règles¹ et notamment le respect des règles de l'art.

253. Concernant la remise d'un médicament ou d'un dispositif au patient, se pose le problème de savoir quand est effectué l'acte médical : à la délivrance du médicament ou lors de l'ingestion ? Il est difficile d'admettre que la délivrance du médicament correspond à l'acte médical puisque lors de la délivrance, il n'y a que remise du produit au patient. Celui-ci n'est, là encore, aucunement contraint de le consommer. Sa liberté fait toujours obstacle entre la délivrance du produit et l'acte en lui-même. Il faut donc penser que l'acte sera réalisé à la consommation du produit par le patient. Cela semble plausible puisque certains médicaments, hautement toxiques, doivent être consommés devant un médecin ou un membre de l'équipe médicale² ou uniquement au sein d'hôpitaux³. Dans ces cas-là, le traitement est simplement oral. Quand la personne ne peut pas déglutir, le traitement pourra être fait par d'autres voies, notamment par voie intraveineuse. Dans ce cas, il y a un acte médical. Il semble donc que le critère pour déterminer le moment de l'acte médical en matière de prescription d'un médicament soit la modification du corps par un produit. Dès que la personne avale un médicament, il y a modification du corps par un produit normalement toxique — comme pour une opération chirurgicale — et il y aurait donc un acte médical.

Cette conception est gênante puisqu'envisager qu'un acte médical soit pratiqué par la personne sur elle-même va à l'encontre du droit médical qui vise à réglementer l'action d'une personne sur une autre personne. Ces règles, appliquées à la personne elle-même, n'ont pas grand sens, la liberté de faire ce que l'on veut sur son corps étant presque, infinie puisqu'elle va jusqu'au suicide⁴. Cette incohérence pourrait être résolue en considérant que lors de l'ingestion, le patient ne fait qu'accomplir l'acte permis par le prescripteur. Cela permet alors de comprendre le possible engagement de la responsabilité du praticien pour faute dans le choix du médicament

1. Visées à l'article 1142-1 du code de la santé publique.

2. C'est notamment le cas de la Mifegyne qui provoque l'avortement. Cf. *MIFEGYNE 200 mg, comprimé (Mifépristone)*, Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), 19 oct. 2012, URL : <http://agence-prd.ansm.sante.fr/php/ecodex/frames.php?specid=66422290&typedoc=N&ref=N0215296.htm> (visité le 15/02/2016).

3. Médicaments à usage interne. Cf. l'article R. 5121-77 CSP.

4. Ce qui n'est pas sans poser la question, ultime en ce domaine, de la médicalité du suicide assisté.

prescrit¹.

Ainsi, la prescription est un acte médical en puissance, y compris dans le cadre de la prescription d'un produit au patient. L'acte médical se concrétisera par le biais du patient lui-même. Le patient forme alors la dernière étape d'un acte médical.

254. L'acte médical est réglementé et lorsque l'une des règles régissant l'autorisation n'est pas respectée, l'auteur de l'acte encourra une sanction. La sanction sert donc aussi à assurer l'application des règles d'habilitation à pratiquer des actes médicaux.

1. Le praticien ne pourra bien entendu pas voir sa responsabilité engagée pour une fausse route ou un non respect de la posologie, à moins de démontrer qu'il a failli à son devoir de conseil sur la manière de prendre ce médicament.

Chapitre 2

La sanction de l'acte effectué par un auteur dénué d'autorisation

255. Le but premier de l'infraction d'exercice illégal de la médecine est de sanctionner l'exercice d'actes médicaux par des personnes non autorisées. Il limite également les risques liés à l'incompétence des auteurs des actes. Ce faisant, il est nécessaire que cette infraction se fonde sur une définition précise de la médecine.

Si le but est de limiter les actes potentiellement nocifs, notons aussi que cela entraîne la création d'un réel monopole juridiquement protégé par une infraction pénale. Ainsi, si les Ordres professionnels ont la faculté de saisir les tribunaux par voie de citation directe pour dénoncer l'exercice illégal de la médecine¹, c'est pour protéger un monopole². La réglementation de la profession de médecin étant la plus ancienne³, elle a servi de modèle aux autres réglementations médicales et non médicales.

1. Art. L. 4161-2 CSP.

2. Une lecture historique de la création de l'infraction d'exercice illégal de la médecine démontrera cependant que c'est souvent une discipline corporatiste qui a prévalu à sa création. Ainsi, la médecine moderne est-elle le produit d'une lutte contre les charlatans et le résultat d'une structuration de la faculté de médecine. Sur cette question, consulter J. LÉONARD, *La médecine entre les savoirs et les pouvoirs : Histoire intellectuelle et politique de la médecine française au XIX^e siècle*, Collection historique, Aubier Montaigne, 1981, J. POIRIER, *Au coeur de l'histoire, la santé in Pour l'histoire de la médecine : Autour de l'oeuvre de Jacques Léonard*, sous la dir. de M. LAGRÉE et F. LEBRUN, Presses Universitaires de Rennes, 1994. Pour les questions relatives à la concurrence entre les différentes facultés de médecine, cf. : C. PAUTHIER, *L'exercice illégal de la médecine (1673-1793) : entre défaut de droit et manière de soigner*, Histoire, médecine et société, Glyph & Biotem éditions, 2002, Version remaniée d'une thèse d'histoire du droit. Son insertion dans le code de la santé publique et non dans le code pénal témoigne de son caractère « technique ».

3. La confrérie de Saint-Côme-et-Saint-Damien réunissant les barbiers chirurgiens est reconnue dès le XIII^e siècle (J.-Cl. AMEISEN, P. BERCHE et Y. BROHARD, *Une histoire de la médecine*, avec une préf. d'A. KAHN, concl. A. KAHN, Éditions de La Martinière, 2011, p. 78) tandis que les chirurgiens-dentistes sont reconnus par un édit de Louis XIV de 1699. Les sages-femmes, d'abord réprimées comme sorcières, sont reconnues à partir du XVIII^e siècle (le 22 décembre 1779, une sage-femme est nommée à l'Hotel-Dieu de Montmorency). Les trois professions seront réglementées ensemble en 1892 par la Loi du 30 novembre 1892 (Voir sur la question : B. HOERNI, « La Loi du 30 novembre 1892 », *Histoire des sciences médicales*, 1998, vol. XXXII, 1, URL : <http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx1998x032x001/HSMx1998x032x001x0063.pdf> (visité le 21/09/2015)).

256. C'est pourquoi l'exercice illégal de la médecine sera étudié distinctement (Section I) des infractions d'exercice illégal des autres professions médicales et paramédicales (Section II) qui dérivent de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.

Section I L'exercice illégal de la médecine

257. La définition de la médecine : pierre d'achoppement de l'infraction d'exercice illégal de la médecine. L'article L. 4161-1 du code de la santé publique instaure le monopole médical négativement en défendant à quiconque autre que les médecins d'exercer la médecine. Cette infraction repose donc sur une définition de la médecine et du professionnel seul habilité à la pratiquer¹.

Selon l'article L. 4161-5 du code de la santé publique, cette infraction est passible de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

258. Une infraction d'habitude. Il faut avant tout noter que l'infraction est une infraction d'habitude. Cela s'explique par la nécessité d'extraire du contentieux tous les actes pratiqués exceptionnellement dans le but de répondre à un état de nécessité². Pour les praticiens médicaux autres que médecins et les auxiliaires médicaux, un ensemble de dispositions vient les

1. Cet article dispose : « Exerce illégalement la médecine :

1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé prise après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5 ;

2° Toute personne qui se livre aux activités définies au 1) ci-dessus sans satisfaire à la condition posée au 2) de l'article L. 4111-1 compte tenu, le cas échéant, des exceptions apportées à celle-ci par le présent livre et notamment par les articles L. 4111-7 et L. 4131-4-1 ;

3° Toute personne qui, munie d'un titre régulier, sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes mentionnées aux 1) et 2), à l'effet de les soustraire aux prescriptions du présent titre ;

4° Toute personne titulaire d'un diplôme, certificat ou tout autre titre de médecin qui exerce la médecine sans être inscrite à un tableau de l'Ordre des médecins institué conformément aux sections II du titre I^{er} du présent livre ou pendant la durée de la peine d'interdiction temporaire prévue à l'article L. 4124-6 à l'exception des personnes mentionnées aux articles L. 4112-6 et L. 4112-7.

5° Tout médecin mentionné à l'article L. 4112-7 qui exécute des actes professionnels sans remplir les conditions ou satisfaire aux obligations prévues audit article.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes et pharmaciens biologistes pour l'exercice des actes de biologie médicale, ni aux infirmiers ou gardes malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret. »

2. Il est en effet possible pour un non professionnel de pratiquer un acte en cas de nécessité. Il bénéficie alors de l'état de nécessité. Sur ce point, cf. Br. PY, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *Actualité juridique pénal*, 2012, n° 7-8, p. 384. En revanche, lorsque des personnes non autorisées pratiquent régulièrement des actes médicaux, une répression est encourue. Il a ainsi fallu prévoir une loi d'amnistie pour les ostéopathes et chiropracteurs. *Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002* portant amnistie, art. 3.

autoriser expressément à agir¹ en cas d'urgence. Ceux-ci sont en effet beaucoup plus exposés à la nécessité de réagir souvent en cas d'urgence.

L'article fondant l'exercice illégal de la médecine fait aussi référence aux étudiants ou aux auxiliaires médicaux qui aident le médecin dans son action. Ceux-ci pratiquent en effet régulièrement des actes médicaux en aidant les praticiens.

259. La complicité de l'exercice illégal de la médecine. Les principes généraux du droit pénal s'appliquent naturellement à cette infraction. Ainsi est-il tout à fait possible de condamner un médecin pour complicité d'exercice illégal de la médecine. Ont par exemple été condamnés le médecin organisant le travail de détartrage dentaire de son épouse dépourvue d'un titre régulier et d'une inscription à l'Ordre², ou le praticien donnant des instructions générales à des aide-soignantes et infirmières salariées pour pratiquer des actes normalement réservés aux praticiens médecins³.

260. Le renvoi à la définition du médecin. Concernant les personnes, le code de la santé publique renvoie à la définition du médecin. La référence est particulièrement nette puisque l'article L 4161-1 du code de la santé publique renvoie directement aux dispositions du code de la santé publique définissant cette profession. Sont alors exigés le diplôme de docteur en médecine et l'inscription au tableau de l'Ordre. Afin qu'aucune hésitation ne soit permise, l'article précise que cette définition s'applique aux praticiens non inscrits au tableau ou interdits d'exercer⁴.

261. Définition de la médecine par l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Il n'y a pas de difficulté particulière dans la définition de la personne qui peut ne pas tomber sous le coup de l'infraction d'exercice illégal. Cependant, la question du champ des actes objets du monopole et interdits aux personnes autres que les médecins est beaucoup plus épineuse. En effet, cela va déterminer le champ *ratione materiae* de l'infraction et donc les actes qui seront interdits aux non-médecins.

L'article L. 4161-1 du code de la santé publique contient une définition du champ matériel de l'infraction qui se fait par deux moyens.

D'une part, l'article L. 4161-1 du code de la santé publique crée une définition abstraite de la médecine. Il indique qu'exerce la médecine celui « qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations

1. Cf. sur cette question, *supra* n° 248, p. 122.

2. Cass. crim., 16 déc. 2008, *Bull. crim.*, n° 08-80453.

3. Cass. crim., *Bernard Gall c. Ministère public*, 13 mai 2003, *inédit*, n° 02-84037. Voir aussi l'arrêt condamnant le praticien ayant détourné des patients des traitements odontologiques classiques pour appliquer sa théorie de la « loi d'airain du cancer » et contribué à l'exercice illégal d'une infirmière : Cass. crim., *Ryke Hamer c. Ministère public*, 31 mai 2005, *inédit*, n° 04-85341.

4. Cf. la condamnation pour exercice illégal d'un médecin interdit temporairement d'exercice : Cass. crim., 9 fév. 2010, *inédit*, n° 09-83545. Ce faisant, l'infraction d'exercice illégal sert aussi à assurer l'effectivité de la sanction ordinaire d'interdiction d'exercice.

*verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient*¹ ». D'autre part, cet article inclut dans son premier alinéa une incrimination par renvoi². L'article renvoie à la « pratique [de] l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine ». Cela correspond à l'Arrêté du 6 janvier 1962.

262. Après avoir vu en quoi la définition abstraite de la médecine doit être perfectionnée (§ 1.), l'étude de l'incrimination par renvoi à l'arrêté (§ 2.) sera menée.

§ 1. La définition abstraite de la médecine par l'infraction d'exercice illégal : une définition à parfaire

263. La définition abstraite et large de la médecine. La profusion des conjonctions « ou » au sein de la définition abstraite de la médecine montre la volonté d'une incrimination large. Le texte de l'incrimination vise à remédier aux « maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées ». C'est-à-dire que peu importe le type d'affection, il suffit que le but de résoudre une maladie existe pour que soit qualifiée l'infraction. Dès lors, l'incrimination est très inclusive puisqu'elle vise l'acte qui est pratiqué même en la présence ou sous la direction du médecin. Matériellement, la formule se veut englobante puisque l'article vise les « actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés, quels qu'ils soient ». Il n'y a donc pas uniquement l'acte sur le corps qui est visé, mais tout ce qui peut avoir pour effet de permettre une guérison. Cet élément de l'incrimination vise à permettre la répression des charlatans agissant sans contact ou par des consultations téléphoniques. Ainsi le moyen utilisé pour parvenir à répondre à la maladie importe peu.

264. Il faut noter que seuls les actes de diagnostic et de traitement (A.) visant à répondre à une maladie sont inclus dans l'infraction d'exercice de la médecine, ce qui n'est pas sans poser de questions (B.).

A. Les démarches objet de l'incrimination : le diagnostic et le traitement

265. L'incrimination vise précisément deux actions sur lesquelles il faut revenir : le diagnostic et le traitement. Cette opposition est classique³ et le diagnostic est considéré comme un préliminaire au traitement.

266. Le diagnostic. L'infraction étant tournée vers le traitement, la protection du diagnostic est cohérente puisqu'il s'agit de la première étape du traitement. Pour suivre l'esprit du texte, il faut donc entendre le diagnostic au sens large.

1. Nous soulignons.

2. Cette incrimination contient donc une alternative, comme en témoigne la conjonction « ou » qui la précède.

3. Cf. sur cette question *supra* n° 111, p. 65.

Serait ainsi réservée au praticien toute action visant à établir la nature du mal dont souffre le patient, peu important la manière dont il procède et la maladie découverte. Prévoir ainsi que cela peut concerner les maladies supposées ou congénitales appelle à une lecture large de la maladie elle-même. Il faudrait donc considérer que la simple recherche d'un mal est un diagnostic.

La chambre criminelle définit le diagnostic comme « l'examen d'un malade en vue de localiser la douleur et d'en déceler l'origine¹ » ou plus généralement comme « l'examen d'un malade, aux fins de rechercher une lésion, réelle ou supposée, responsable d'un état pathologique et de la localiser². » Ces définitions constituent une lecture large et cohérente avec le texte.

Les cas de répression de l'exercice de diagnostic sont divers et épousent les errances des praticiens. Cela sert ainsi à réprimer tant le praticien non inscrit³ que le praticien au champ d'actes médicaux réduits⁴.

267. Le traitement.⁵ Le traitement est défini par l'incrimination. Il s'agit des « actes personnels, consultations verbales ou écrites ou tous autres procédés, quels qu'ils soient ». La définition reste volontairement fruste et la jurisprudence s'en sert pour pouvoir réprimer toutes les pratiques thérapeutiques, quelles qu'elles soient.

268. L'infraction sert à réprimer les traitements pratiqués par une personne non habilitée. Cela vise tant les personnes autorisées à pratiquer des actes médicaux, mais sortant des limites de leur autorisation⁶, que les personnes dénuées de toute autorisation. Sur ce dernier point, la liste est bigarrée puisque ne sont pas habilités à pratiquer des actes médicaux : les ostéopathes,

1. Cass. crim., 17 juil. 1987, *inédit*, n° 86-96743.

2. Cass. crim., 28 avr. 1987, *inédit*, n° 86-93308.

3. Cf. pour la répression d'un médecin radié du Conseil de l'Ordre, mais ayant pratiqué des expertises consistant en des diagnostics : Cass. crim., 12 jan. 2010, *inédit*, n° 09-82380.

4. Cf. pour un arrêt réprimant un chirurgien-dentiste ayant diagnostiqué une pathologie étrangère à son champ de compétence Cass. crim., *Francis Hartmann c. Ministère public*, 21 sept. 2004, *inédit*, n° 04-80056. Cf. aussi pour la répression de l'usage des tonomètres à air par des opticiens Cass. crim., 11 jan. 2012, *inédit*, n° 10-88908.

5. Le texte de l'incrimination utilise le vocable « traitement » tandis que les juridictions utilisent aussi bien « thérapeutique » que « traitement ». La jurisprudence entend le traitement comme contribuant à la thérapeutique. Comme l'a écrit I. ROBARD, il aurait mieux valu utiliser le nom « thérapie », « afin de conserver la désinence adjectivale pour le cas où elle doit être employée. L'usage a prévalu en faveur de cette irrégularité de langage. » (I. ROBARD, *Médecines non-conventionnelles et droit : la nécessaire intégration dans les systèmes de santé en France et en Europe*, Actualités, Litec, 2002, p. 49 et s.) Mais il est vrai qu'aujourd'hui, le nom « thérapie » est doté d'une connotation psychanalytique. « Thérapie [...] est surtout usité en psychiatrie et en psychanalyse, par emprunt à l'anglais *therapy* ou à l'allemand *Therapie*, de même origine ». (A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Thérapeutique). Quoi qu'il en soit, la thérapie est un mouvement plus général que le traitement qui, lui, est plus ciblé, tout en étant geste du mouvement et il faudrait entendre « thérapie » comme un synonyme de « traitement ».

6. Cf. ainsi la répression du pédicure-podologue utilisant une technique de « laseropuncture » Cass. crim., 7 sept. 2010, *inédit*, n° 09-87811. Voir aussi la répression de la dentiste étrangère pratiquant des détartrages sous la direction d'un stomatologue : Cass. crim., 16 déc. 2008, *Bull. crim.*, n° 08-80453.

les chiropracteurs¹ — avant la loi d'amnistie² et leur réglementation³ —, les acupuncteurs⁴ ou praticiens de médecine chinoise⁵, les orthoptistes manipulant des tonomètres à air⁶, le « lebensberatung⁷ », et tous les charlatans⁸, etc.

Il est cependant difficile de dresser la liste des activités qui sont sanctionnées au titre de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique puisque celles-ci ne donnent pas systématiquement lieu à des contentieux. Déterminer précisément le champ de cette infraction supposerait de savoir par exemple si les soins intrafamiliaux invasifs ou les soins capillaires peuvent être réprimés. En l'absence de contentieux sur ces sujets, l'exégète en est réduit aux conjectures.

269. L'extension de la répression aux pratiques de prévention. Il faut cependant savoir si la notion de « traitement » s'étend à la prévention.

On peut penser que l'article L. 4161-1 du code de la santé publique s'étend aux actes préventifs par une forme de mimétisme avec l'infraction d'exercice illégal de la pharmacie. Celle-ci, prévue à l'article L. 4211-1 du code de la santé publique, fait référence à l'article L. 5111-1 du même code définissant le médicament comme une substance « possédant des propriétés curatives ou préventives ».

En effet, la répression vise le « traitement de maladies », sans préciser si celui-ci doit être limité aux traitements *stricto sensu* ou étendu aux traitements préventifs. Cela serait cohérent avec l'analyse large du traitement puisqu'est ainsi réservée aux membres du corps médical « une thérapeutique à raison tant des moyens d'action qu'elle utilise que des actions organiques qu'elle est susceptible de susciter⁹ » et qu'en matière d'acupuncture, le fait de viser par le placement d'aiguilles à « rétablir un équilibre énergétique rompu ou faire disparaître ou prévenir le trouble organique ou la souffrance¹⁰ » est réservé au corps médical¹¹. Peu importe que l'acte puisse ne pas être efficace, c'est le but de cet acte qui importe : guérir, que cette guérison soit une prévention ou une véritable guérison.

1. Cass. crim., 27 jan. 2009, n° 08-82023.

2. *Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002* portant amnistie.

3. *Cf. supra* n° 221 et s., p. 110 et s.

4. Les condamnations sont multiples et constantes. Pour des exemples récents : Cass. crim., *Min. pub. c. Sabrina X...*, 16 déc. 2014, *inédit*, n° 14-80088 Cass. crim., 9 fév. 2010, n° 09-80681.

5. La jurisprudence est constante. Pour une illustration récente, *cf.* Cass. crim., *Min. pub. c. Sabrina X...*, 16 déc. 2014, *inédit*, n° 14-80088. La Cour de cassation écrit « Qu'en effet, la pratique habituelle de l'acupuncture, tant à raison du diagnostic qu'elle implique que des moyens de traitement des maladies qu'elle utilise et des réactions organiques qu'elle est susceptible d'entraîner, constitue un acte médical dont l'exercice est réservé aux docteurs en médecine ». Il faut d'ailleurs noter que l'usage du terme « médecine » n'est pas réservé puisque « le terme de médecine, à l'inverse du titre de médecin, n'étant pas protégé, seuls l'établissement de diagnostics ou la pratique d'actes médicaux par M. X... eussent justifié de lui interdire d'user de l'appellation "médecine chinoise" » Cass. crim., 16 oct. 2008, *Bull. crim.*, n° 229, n° 07-17789.

6. *Cf. supra* n° 266.

7. Ce qui se traduit de l'allemand comme « conseil en choses de la vie ». *Cf.* Cass. crim., *Roger Batt c. Ministère public*, 2 déc. 2003, *Bull. crim.*, 920, n° 227, n° 03-81334.

8. *Cf.* par exemple Cass. crim., *Emile de Saint Preux*, 21 fév. 2001, *inédit*, n° 00-82365, Cass. crim., *Pierre de Y...*, 28 jan. 2004, *inédit*, 03-80930.

9. Cass. crim., 3 fév. 1987, *Bull. crim.*, n° 56, p. 145, n° 86-92954.

10. Cass. crim., 9 jan. 1992, *inédit*, n° 91-82525.

11. Pour un exemple récent, *cf.* Cass. crim., 28 juin 2016, n° 15-83587.

270. Reste que cela est contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, ce qui amène l'exégète à douter de la possibilité d'une telle analyse. Toujours sur le fondement de l'interprétation stricte de la loi pénale, les actes dépourvus de toute visée curative — et ne supposant donc pas de diagnostic — ne peuvent être réprimés au titre de l'article L. 4661-1 du code de la santé publique.

B. L'inapplicabilité de l'infraction d'exercice illégal de la médecine aux actes sans lien avec une maladie

271. La définition de la maladie et de la thérapeutique est un enjeu important. En effet, si le traitement ou le diagnostic ne visent pas à résoudre ou prévenir une maladie, alors, ils n'entrent pas dans le champ de l'exercice illégal de la médecine et ne risquent pas de condamnation.

L'article L. 4161-1 du code de la santé publique dispose que ne ressortent de l'exercice réservé de la médecine que les actes visant à résoudre des « maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées ». Du fait de l'impératif d'interprétation stricte de la loi pénale¹, il n'est pas possible d'étendre cet article aux actes étrangers à toute maladie. La seule répression qu'encourrait le prévenu serait celle réprimant les homicides, violences volontaires, mutilations², etc.

272. Le cas de la psychanalyse. La mobilisation de l'argument de l'interprétation stricte de la loi pénale aurait pu permettre de mettre un terme au contentieux de l'exercice illégal de la médecine en matière de psychiatrie. La psychanalyse a été longtemps réprimée parce qu'elle était considérée comme un traitement³. Cette discipline a vu sa répression s'achever en 1978 avec l'arrêt *Auscher dit Diéнал c. Ministère public*⁴. Cet arrêt peut être analysé comme la conséquence d'une tolérance prétorienne⁵, mais la tolérance aurait pu être justifiée par une interprétation stricte de l'article 4161-1 du code de la santé publique.

Dans ce jugement, il a été noté que cette activité ne vise pas à traiter des « malades mentaux présumés⁶ ». Cela fait écho aux discussions internes à la profession sur le point de savoir si celle-ci vise à prendre en charge des maladies ou des états non pathologiques. Nous retrouvons ici notre enjeu fondamental : si la psychanalyse ne prend pas en charge des états pathologiques, elle sort du champ de l'infraction d'exercice illégal de la médecine et n'encourt donc plus la répression.

273. Tous les actes médicaux non thérapeutiques ne seraient ainsi pas soumis au monopole. L'argument aurait pu par exemple être mobilisé lors des procès des faiseuses d'ange : l'avortement n'étant pas thérapeutique, il n'entre pas dans la définition des actes prohibés par l'article L. 4161-

1. Art. L. 111-4 code pénal.

2. Et ce fut le cas de l'arrêt des « stérilisés de Bordeaux », Cass. crim., *Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, 1^{er} juin 1937, *S.*, I, p. 193 .

3. Cf. *supra* n° 97 et s., p. 57 et s.

4. Tribunal correctionnel de Nanterre, *Auscher dit Diéнал c. Ministère public*, 9 fév. 1978, *Gaz. Pal.*,

5. Cf. *supra* n° 97 et s., p. 57 et s.

6. Tribunal correctionnel de Nanterre, *Auscher dit Diéнал c. Ministère public*, 9 fév. 1978, *Gaz. Pal.*,

1 du code de la santé publique. L'argument, fondé sur l'interprétation stricte de la loi pénale, aurait fonctionné pour tous les actes non thérapeutiques.

274. Mais quatre raisons invitent à penser que cette fissure dans l'article L. 4161-1 du code de la santé publique ne se transformera pas en faille.

Premièrement, un nombre réduit d'actes est concerné puisque les actes non thérapeutiques et non préventifs ne sont pas légion et sont des actes souvent hautement complexes. Néanmoins, ces actes sont aujourd'hui importants puisque l'on y trouve l'avortement, l'assistance médicale à la procréation ou le suicide assisté. *Deuxièmement*, l'augmentation de l'exigence de compétence pour certains actes spécifiques comme les actes d'AMP incline à penser que l'exigence de compétence médicale ne serait pas niée pour ces actes. Il faut ainsi noter l'existence d'infractions spéciales réprimant les non-médecins spécialistes et dûment autorisés en cas d'actes d'AMP¹. *Troisièmement*, l'interprétation stricte de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique laisse subsister les infractions protégeant l'intégrité de la personne et celles-ci sont durement sanctionnées. *Quatrièmement*, le législateur a instauré une liste précisant cet article pour mettre fin à des arguties d'interprétation. Ainsi, les actes esthétiques — qui n'ont rien à voir avec une maladie — sont-ils interdits, mais au bénéfice d'une disposition spéciale précisant l'article L. 4161-1 du code de la santé publique.

Il faut néanmoins constater que la *ratio legis* de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique était sûrement d'embrasser tous les actes médicaux. Il eut été plus efficace de viser la notion d'acte médical plutôt que de restreindre l'article à certains actes déterminés.

275. L'infraction nous apparaît donc comme une incrimination volontairement large et imprécise. Le législateur en était pleinement conscient puisqu'il a renvoyé à un arrêté pour mettre un terme aux discussions qui pourraient s'élever à propos de certaines frontières du monopole médical.

§ 2. L'incrimination par renvoi à une liste des actes médicaux : un outil de précision de l'infraction

276. L'incrimination par renvoi de la liste de l'arrêté du 6 janvier 1962. L'utilisation de l'Arrêté du 6 janvier 1962² est symptomatique de sa fonction. Il s'agit d'un arrêté de répartition des compétences au sein de l'organisation médicale française. Il sert à prévenir des

1. Ainsi, le défaut d'homologation en matière d'AMP est pénalement réprimé et l'homologation suppose la preuve du titre de médecin et une spécialisation (art. 511-22 CP.). C'est aussi le cas en matière d'avortement où l'infraction d'avortement illégal vient réprimer le non-médecin qui l'effectuerait (art L. 2222-2 2° CSP.).

2. *Arrêté du 6 janvier 1962* fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non-médecins, *JO*, p. 1111, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000802880> (visité le 02/01/2014).

difficultés d'interprétation sur ce qui ressort de la compétence du médecin ou d'autres auxiliaires médicaux.

Le caractère illustratif de l'arrêté est patent depuis que son caractère non limitatif a été reconnu dans les affaires des tonomètres à air. Il était reproché à des opticiens l'utilisation de tonomètres à air. En défense, les opticiens excipaient du fait que cet acte n'était pas interdit par l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962. La Cour de cassation a répondu, au visa de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, que « la liste des actes médicaux réservés aux médecins par l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962 n'est pas limitative¹ ». Et ces illustrations sont dotées d'une valeur législative par le biais de l'incrimination par renvoi². Un tel concept n'est cependant pas sans poser question au regard de sa légalité : est-il normal de laisser au pouvoir réglementaire le soin de déterminer le contenu d'une infraction pénale ? Il y a là une originalité qui témoigne de l'influence politique du corps médical et de sa volonté de protéger son monopole et d'en déterminer le champ.

Il y a ainsi lieu de relativiser la puissance de définition de cet arrêté. Il n'est qu'une liste précisant des cas litigieux et non pas un critère de définition. Il s'agit plutôt d'un critère de précision d'une définition plus large d'un monopole médical³.

277. L'arrêté du 6 janvier 1962 : point final des débats sur le périmètre du monopole médical. Le contenu de l'arrêté est éclairant sur ses deux fonctions principales.

D'une part, l'arrêté sert à départager les différentes missions des professionnels autorisés à pratiquer les actes médicaux. Par exemple, l'article 2 vient préciser que sont réservés au médecin les massages prostatiques et gynécologiques. Cela vise à interdire aux professionnels du massage que sont les masseurs-kinésithérapeutes de les effectuer. L'arrêté sert par ailleurs à prévoir le degré de compétence des praticiens paramédicaux. Ainsi, certains actes comme les elongations vertébrales par tractions mécaniques ou l'emploi de rayons X ne peuvent être exécutés par des « auxiliaires médicaux qualifiés que sous la responsabilité et la surveillance directes d'un médecin, celui-ci pouvant contrôler et intervenir à tout moment⁴ ». Par ailleurs, certains actes comme la prise de tension artérielle ou les massages simples « peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés et uniquement sur prescription du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci⁵ ».

D'autre part, l'arrêté sert à préciser ce qui est purement et simplement réservé au praticien et à mettre un terme à certains débats. C'est sous cet angle qu'on peut considérer le 1^o de l'article

1. Cass. crim., 11 jan. 2012, inédit, n° 10-88908.

2. J. MORET-BAILLY, « Les modes de définition des professions de santé : présent et avenir », *RDSS*, 2008, p. 508.

3. Son pouvoir de définition de ce qu'est un acte médical est dès lors soumis à la prémisse selon laquelle tout acte du monopole des médecins est un acte médical.

4. *Arrêté du 6 janvier 1962* fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non-médecins, *JO*, p. 1111, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000802880> (visité le 02/01/2014), art. 3.

5. *Ibid.*, art. 4.

2 de l'arrêté réservant les traitements d'ostéopathie et de chiropraxie aux docteurs en médecine. Cette disposition est dépassée depuis la récente réglementation — et donc autorisation — des ostéopathes et chiropracteurs. Il faut noter la permanence du 6° de l'article 2 qui réserve les épilations non effectuées à la pince ou à la cire aux médecins. Cela a notamment pour effet de clarifier le contentieux relatif aux épilations effectuées par des non médecins¹.

278. L'infraction d'exercice illégal se caractérise par sa généralité. Celle-ci est cependant tempérée par l'obligation qui est faite au juge d'interpréter strictement la loi pénale. L'infraction est aussi utilisée pour délimiter le champ des actes pouvant être pratiqués par des non médecins.

279. C'est sur le modèle de la réglementation des médecins que s'est structuré l'exercice illégal des autres professions autorisées à pratiquer des actes médicaux, ce qui signale l'origine corporatiste de l'exercice illégal de la médecine : il s'agit d'assurer aux médecins un monopole bien ordonné.

Section II L'exercice illégal des autres professions autorisées à pratiquer des actes médicaux

280. Concernant les professions autres que celle de médecin, nous devons distinguer les professions selon la méthode utilisée pour instituer l'exercice illégal. Les professions médicales autres que celle de médecin sont donc régies de manière très similaire à la profession de médecin (§ 1.) tandis que les professions d'auxiliaires de soins bénéficient d'infractions structurées de manière autonome (§ 2.).

§ 1. Exercice illégal des professions médicales autres que celle de médecin

281. L'exercice illégal des professions médicales est directement calqué sur celui de la profession de médecin². Les articles prévoyant ces incriminations sont situés directement après l'infraction d'exercice illégal de la médecine. L'exercice illégal de la profession de chirurgien-dentiste fait référence à la « pratique de l'art dentaire » défini à l'article L. 4141-1 du code de la santé publique, tandis que la complexité de l'art maïeutique oblige le texte à renvoyer à l'article L. 4151-1 du code de la santé publique définissant le périmètre d'action de la sage-femme.

1. Cf. sur cette question *infra* n° 320, p. 163.

2. Il faut noter que les actes des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes peuvent être effectués légalement par des médecins.

La structure des articles est calquée sur celle de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, à la différence que la référence à l'article L. 4111-1 du code de la santé publique est intégrée au 1^o. Nous retrouvons ensuite le fonctionnement en 4 alinéas¹.

282. La parenté entre les infractions d'exercice illégal de la profession de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme est telle que ces professions ont en commun les articles L. 4161-4 et L. 4161-5 du code de la santé publique qui autorisent les syndicats à agir et fixent la peine applicable à ces infractions à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Par ailleurs, les juges répriment de la même manière que pour les médecins les dépassements de compétence des auxiliaires médicaux² et des personnes dénuées de toute habilitation³.

283. La situation est légèrement différente pour les auxiliaires médicaux.

§ 2. Exercice illégal des professions paramédicales

284. Contrairement à la profession de médecin, les infractions sont dispersées dans les titres propres à chaque profession. Si la structure est globalement la même en ce qu'il y a d'abord une référence au métier puis la mention de la sanction, notons que les articles sont beaucoup plus concis. Ainsi, l'article L. 4314-4 du code de la santé publique réprimant l'exercice illégal de la profession d'infirmier ou d'infirmière dispose simplement que « l'exercice illégal de la profession d'infirmier ou d'infirmière est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » L'article poursuit en précisant les peines complémentaires applicables.

La structure est la même pour les masseurs-kinésithérapeutes⁴, les ergothérapeutes⁵, les orthophonistes⁶, les manipulateurs d'électroradiologie médicale et les techniciens de laboratoire médical⁷, les audioprothésistes, les opticiens-lunetiers, les prothésistes ou orthésistes pour l'appareillage des personnes handicapées⁸, et les diététiciens⁹.

285. Il faut noter une différence pour les aides-soignants, les auxiliaires de puériculture, les ambulanciers et les assistants dentaires dont l'exercice illégal n'est réprimé que par le délit d'usurpation de titre de l'article 433-17 du code pénal¹⁰. Ainsi la répression est-elle moindre pour ces professions puisque ce délit n'est puni que d'un an d'emprisonnement et de 15 000

1. À l'exception de l'exercice illégal de la profession de sage-femme qui ne prévoit pas *in fine* d'exception au profit des étudiants en maïeutique.

2. Cf. pour un prothésiste dentaire : Cass. crim., *Joël Dubois c. Ministère public*, 10 mai 2000, n° 99-83977. Le contentieux est fourni pour ces professionnels.

3. Cass. crim., 16 déc. 2008, *Bull. crim.*, n° 08-80453.

4. Art. L. 4323-4 CSP.

5. Art. L. 4334-1 CSP.

6. Art. L. 4344-4 CSP.

7. Art. L. 4353-1 CSP.

8. Art. L. 4363-2 CSP.

9. Art. L. 4372-1 CSP.

10. Arts. L. 4394-2 et s. CSP.

euros d'amende. Il existe par ailleurs des infractions d'exercice illégal pour les professions non mentionnées au titre IV du code de la santé publique.

286. L'exercice illégal des professions non mentionnées au code de la santé publique.

Il est notable que les professions de conseiller en génétique¹ voient leur champ assuré par une infraction d'exercice illégal similaire à celle des professions réglementées. Notons cependant que la répression est moins sévère puisque la sanction est d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Les ostéopathes et chiropracteurs disposent d'une protection de leur exercice². Cette protection est cependant moins forte puisque l'exercice illégal n'est passible que d'une contravention de cinquième classe. L'infraction n'a pas la même forme que pour les auxiliaires de soin, mais elle est beaucoup plus succincte. Cela signale une différence de considération de ces professions. L'autorisation de pratiquer des actes médicaux permet donc d'échapper à la répression de l'exercice illégal. Cette protection, bien qu'imparfaite, fait que les actes médicaux sont réservés à des professions autorisées.

Cependant, et c'est un signe de la spécificité de ces actes, il n'existe pas de sanction de l'exercice illégal de la psychologie ou de la psychothérapie.

1. Art. L. 1133-8 CSP.

2. *Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007* relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie, art. 15.

Conclusion de la première partie

287. Il s'agissait dans cette partie de trouver à l'acte médical une définition qui ne soit pas fondée sur son régime. Pour ce faire, il fallait trouver un critère de définition qui permette de distinguer l'acte médical de son contexte et qui soit fonctionnel. Un tel critère a pu être trouvé dans l'enseignement à la faculté de médecine. Ainsi, est un acte médical l'acte enseigné à la faculté de médecine, peu important qu'il soit enseigné aussi ailleurs.

La largeur de ce critère permet d'appréhender largement les auteurs de l'acte médical. Le droit contient un système de régulation des auteurs de l'acte médical. Le critère de l'enseignement à la faculté de médecine coïncide avec le but de ce système : assurer la compétence des auteurs de l'acte médical.

Le système régulant les auteurs de l'acte médical témoigne de la difficulté qu'il y aurait à maîtriser l'intégralité de la médecine. Ainsi, pour les médecins, et malgré le fait qu'ils soient juridiquement autorisés à pratiquer tous les actes médicaux, nous constatons que le droit de la responsabilité civile et surtout le droit des assurances restreignent leurs actions aux actes qui ressortent de leur spécialité. Tous les praticiens voient le champ des actes médicaux qu'ils peuvent effectuer limité aux actes qu'ils maîtrisent.

Parmi les professionnels autorisés à pratiquer des actes médicaux, une opposition est traditionnellement faite entre les professionnels médicaux et les auxiliaires de soins. Il est possible de différencier les deux catégories de professionnels en se fondant sur le critère de l'autonomie pour réaliser tous les actes médicaux. Ainsi, serait un professionnel médical le professionnel autorisé à diagnostiquer. Cette lecture oblige à repenser la catégorie puisque les psychologues, psychothérapeutes, ostéopathes, chiropracteurs, pédicures-podologues, et pharmaciens sont autorisés à diagnostiquer. Nous constatons par ailleurs une augmentation des responsabilités des auxiliaires médicaux. Ceux-ci, en plus de leur « rôle propre », ont l'autorisation de pratiquer de manière autonome de nouveaux actes médicaux, notamment *via* le système des pratiques avancées.

Ce système est sanctionné par les incriminations pénales d'exercice illégal de la médecine et des professions autorisées. L'infraction d'exercice illégal de la médecine repose sur une définition théorique de la médecine et est complétée par une liste des actes médicaux réservés aux médecins. Cette liste sert à préciser des cas litigieux. Néanmoins, l'infraction d'exercice illégal de la médecine présente l'inconvénient de ne pas englober les actes non thérapeutiques. Sur ce point, la référence à la notion d'acte médical, telle que définie dans cette thèse, peut résoudre ce manque.

288. Tout au long de cette partie, la spécificité des actes médicaux sur le corps humain est apparue en filigrane. En effet, ceux-ci se distinguent par un régime juridique plus rigide et exigeant. Il faut donc mener un nouveau travail pour ces actes médicaux.

Deuxième partie

Droit spécial des actes médicaux sur le
corps humain

289. Nous avons pu clarifier la définition et le régime des actes médicaux. Ceux-ci peuvent se définir comme les actes enseignés à la faculté de médecine et sont soumis à une réglementation de leur auteur. Ce régime a néanmoins dû être précisé et nous avons décrit les relations entre les différentes professions de santé. Néanmoins, un travail de redéfinition ne peut se limiter à ces éléments. En effet, il est souvent noté que le régime juridique de l'acte médical serait perturbé par l'évolution des buts de la médecine. Il faut ainsi, au sein de la notion d'acte médical, faire une place à différentes sous-notions.

290. Une telle entreprise se heurte à la variété des types d'actes médicaux. Une bonne distance doit nécessairement être trouvée pour décrire les différents actes médicaux et surtout leurs différences de régime. Pour ce faire, nous partirons du postulat que les différences de régime entre actes médicaux dépendent de l'objet de l'acte médical. Ainsi, les règles applicables aux actes sur le corps diffèreraient selon que ce corps est mort, vivant ou celui d'une personne.

Le droit opère ainsi une distinction selon que les actes médicaux sont ou non pratiqués sur une personne. Une telle distinction trouve deux raisons. *D'une part*, il faut faire une place spécifique aux règles applicables aux actes sur le corps de la personne humaine. Ceux-ci sont en effet au coeur de la notion d'acte médical. Cette spécificité provient de la place particulière qu'occupe le corps de la personne humaine dans notre droit. Si le corps humain sous toutes ses formes est protégé, le corps de la personne humaine est au coeur de règles spécifiquement conçues pour l'acte médicale. *D'autre part*, il faut constater que les actes les plus courants sont ceux pratiqués sur la personne humaine. Il y a donc une raison liée à la fréquence de ces actes. Par contraste, les actes médicaux pratiqués sur le corps humain aux frontières de la vie, s'ils sont moins nombreux, présentent la particularité d'être éthiquement sensibles, ce qui justifie un corps de règles spécifiques.

Avant d'en venir à l'analyse du régime des actes médicaux pratiqués sur le corps de la personne (Titre II), nous étudierons les règles propres aux actes pratiqués sur le corps humain aux frontières de la vie (Titre I).

Titre I

Analyse des actes médicaux sur le corps humain aux frontières de la vie

291. Le développement de la biomédecine a rendu poreuses les frontières habituelles du droit, spécialement aux frontières de la vie et vers l'invisible de la biologie. En effet, la pratique médicale concerne de plus en plus les corps humains avant la naissance et après la mort. Cela a conduit à la création de la biomédecine. Les règles s'appliquant à celle-ci sont-elles celles de l'acte médical sur le corps humain ?

Il ne s'agit pas de définir ce qui peut être considéré comme un corps humain, mais de savoir si le régime des actes médicaux sur le corps humain s'applique aux actes pratiqués sur des éléments s'approchant du corps de la personne humaine vivante. Cette analyse nous permettra de confirmer ou d'infirmer notre hypothèse selon laquelle le régime des actes médicaux dépend avant tout de l'objet de l'acte médical.

292. Il est possible de segmenter ce problème en deux questions. *D'une part*, tout corps humain est-il soumis aux règles relatives à l'acte médical ? Le corps foetal, comme le corps mort — le cadavre — sont soumis à des règles spécifiques. Comment expliquer cette spécificité des actes sur le foetus et le corps mort ? *D'autre part*, comment comprendre le régime des actes sur des éléments du corps humain séparés du corps et étudiés par la biologie médicale ?

293. Dès lors, nous étudierons les actes pratiqués sur le corps humain avant la naissance et après la mort¹ (Chapitre 1) et sur les éléments et produits du corps humain séparés du corps (Chapitre 2).

1. Nous reprenons ainsi l'expression choisie par X. LABBÉE. Cf. X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, avec une préf. de J.-J. TAISNE, Sciences juridiques et sociales, Presses universitaires du Septentrion, 2012, URL : https://books.google.fr/books?id=_vvgw40HIT4C&lpg=PA1&hl=fr&pg=PA1#v=onepage&q&f=false (visité le 21/07/2016).

Chapitre 1

Actes sur le corps humain avant la naissance et après la mort

294. Les actes pratiqués sur le corps humain aux frontières de la vie sont soumis à des régimes spécifiques. Nous l'avons évoqué, ce régime spécifique tient à leur caractère éthiquement sensible. Il faut rajouter à cela que ceux-ci sont pratiqués sur un corps humain ne pouvant exprimer de consentement au moment de l'acte et que ces actes médicaux ont des finalités souvent étrangères à la simple thérapeutique. Il faudra ainsi envisager si ces actes médicaux présentent des spécificités marquées et si oui, de quel degré.

295. Pour répondre à cette question, il faut décrire le régime auxquels sont soumis les actes sur le fœtus (Section I) et sur le cadavre (Section II).

Section I Début du corps humain : le fœtus

296. Définition du fœtus. Le droit des personnes est fondé sur la *summa divisio* des personnes et des choses. Traditionnellement, il est entendu que « l'embryon n'est pas une personne humaine. La personne humaine s'oppose à l'abstraction de la personne juridique. Elle correspond à l'homme vivant et fait de chair que protège le code pénal¹. » L'embryon² ne

1. Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 841.

2. Il n'existe aucune distinction juridique entre le fœtus et l'embryon. La littérature médicale utilise le nom « embryon » jusqu'à douze semaines d'aménorrhée. Passé ce délai, le nom « fœtus » est privilégié (R. FRYDMAN, M. FLIS-TRÈVES et S. GELLMAN, « Ne confondons pas l'embryon, le foetus et l'enfant », *Le Monde*, 22 fév. 2008, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2008/02/22/ne-confondons-pas-l-embryon-le-foetus-et-l-enfant_1014535_3232.html (visité le 12/06/2015)). En suivant C. LABRUSSE-RIOU nous ne chercherons pas à déterminer de critères de délimitation entre ces deux acceptions et utiliserons indifféremment l'une ou l'autre puisque la loi ne distingue pas les deux états. (C. LABRUSSE-RIOU, *Ecrits de bioéthique*, avec une introd. de M. FABRE-MAGNAN, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2007, URL : <http://www.cairn.info/ecrits-de-bioethique--9782130561323.htm> (visité le 22/07/2016), p. 157 et s.) Il faut cependant noter que le délai

détient alors pas la personnalité juridique.

Il a été qualifié par le Conseil consultatif national d'éthique de « personne potentielle »¹. Cette qualification doit cependant être contextualisée. En effet, le Conseil n'a pas voulu créer une nouvelle catégorie juridique², mais a souhaité forger ce concept en vue de l'utiliser dans le discours éthique.

297. Absence de protection pénale du fœtus identique à celle de l'homme. La Chambre criminelle a pour sa part rejeté la qualification d'homicide involontaire pour les actes fautifs ayant mené à un avortement spontané³. La Cour a affirmé 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 par 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 textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus⁴ ». La même solution a été retenue dans une affaire impliquant une sage-femme n'ayant pas appelé assez tôt le médecin pour un trouble du rythme cardiaque du fœtus⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme laisse quant à elle une large marge d'appréciation aux États à ce sujet⁶.

Le fœtus n'étant pas un homme, il est nécessairement une chose, réserve faite du fœtus *pars nullieris*. Si, communément, l'appellation de chose peut surprendre, juridiquement, elle n'est pas choquante. « En effet toutes les choses ne sont pas traitées de manière identique. Certaines sont plus protégées que d'autres. Or il est très difficile de décrire avec netteté et cohérence la protection juridique reconnue à l'embryon. En effet, celle-ci varie en fonction du regard qu'on lui porte ; elle varie également dans le temps en fonction de son utilité espérée⁷. »

298. Les actes de biomédecine sur le fœtus. Le fœtus ne dispose donc pas de la protection qui est garantie à l'homme né vivant et viable. L'arrêt du 25 juin 2002 de l'affaire *Vo* précise sur ce point que les règles applicables à l'enfant à naître relèvent « de textes particuliers

d'avortement volontaire permet de distinguer le fœtus de douze semaines de ceux de moins de douze semaines, ce qui semble reprendre la distinction faite en médecine entre embryon et fœtus.

1. *Avis n° 1 : Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport*, n° 1, Comité consultatif national d'éthique, 22 mai 1984.

2. Ce qu'il aurait pu faire, à l'instar du législateur anglais qui a créé la notion de « préembryon ». L. WARNOCK, *Fécondation et embryologie humaine*, La Documentation Française, 1984, Rapport de la Commission d'enquête concernant la fécondation et l'embryologie humaine (R.U.) Cf. également le commentaire critique de Ph. OLIVIERO, *La notion de « pré-embryon » dans la littérature politico-scientifique in Droit et science*, Archives de philosophie du droit, t. 36, Dalloz, 1991, URL : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/resume.php?ref=174> (visité le 20/11/2015), p. 85-107.

3. Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174, p. 511, n° 97-82351. Cet arrêt a été rendu contre l'avis du rapporteur.

4. *Ibid.*

5. Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144, p. 531, n° 00-81359.

6. CEDH, *Vo c. France*, 8 juil. 2004, n° 53924/00. La position est constante : cf. CEDH, *A. B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, n° 25579/05, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102335>, n° 237 ; CEDH, *Sayan c. Turquie*, 11 oct. 2016, n° 81227/12, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-126652>, n° 123-125.

7. Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 841.

sur l'embryon ou le fœtus¹ ».

Le fœtus ne bénéficie donc pas de la même protection et les règles relatives aux actes pratiqués sur celui-lui sont différentes de celles relatives aux actes sur la personne humaine. Néanmoins, il est possible de distinguer deux types de règles distincts selon que le fœtus est *in utero* ou *in vitro*.

299. La médicalité des actes sur le fœtus *in utero*. Nous nous intéressons ici aux actes pratiqués sur le fœtus *in utero*, que ces actes visent à le soigner ou à le supprimer. Les actes, parce qu'ils sont pratiqués à la fois sur le fœtus et sur la femme, supposent de respecter les règles relatives à l'action sur le corps de la femme. Parce que le fœtus est *pars mulieris*, son intégrité est garantie par la protection garantie au corps de la femme². En effet, pour pratiquer tout acte sur le fœtus, il faut pratiquer un acte sur le corps de la femme. Il en va ainsi tant de l'échographie à visée diagnostique³ que des chirurgies fœtales qui supposent un abord par voie vaginale, ceolioscopique⁴ ou laparoscopique⁵.

Ainsi, pour agir sur le fœtus *in utero*, il faut suivre les règles relatives aux actes médicaux sur le corps de la femme, donc celles relatives aux actes sur le corps humain vivant. Les manuels classent ainsi les actes de PMA et d'avortement⁶ dans le registre des activités biomédicales⁷, ce qui signale un régime spécifique.

300. L'exercice d'actes médicaux fautifs sur le fœtus *in utero* pourrait donner lieu à l'engagement de la responsabilité médicale au bénéfice du fœtus⁸. En effet, si l'article L. 1142-1 du code de la santé publique est inséré au sein d'une partie consacrée à la « protection des personnes en matière de santé », il y aurait lieu d'appliquer ici l'adage *infans conceptus*.

1. Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144, p. 531, n° 00-81359.

2. Voir sur ce point X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, avec une préf. de J.-J. TAISNE, Sciences juridiques et sociales, Presses universitaires du Septentrion, 2012, URL : https://books.google.fr/books?id=_vvgw40HIT4C&lpg=PA1&hl=fr&pg=PA1#v=onepage&q&f=false (visité le 21/07/2016), p. 93. C'est une position constante de la Cour européenne des droits de l'homme. Lire sur ce point : CEDH, *Vo c. France*, 8 juil. 2004, n° 53924/00, §75-80 ; CEDH, *A. B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, n° 25579/05, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102335>, p. 237 ; CEDH, *Sayan c. Turquie*, 11 oct. 2016, n° 81227/12, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-126652>, p. 123-125.

3. Celle-ci est un acte médical. Cf. *Echographies fœtales à visée médicale et non médicale : définitions et compatibilité*, Rapport d'évaluation technologique, Haute autorité de santé, 26 avr. 2012, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/rapport_echographies_foetales_vde.pdf (visité le 12/06/2015).

4. Technique consistant à intervenir par des bras robotisés insérés par des trous dans l'abdomen. Cela ne suppose pas d'ouvrir le corps, technique nommée laparotomie.

5. Ce qui s'apparente alors à une césarienne. Pour une description de la technique de césarienne, cf. J. LANSAC et Fr. PERROTIN, « Chapitre 9 - Chirurgie au cours de la grossesse » in *La pratique chirurgicale en gynécologie obstétrique*, sous la dir. de J. LANSAC, 3^e édition, Paris : Elsevier Masson, 2011, p. 245-298, ISBN : 978-2-294-02095-7, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/B978-2-294-02095-7.50009-3>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9782294020957500093>.

6. Ces actes médicaux seront étudiés plus loin dans cette thèse. Cf. *infra* n° 610 et s., p. 299 et s.

7. J.-R. BINET, *Droit médical*, Cours, Montchrestien, 2010, nos 271 et s., p. 139 et s. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3^e éd., Thémis droit, Presses universitaires de France, 2012, p. 603 et s.

8. La qualité de patient pourrait en effet être reconnue à l'enfant à naître. Cf. B. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Thèses, n° 15, Les études hospitalières, 2002, n° 657, p. 461.

301. Le régime des actes ex-utero. L'évolution des techniques médicales peut perturber cette définition. En effet, le jour où la grossesse pourra être menée entièrement *ex utero* — dans un « utérus artificiel »¹ —, il n'y aura plus aucun acte sur le corps maternel et donc plus de protection juridique du fœtus *via* le corps maternel. Il faut constater que c'est déjà le cas pour les embryons *in vitro* de moins de 12 semaines à des fins procréatives. Lorsqu'ils ne sont plus « susceptibles d'être transférés ou conservés », ils peuvent être l'objet d'une recherche² ou il peut être mis fin à leur conservation³. Les règles qui président alors à leur manipulation et leur destruction diffèrent des règles relatives aux actes sur le fœtus *in utero*.

302. Bilan. Les actes médicaux sur le fœtus sont soumis à des régimes différents selon que ces actes sont pratiqués sur un fœtus *in utero* ou *in vitro*. Il faut donc noter que les actes pratiqués sur le fœtus *in vitro* ne peuvent être rattachés aux actes pratiqués sur le corps humain vivant, du fait, notamment, de la possibilité de mener sur eux des recherches dans lesquelles ne prime pas leur intérêt⁴. Cela confirmerait notre postulat selon lequel l'objet de l'acte médical guiderait le régime juridique. Les actes sur le cadavre présentent aussi une certaine complexité.

Section II Fin du corps humain : le cadavre

303. Multiplicité des actes sur le corps mort. Le cadavre, dépouille du corps de la personne, est l'objet de nombreux actes⁵. Mis à part l'acte d'enterrement, il peut être l'objet d'actes ayant une apparence médicale, car altérant son intégrité par des techniques s'approchant de techniques chirurgicales⁶.

Ces actes sont de deux ordres. ils sont d'une part, des actes médicaux car enseignés et pratiqués au sein des facultés de médecine (§ 2.) et, d'autre part, des actes non médicaux étrangers à la pratique de la médecine (§ 1.).

1. À ce sujet, lire P. CHAVATTE-PALMER, R. LÉVY et P. BOILEAU, « Une reproduction sans utérus ? État des lieux de l'ectogenèse », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2012, vol. 40, 11, Quarante-troisième Journée thématique de la SFEF (Paris, 15 mars 2012), p. 695–697, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.gyobfe.2012.09.008>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1297958912002615>.

2. Dans ce cas, la recherche doit être réalisée conformément aux articles L. 2151-1 du code de la santé publique sans que le couple doit être informé de la nature des recherches projetées sur ces embryons. Cela revient à le priver de la capacité d'émettre un consentement éclairé.

3. Dans les conditions des articles L. 2141-4 et — tacitement — L. 2141-5 du code de la santé publique.

4. Conformément à l'article L. 1121-2 CSP.

5. Le cadavre semble pouvoir être assimilé au corps humain, mais mort. Ainsi, « le corps humain ne change pas de nature juridique au moment de la mort », (J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée*, Seuil, Des Travaux, mar. 1993, p. 44) ce qui justifie son assimilation à la notion de corps humain.

6. Nous excluons de notre réflexion le maquillage funéraire. Pratique visant à permettre l'acceptabilité sociale de la mort, elle n'a pas pour effet d'agir sur l'essence du corps, mais seulement sur son aspect par des procédés temporaires et réversibles.

§ 1. Actes non médicaux sur le cadavre : la thanatopraxie

304. Thanatopraxie. La thanatopraxie est définie comme la pratique¹ ayant pour but « d’effacer les effets visibles de la thanatomorphose — ensemble des altérations morphologiques déterminées par la mort — en retardant les phénomènes de décomposition *post mortem*². » Dans ce domaine, l’expression « acte médical » cède le pas à celle de « soins de conservation ».

Ces actes ne sont pas neutres. En effet, « les actes de thanatopraxie ne sont pas de simples gestes de toilette et de soins esthétiques, mais des actes très invasifs, sanglants, avec manipulations importantes de liquides biologiques³. » Ils ressemblent ainsi en beaucoup de points aux actes médicaux.

305. Néanmoins, les soins de conservation ressortent plus du domaine de la législation funéraire que de la législation médicale. Ils sont ainsi réglementés par le code général des collectivités territoriales. L’« opération tendant à la conservation du corps d’une personne décédée⁴ » est réglementée pour prévenir deux types de risques : le risque lié au produit utilisé⁵ et le risque lié à la transmission d’une infection⁶.

306. Les actes de thanatopraxie peuvent être effectués par des thanatopracteurs. Ceux-ci, non-médecins, sont formés dans des instituts spécialisés et reçoivent un diplôme national⁷. Bien qu’un monopole ne soit pas explicitement formulé, l’article R. 2213-2-2 du code général des collectivités territoriales précise qu’une attestation écrite préalable précisant « le nom et l’adresse du thanatopracteur ou de l’entreprise habilitée » doit être remise au maire de la commune où sont pratiqués les soins de conservation. Cependant, ce monopole est faible puisqu’aucune sanction pénale ne vient frapper le non-thanatopracteur qui effectuerait des soins de conservation et il n’existe aucune réglementation quant au titre de thanatopracteur, malgré la présence de cursus spécialisés. Ainsi, non seulement tout un chacun peut se déclarer thanatopracteur, mais

1. Le terme *thanatopraxie* viens de *thanatos* « mort » et *praxein*, « exécution » qui se rapproche de la « pratique ». Cf. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v° Thanato-.

2. P. PUYMERAL, M. G.-. CHAILLOUX et C. LE BÂCLE, « Thanatopraxie : état des pratiques et risques professionnels : Dossier médico-technique », *Documents pour le Médecin du travail*, 129 2005, p. 449-469, URL : <http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=TC%20105> (visité le 15/06/2015).

3. *Rapport relatif à la législation funéraire*, Défenseur des droits, nov. 2012, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000619/index.shtml> (visité le 14/06/2015), p. 33.

4. Pour reprendre l’expression de l’article R. 2213-2-2 du code général des collectivités territoriales.

5. Il est ainsi nécessaire que le produit soit préalablement agréé par le ministre chargé de la santé (art. R. 2213-3 CGCT). Un échantillon de ce produit doit aussi être « fixé sur le corps de la personne qui a subi les soins de conservation, de préférence à la cheville » (art. R. 2213-4 CGCT).

6. Certaines maladies interdisent ainsi les soins de conservations (art. R. 2213-2-1, e)) et le certificat de décès mentionne cette information. Sur la question, cf. aussi *Rapport relatif à la législation funéraire*, Défenseur des droits, nov. 2012, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000619/index.shtml> (visité le 14/06/2015). S’est par ailleurs posée la question de savoir s’il était possible de refuser les soins de conservation pour une personne atteinte du VIH. cf. *Note valant avis sur les opérations funéraires pour les personnes décédées infectées par le VIH*, Conseil national du Sida, 12 mar. 2009, URL : http://www.cns.sante.fr/IMG/pdf/Avis_Operations_funeraires.pdf (visité le 14/06/2015).

7. Arts. D. 2223-122 et s. CGCT.

tout un chacun pourra pratiquer ces actes sans être sanctionné.

La thanatopraxie n'est donc pas une activité réglementée¹.

307. Le consentement aux soins thanatopractiques. Le consentement du *de cuius* aux soins de conservation n'est pas exigé. En effet, l'alinéa 4 de l'article R. 2213-2-2 du code général des collectivités territoriales juge fondés les soins pratiqués en vertu de l'« expression écrite des dernières volontés de la personne décédée, » mais aussi en vertu de la « demande de toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles », ce qui étend largement le spectre des demandeurs.

308. Spécificité des actes de thanatopraxie. Les actes de thanatopraxie sont très éloignés des actes médicaux. D'une part, ils ne sont pas effectués par des médecins, mais, en grande partie, par des professionnels *ad hoc* recevant une formation spécifique. Celle-ci est néanmoins enseignée à la faculté de médecine dans le cadre de diplômes d'université. Cette formation n'est cependant pas destinée aux médecins, mais vise à former des thanatopraxeurs². D'autre part, ces actes ressortent entièrement de la législation funéraire et sont réglementés par le code général des collectivités territoriales. À ce titre, ils sont à l'entière charge de la succession.

309. Les actes de thanatopraxie doivent être distingués des actes médicaux. Il apparaît que s'ils sont parfois enseignés dans des facultés de médecine, celles-ci le font pour former des professionnels *ad hoc*, ce qui nous conduit à les placer dans une catégorie distincte. Il faut en cela les opposer aux actes médicaux sur le cadavre.

§ 2. Actes médicaux sur le cadavre

310. Actes médicaux sur le cadavre. D'autres actes, enseignés à la faculté de médecine et pratiqués sur le cadavre, sont des actes médicaux³. Ces sont les actes d'autopsie et de don d'organe ou de corps humain.

1. Cependant, un syndicat des thanatopracteurs diffuse un code de déontologie. *Code de déontologie*, Syndicat des Thanatopracteurs Indépendants et Salariés, URL : <http://www.syndicatdesthanatopracteurs.fr/code-de-d%C3%A9ontologie/> (visité le 20/11/2015).

2. Pour un exemple, cf. *Diplôme d'université - Thanatopraxie*, Université de Poitiers, URL : <http://medphar.univ-poitiers.fr/formation/formation-continue/du-thanatopraxie/diplome-d-universite-thanatopraxie-1348591.kjsp> (visité le 06/06/2016).

3. Cf. pour les autopsies : S. DUBAND et al., « L'autopsie médicale : ses indications, ses contre-indications, les modalités de sa mise en œuvre, son coût et ses limites. Ou l'Autopsie de l'autopsie », *Annales de Pathologie*, 2012, vol. 32, 1, p. 19-32, ISSN : 0242-6498, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.annpat.2011.11.001>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0242649811004718>. Ils indiquent que « comme tout acte médical, l'autopsie ne devrait pas uniquement avoir pour but de satisfaire la curiosité du médecin demandeur, mais devrait également être utile au défunt à titre posthume ou, à défaut, à son entourage ou la communauté ». L'article L. 1235-3 du code de la santé publique indique que « tout prélèvement d'organe [...] est une activité médicale », ce qui inclut les prélèvements sur le corps mort. Il s'agit certes d'une « activité médicale », mais nous pouvons raisonnablement affirmer que les actes pratiqués dans ce cadre sont alors des « actes médicaux ».

311. Autopsies. Les autopsies ont pour objectif d'ouvrir méthodiquement le corps pour effectuer des prélèvements histopathologiques et observer d'éventuelles anomalies anatomiques¹.

Cependant, les deux types d'autopsies ont des objectifs totalement distincts. L'autopsie judiciaire a pour objectif « d'identifier un cadavre ou, le plus souvent, de déterminer les causes d'un décès violent ou suspect² » pour contribuer à « la manifestation de la vérité »³ lorsqu'il existe des « obstacles médico-légaux » à l'enterrement⁴. L'autopsie médicale est le négatif de l'autopsie judiciaire⁵. L'article L. 1211-2 du code de la santé publique soumet ces autopsies au régime des actes de prélèvement sur une personne décédée⁶. Il est cependant possible de déroger « à titre exceptionnel » à ces dispositions « en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort. » Un arrêté — encore attendu⁷ — vient préciser les pathologies et situations permettant cette dérogation.

L'autopsie médicale peut aussi servir à d'autres fins que des fins « médicales ». Elle peut être menée à la demande des proches du *de cuius* ou de tiers comme les assureurs pour obtenir des informations, notamment sur la cause du décès⁸. Il peut s'agir d'être informés de l'existence d'une pathologie privant les ayants droit du bénéficiaire d'une police d'assurance ou d'une pathologie invalidante transmissible ou héréditaire. Dans les deux cas, la question pour le praticien est non seulement de savoir s'il doit accepter de mener l'autopsie, mais encore de savoir quelle information il peut transmettre⁹.

1. Pour des exemples d'autopsie décrite par les actes effectués, cf. *Ibid.* L'autopsie n'est qu'une partie la médecine légale. Ainsi, la médecine légale consiste-t-elle souvent en des observations et des diagnostics sur des personnes vivantes.

2. G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, p. 678.

3. Art. 230-30 CPP.

4. Selon la Recommandation n° R(99)3 du comité des ministres aux états membres (de la Communauté Européenne) relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale adoptée par le comité des ministres le 2 février 1999 lors de la 658^e réunion des délégués des ministres, ces obstacles sont au nombre de dix : homicide ou suspicion d'homicide ; mort subite inattendue (même du nourrisson) ; violations des droits de l'Homme ; suicide ou suspicion de suicide ; suspicion de faute médicale ; accident de transport, de travail ou domestique ; maladie professionnelle ; catastrophe naturelle ou technologique ; décès en détention ou associé à des actions policières ou militaires ; corps non identifié.

5. L'article L. 1211-2 du code de la santé publique dispose ainsi que « les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès. »

6. L'article renvoie en effet aux articles L. 1232-1 à L. 1232-6 du code de la santé publique. L'article L. 1232-1 du code de la santé publique vient notamment fixer les conditions relatives au consentement de la personne.

7. Dans un courriel qui nous est parvenu du Bureau du code de la santé publique du ministère chargé de la Santé, il nous a été indiqué que « cet arrêté n'a pas été pris faute d'arriver à déterminer les pathologies qu'il convenait d'y inscrire » (courriel reçu le 7/09/2015). L'absence d'arrêté rend l'application de cette disposition impossible.

8. Pour les autopsies des fœtus et embryons avortés, le consentement de la femme est nécessaire. (Art. L. 1241-5 CSP. Arts. R. 1241- 20 et s. CSP.).

9. Sur ce point, il ne peut dans tous les cas que communiquer des informations dignes de confiance. En effet, toute fausse déclaration constitue un faux témoignage sanctionné pénalement. De plus, il s'agit d'une faute déontologique, puisque contraire à l'article R. 4127-29 du code de la santé publique. Il ne peut ainsi les livrer qu'« aux ayants droit légitimes du défunt ». Mais faut-il se limiter à la divulgation de la cause du décès ou faut-il aussi divulguer les pathologies que l'autopsie peut mettre en lumière ? Sur ce point le Conseil national belge de l'Ordre des médecins a conseillé de s'en tenir aux causes du décès, le reste étant couvert par le secret

312. Les « dons ». En matière de dons, il faut distinguer les dons d'organes des dons de corps humain.

Le « don de corps à la science¹ » est un acte de mise à disposition du cadavre à une université. Le corps sert alors d'objet d'apprentissage pour les étudiants en médecine. Il sera souvent démembré et utilisé à de nombreuses reprises pour l'apprentissage des gestes chirurgicaux. Le corps devra être rendu dans un état de restauration aussi convenable que possible. Le corps pourra être aussi rendu très longtemps après le décès². Ces éléments expliquent l'important formalisme de consentement *ante-mortem*³.

313. Le prélèvement d'organes⁴ est beaucoup plus réglementé, mais son traitement juridique diffère radicalement du « don de corps à la science ». En effet ce prélèvement pourra avoir lieu dès lors que la personne ne s'y est pas opposée de son vivant⁵. L'établissement prélevant sur le corps a l'obligation de le restituer après « la meilleure restauration possible du corps⁶ »,

médical (position citée par S. DUBAND et al., « L'autopsie médicale : ses indications, ses contre-indications, les modalités de sa mise en œuvre, son coût et ses limites. Ou l'Autopsie de l'autopsie », *Annales de Pathologie*, 2012, vol. 32, 1, p. 19–32, ISSN : 0242-6498, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.annpat.2011.11.001>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0242649811004718>, p. 22) et certains auteurs conseillent de communiquer afin de mettre en place une prévention efficace contre les affections à caractère transmissible reconnu. (*Ibid.*, p. 22).

Ainsi, l'autopsie médicale peut-elle être demandée afin que soit déterminé le caractère professionnel ou non de la mort en vertu de l'article L. 442-4 du code de la sécurité sociale qui prévoit que la caisse d'assurance maladie peut demander une autopsie. Pour des illustrations, cf. Cass. 2^e civ., 20 déc. 2012, n^o 11-23000 ; Cass. 2^e civ., 21 juin 2012, n^o 11-19087. Cette cause d'autopsie semble répandue, car les litiges sont fréquents et financièrement lourds pour les entreprises. L'autopsie peut aussi servir à vérifier que les circonstances de la mort sont bien compatibles avec une police d'assurance. Pour une affaire dans laquelle la police d'assurance faisait dépendre du respect des taux réglementaires d'alcoolémie une majoration de capital, cf. Cass. 2^e civ., 13 déc. 2012, n^o 11-28674. Concernant les questions qui pourraient être posées par des assureurs, le médecin peut n'attester que « la cause [du] décès ne figure pas parmi les clauses d'exclusion des garanties » comme le conseille R. SAURY, *Secret médical et compagnie d'assurance*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins d'avril 2000, Conseil national de l'Ordre des médecins, avr. 2000, URL : <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretassurancesaury.pdf> (visité le 04/08/2015), p. 2. Ce faisant, il ne porterait pas une atteinte démesurée au secret médical tout en garantissant l'accès des ayants droit au contrat d'assurance-vie.

1. Le terme de « donation » est ici à prendre avec précaution. En effet, la donation concerne un « bien présent » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, v^o Donation) ce que n'est pas le corps lorsque l'acte est passé.

2. L'article R. 2213-13 du code général des collectivités locales fait en effet dérogation dans son dernier alinéa aux délais réglementaires d'inhumation ou de crémation. Les établissements de santé n'ont que l'obligation d'assurer l'inhumation ou la crémation du corps.

3. L'article R. 2213-13 du code général des collectivités locales qui règle cette matière impose une déclaration écrite de la personne. Celle-ci doit ensuite porter « en permanence » sur elle une « carte de donateur ».

4. Il faut noter que le prélèvement d'organes s'effectue sur des donneurs dont la mort est attestée selon une classification particulière. Cf. sur la question R. CREMER, « La classification de Maastricht des donneurs d'organes change-t-elle la définition de la mort ? », *RGDM*, 2015, p. 45–58. L'article L. 1211-4 du code de la santé publique assimile à un « acte de soins » le « prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur une *personne vivante* qui en fait le don dans l'intérêt thérapeutique d'un receveur ». *A contrario* les actes de prélèvement ne sont pas des actes de soins.

5. Par ailleurs l'article L. 1232-1 du code de la santé publique vient préciser qu'en l'absence d'opposition du défunt de son vivant, les proches ne seront plus consultés, mais « informés », ce qui permet d'agir sans leur consentement et de faciliter les dons. La modification issue de l'article 192 de la Loi n^o 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé s'appliquera au 1^{er} janvier 2017.

6. Art. L. 1232-5 CSP.

d'assumer les frais de transport¹ — mais pas ceux d'inhumation ou de crémation.

L'article L. 1232-1 du CSP dispose que le prélèvement « ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. » Pour les prélèvements à des fins scientifiques, le prélèvement ne peut être effectué que dans le cadre d'un protocole transmis à l'agence de biomédecine et auquel peut s'opposer le ministre chargé de la recherche « lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie »². Nous sommes ici loin des conditions drastiques établies pour les cas de recherches sur une personne humaine.

Cependant, l'acte de prélèvement sur un cadavre ne sera pas sanctionné au même titre qu'un autre acte médical. Ainsi, dans l'affaire *Tesnière*³ dans laquelle un prélèvement avait été effectué sur cadavre d'un adolescent sans le consentement des parents, a été rejeté l'appel porté contre une ordonnance de non-lieu en faveur des médecins du chef de violation de sépulture, de vol et de toute autre infraction pénale. La responsabilité des médecins ne pourrait donc pas être recherchée sur le fondement des violences volontaires, mais uniquement sur celui de la violation de sépulture.

L'acte de prélèvement sur personne décédée n'est donc pas soumis au régime des actes sur le corps de la personne. Il est ainsi plus proche du régime de l'autopsie que du régime des prélèvements sur une personne vivante.

314. Différences de régime juridique des actes sur le corps vivant et mort. Ces actes médicaux et non médicaux s'écartent cependant largement des actes médicaux et non médicaux pratiqués sur le corps humain vivant du fait de leur régime juridique. En effet, ces actes, parce qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'incrimination pénale d'exercice illégal, font l'objet d'une responsabilité particulière, d'un consentement et d'une responsabilité pénale spécifiques.

D'abord, ces actes ne sont pas soumis à la répression de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique. En effet, ce texte ne se limite pas aux actes pratiqués sur des personnes puisqu'il ne mentionne que les actes sans référence aux corps sur lesquels ils sont pratiqués. Cependant, le texte vise le diagnostic et le traitement de maladies. Or, en matière pénale, l'infraction s'interprète strictement, ce qui fait que l'action sur un corps mort ne peut en aucun cas être un acte de traitement pour la personne. Concernant le diagnostic, il serait néanmoins possible d'inclure les actes d'autopsie dans le monopole médical puisqu'ils visent à analyser la pathologie ou le dysfonctionnement à l'origine du décès. Sous cet angle, l'infraction s'appliquerait, mais uniquement aux actes d'autopsie. Cela ne concernerait donc pas les actes de thanatopraxie.

315. Ensuite, en matière de responsabilité, les actes sur le corps mort présentent une différence majeure avec la responsabilité médicale puisque l'article L. 1142-1 du code de la santé publique prend place au sein du livre premier de la première partie consacrée à la « protection

1. Art. L. 1211-4 CSP.

2. L. 1232-6 CSP.

3. CA Amiens, *Tesnière*, 26 oct. 1996, *Les petites affiches*, p. 34 .

des *personnes* en matière de santé¹ ».

La responsabilité en matière de prélèvement d'organe ou d'autopsie suit donc un autre régime. Pour l'autopsie, la faute ou l'erreur peut consister en une mauvaise réparation du corps, une non-restitution du corps, ou en une mauvaise observation débouchant sur une mauvaise information. Dans les deux cas, la responsabilité pourra être fondée sur l'article 1147 du code civil puisque se forme un contrat entre celui qui demande une autopsie et celui qui la réalise.

Concernant le préjudice subi du fait d'un prélèvement d'organes, il faut distinguer le receveur des proches du donateur. Concernant les proches du donateur, ceux-ci peuvent subir un préjudice du fait de la mauvaise restitution du corps du *de cuius* ou de la non-restitution du corps. N'étant en rien lié à l'hôpital, c'est sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle qu'ils vont pouvoir agir. Quant au dommage subi par celui recevant l'organe, il pourra agir sur le fondement de la responsabilité médicale de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique puisqu'il a reçu l'organe dans le cadre d'un traitement équivalent à un « soin », selon cet article.

316. Les actes sur le cadavre se distinguent aussi sur le plan du consentement. L'autopsie est effectuée sur le cadavre sans que la personne ou ses ayants droit aient préalablement consenti². Il en va de même du prélèvement d'organe³. Le consentement n'est donc pas une condition de l'exercice des actes sur le cadavre, ce qui tranche avec le régime des actes médicaux sur le corps de la personne issu de l'article 16-3 du code civil.

317. Enfin, les actes sur le cadavre ne peuvent pas être réprimés au titre des articles protégeant l'intégrité corporelle et ne peuvent être réprimés que sur le fondement des principes de protection du cadavre⁴.

La protection du cadavre humain est issue de l'article 16-1-1 du code civil. Cet article, succédant directement aux articles 16 et 16-1 du code civil proclamant respectivement la dignité de la personne et l'inviolabilité du corps, vient indiquer que « le respect dû au corps ne cesse pas avec la mort » avant de préciser que « les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. »

La protection du corps humain mort trouve son origine dans la dignité de la personne humaine tout en se distinguant. En effet, seul le respect dû au corps « ne cesse pas avec la mort ». *A contrario*, cela signifie que les autres principes cessent. Il en irait ainsi pour l'inviolabilité, la

1. Nous soulignons.

2. Cela est particulièrement vrai pour les autopsies.

3. Ceux-ci peuvent en effet être pratiqués après une simple information des proches dès lors que le défunt ne s'y est pas opposé de son vivant. Cela revient à instaurer un système d'*opt-out* en matière de prélèvement d'organes sur une personne décédée. Cela rompt avec la pratique antérieure dans laquelle les proches étaient consultés. Cf. sur ce point l'article L. 1232-1 du code de la santé publique. La modification issue de l'article 192 de la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de *modernisation de notre système de santé* s'appliquera au 1^{er} janvier 2017.

4. Cf. *infra* n° 317, p. 161.

non-patrimonialité et le consentement, principes contenus aux articles 16 et suivants du code civil.

Cependant, si l'on en croit l'architecture des articles 16 et 16-1 du code civil, le respect est la conséquence directe de la dignité humaine. Et c'est à partir du respect que l'article 16-1 du code civil conclut dans ses deux derniers alinéas l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps. Considérant que l'article 16-1-1 a été créé par une loi récente *relative à la législation funéraire*¹, nous pouvons toutefois penser que le corps humain mort ne doit pas être logé à la même enseigne que le corps humain vivant.

Cette idée est confirmée par l'étude des différents actes pratiqués sur le corps mort que sont la thanatopraxie, les activités de don et les autopsies. En effet, l'inobservation des conditions de licéité de ces actes ne peut donner lieu qu'à des sanctions pénales sur le fondement de la violation de sépulture² comme ce fut le cas dans l'affaire Tesnière³.

318. Si certains actes sur le cadavre sont des actes médicaux, ils suivent un régime radicalement distinct des actes médicaux pratiqués sur le corps humain. Il faut donc distinguer ces actes des actes médicaux pratiqués sur le corps de la personne.

1. *Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008* relative à la législation funéraire. Cette loi a par ailleurs complété l'article 16-2 du code civil en précisant que le juge peut faire cesser toute atteinte illicite au corps humain « y compris après la mort. »

2. Nous nous limitons en effet aux actes. Concernant les contrats, l'article 16-1-1 a déjà été appliqué à un contrat d'assurance. Cf. Cass. 1^{re} civ., *affaire « Our body »*, 29 nov. 2014, n° 13-19729.

3. CA Amiens, *Tesnière*, 26 oct. 1996, *Les petites affiches*, p. 34 .

Chapitre 2

Actes sur les éléments et produits du corps humain séparés du corps humain

319. Le corps humain s’opposerait à l’esprit. Concernant le corps, il faudrait distinguer *les parties* du corps *du* corps proprement dit, c’est-à-dire du tronc en ce qu’il est le siège des fonctions physiologiques. Cependant, qu’en est-il des actes pratiqués sur un élément séparé du corps ? Répondre à cette question suppose de résoudre deux problèmes : d’une part, l’acte sur un élément séparé du corps est-il un acte médical et, d’autre part, les actes sur un élément séparé du corps sont-ils soumis à un régime différent des actes sur le corps humain vivant ?

Ces questions permettent de s’interroger sur un élément de l’acte de biomédecine. La biomédecine est l’association, au sein d’un même processus, d’actes de biologie et d’actes médicaux. L’étude des actes de biologie est donc névralgique puisqu’elle permettra de savoir s’il faut faire une distinction au sein du processus biomédical entre les actes médicaux et biologiques¹.

320. Exclusion des actes de prélèvement. Il faut donc s’interroger sur la qualification des actes pratiqués sur des éléments ou produits du corps humain détachés du corps humain. Nous devons écarter de notre réflexion l’acte de détachement de l’élément, c’est-à-dire le prélèvement².

1. Cette distinction est refusée par Cl. SUREAU, *L’appréhension par le corps médical des normes biomédicales in Normativité et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, Economica, 2003, p. 269 et 270. Il écrit qu’« en médecine de la procréation par exemple, il serait absurde de dissocier la “bio-médecine” impliquée dans la fécondation *in vitro* ou le diagnostic pré-implantatoire et la “médecine” en l’occurrence l’obstétrique en charge de la surveillance de la grossesse et de la réalisation éventuelle du diagnostic préalable. » Il ne faut pas oublier que Cl. SUREAU fait ici état de *L’appréhension par le corps médical des normes biomédicales*. Ainsi, Cl. SUREAU se place-t-il ici en médecin et plaide pour la cohérence des normes vis-à-vis d’une même action de soins. Cependant, il reconnaît immédiatement qu’il y a, au sein de cette action, un certain nombre de règles aux caractères différents.

2. Sur ce point, il y a une parenté avec les actes d’épilation et d’arrachage de dent. L’extraction de dents est réservée aux médecins et chirurgiens dentistes. L’épilation est normalement réservée aux médecins, à moins qu’elle ne soit pratiquée à la pince ou à la cire. En effet, par ces techniques, il ne s’agit pas de détruire une partie du corps mais uniquement le poil. À l’inverse, les actes pratiqués au laser, puisqu’ils détruisent le bulbe pileux et donc un élément irremplaçable, ne peuvent être effectués que par des médecins. Ils sont médicaux

Cet acte est un acte médical sur le corps dont la médicalité ne fait aucun doute. Il en va de même des autres actes de prélèvement comme le prélèvement sanguin.

Les prélèvements sont effectués par des médecins, qu'ils soient généralistes ou spécialistes ou par des auxiliaires médicaux habilités¹. Les directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyse médicale non-médecins sont cependant autorisés à prélever des échantillons en vertu des articles 4^{bis} et 5 de l'Arrêté du 6 janvier 1962 qui permettent aux biologistes de pratiquer certains actes médicaux de prélèvement sanguin. Ils ne le peuvent qu'en vertu d'une prescription médicale et en vue d'examen de biologie médicale². Les actes sur le corps ne voient donc pas leur médicalité contestée, même si ceux-ci sont effectués dans le but de séparer un élément du corps. Cependant, qu'en est-il des actes qui sont effectués sur ces éléments, une fois séparés du corps humain ?

321. L'acte sur un élément du corps, objet de la biologie médicale et de l'anatomopathologie. Les éléments et produits du corps humain sont l'objet de deux disciplines : la biologie médicale pour l'étude des fluides d'origine sanguine, des liquides céphalorachidiens, urines, selles et des surfaces des muqueuses³ et l'anatomopathologie⁴ qui a pour objet l'étude des tissus d'origine humaine — phanères compris — prélevés par biopsie ou par grattage de la peau ou des muqueuses et apporte une analyse qualitative en informant sur l'état de la cellule (par exemple absence ou présence de cellules tumorales)⁵.

322. L'acte de biologie médicale est un acte réalisé sur « un échantillon biologique » prélevé « sur un être humain⁶ ». C'est de ce prélèvement que suivra toute la phase d'analyse et de

puisqu'ils supposent une formation à la faculté de médecine. Pour une explication technique du mécanisme général du laser, cf. Th. MICHAUD et S. MORDON, « Théorie des lasers et des lampes », *Annales de Dermatologie et de Vénérologie*, 2008, vol. 135, Supplement 3, Dermatologie esthétique et correctrice, p. 184–188, ISSN : 0151-9638, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638\(08\)70079-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638(08)70079-6), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0151963808700796>. Pour une explication technique et pratique de l'épilation au laser, cf. B. TACK, « Epilation par laser et lumière intense pulsée », *Annales de Dermatologie et de Vénérologie*, 2005, vol. 132, 1, p. 75–79, ISSN : 0151-9638, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638\(05\)79206-1](http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638(05)79206-1), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0151963805792061>. Par ailleurs, l'épilation est prise en charge par la sécurité sociale en cas d'hypertrichose pathologique, d'hirsutisme confirmé et documenté, et de transsexualisme. Cf. Classification commune des actes médicaux, chapitre 16.04.01, spécialement l'acte n° QZNP029 intitulé « séance d'épilation cutanée sur moins de 50 cm², avec laser ou avec lampe flash ».

1. Art. L. 6211-17 CSP.

2. Art. R. 6213-11 CSP. Il est cependant nécessaire de justifier d'une certaine compétence pour les effectuer. Cf. Art. R. 6213-12 CSP.

3. *Les métiers du diagnostic biologique du cancer : anatomie et cytologie pathologiques, biologie médicale, génétique*, Observatoire national de la démographie des professions de santé, 2009, URL : http://www.college-pathologistes.com/UserFiles/File/Rapport_ONDPS_INCa_2008-2009.pdf (visité le 23/06/2015), p. 11.

4. Pour une présentation des actes pratiqués dans cette discipline voir la vidéo suivante : *Anatomie Pathologie*, 2012, URL : <https://vimeo.com/56461397> (visité le 17/06/2015). Une description de la spécialité est aussi disponible sur le site de INCA : <http://www.e-cancer.fr/en/cancerinfo/les-cancers/cancer-du-sein/le-diagnostic/lexamen-anatomopathologique> (Consulté le 17 juin 2015).

5. Nous excluons les activités étrangères aux soins pratiqués sur les phanères. En effet, les cheveux, poils, dents et ongles sont soumis à l'article R. 1211-49 du code de la santé publique. Ceux-ci peuvent par ailleurs être vendus.

6. Art. L. 6211-2 CSP.

délivrance de l'information produite.

323. À la différence de la biologie médicale, l'anatomopathologie n'est pas définie dans le code de la santé publique. Il faut donc se référer à une définition doctrinale de l'anatomopathologie. Celle-ci se composerait, selon le *Rapport anatomie et cytologie pathologiques*, de diverses disciplines : la cytopathologie recueille des liquides naturels ou des épanchements séreux, l'histopathologie étudie des prélèvements effectués par biopsie, curetage, expulsions spontanées, etc., l'autopsie médicale et la fœtopathologie consistent en l'étude du corps mort humain ou fœtal¹.

Cependant, l'activité d'anatomopathologie est citée dans les textes, notamment dans les dispositions relatives aux conditions techniques nécessaires à certaines activités de greffe² ou de neurochirurgie³. La généralité de la définition de la biologie médicale incite à penser que l'anatomopathologie est réglementée par les dispositions relatives à la biologie médicale puisqu'elle y est incluse. En théorie, cela est vrai. Cependant, il s'avère que l'anatomopathologie a été soigneusement séparée de la biologie médicale par la Loi n° 2013-442 du 30 mai 2013 portant réforme de la biologie médicale.

324. La distinction de l'anatomopathologie et de la biologie médicale. Cette distinction provient du *Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale* de M. BALLEREAU⁴. Dans la même veine, le *Rapport anatomie et cytologie pathologiques* conclut qu'il est nécessaire de prévoir un « cadre juridique adapté à l'anatomie cytologie pathologique dissocié de la biologie [médicale] » et que l'anatomopathologie « ne devra plus être considérée comme un sous-ensemble de l'activité de biologie médicale⁵. »

Les raisons probables de distinction des deux disciplines seraient que les deux disciplines ne portent pas sur les mêmes objets. L'une se focalise sur le sang et certains produits biologiques normaux tandis que l'autre a en charge l'étude de tous les autres produits et éléments du corps humain. On peut aussi penser que les techniques mises en œuvre sont radicalement différentes. En effet, le biologiste médical procède à une analyse quantitative — présence de tel type de produit dans le sang — tandis que l'anatomopathologiste procède à une étude qualitative — les cellules sont de tel type. On peut par ailleurs penser que les deux disciplines sont distinctes puisque l'acte d'anatomopathologie est « un acte réalisé par les seuls pathologistes qualifiés⁶ ».

1. Cf. rapport *Rapport anatomie et cytologie pathologiques*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 15 avr. 2012, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Anatomie_cytologie_pathologiques.pdf (visité le 17/06/2015), p. 11-12.

2. Art. D. 6124-165 et D. 6124-172 CSP.

3. Art. D6124-139 CSP.

4. M. BALLEREAU, *Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale*, Ministère de la santé de la jeunesse et des sports, 2008, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_pour_la_biologie_medicale.pdf (visité le 04/11/2014), p. 11.

5. *Rapport anatomie et cytologie pathologiques*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 15 avr. 2012, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Anatomie_cytologie_pathologiques.pdf (visité le 17/06/2015), p. 14-15.

6. *Ibid.*, p. 15. Les actes de biologie médicale peuvent en effet être effectués par des médecins spécialistes et

Enfin, il est affirmé que la manipulation du formol ou d'autres produits dangereux justifie une distinction entre les deux disciplines¹.

Quoi qu'il en soit, le divorce a été consommé avec l'article 4 de la Loi n° 2013-442 du 30 mai 2013 *portant réforme de la biologie médicale*. Cet article vient notamment exclure de la définition de la biologie médicale les actes d'anatomie et de cytologie pathologique. Les deux activités sont donc considérées comme distinctes, malgré l'approche englobante de la définition de la biologie médicale de l'article L. 6211-2 du code de la santé publique.

325. Cependant l'étanchéité entre ces disciplines est partielle. En effet, les laboratoires d'anatomie et de cytologie pathologiques sont réglementés comme des « laboratoires limités à l'exécution des actes d'anatomie et de cytologie pathologique² » et leur régime juridique est fondé sur celui des laboratoires d'analyse de biologie médicale³. Ces deux actes peuvent ainsi être exercés au sein des mêmes locaux⁴. Cela n'est pas illogique, notamment parce que la biologie médicale dispose d'un titre qui lui est propre dans le code de la santé publique. Son régime a été très développé et détaillé par le législateur et le pouvoir réglementaire. La « mise en remorque » de l'anatomie-pathologie n'est donc pas un signe de dépendance, mais une mesure de bon sens : si l'on souhaite réglementer correctement cette discipline, autant faire appel à un régime mûr et applicable à une discipline proche et la biologie médicale est toute désignée pour répondre à ce cahier des charges. Il semble par ailleurs qu'aucune législation et réglementation spécifique aux actes d'anatomopathologie n'existe. Dès lors, il faut considérer que ces actes restent réglementés par les dispositions propres aux actes de biologie médicale puisqu'ils étaient régis par ceux-ci avant la scission des deux disciplines.

Ces deux disciplines sont donc formellement distinctes, mais cela n'a aucune conséquence dans leur régime juridique. Si cet état de fait satisfait les deux professions, c'est que cette modification était plus symbolique que fonctionnelle.

326. La nouvelle qualification légale de la biologie médicale. Les actes pratiqués dans ces deux disciplines le sont en grande partie par des médecins et sont enseignés à la faculté de médecine. Cependant, la faculté de pharmacie forme une partie des biologistes médicaux qui sont donc pharmaciens. De plus, ces actes sont usuellement appelés « actes de biologie médicale »⁵ ou « actes d'anatomopathologie ». Il existe donc une hésitation sur la qualification de ces actes.

Néanmoins, les textes ont levé le doute qui pouvait régner.

des pharmaciens.

1. *Rapport anatomie et cytologie pathologiques*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 15 avr. 2012, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Anatomie_cytologie_pathologiques.pdf (visité le 17/06/2015), p. 14.

2. Art. R. 6211-26 CSP.

3. Cf. arts. R. 6211-26 à R. 6211-30 CSP.

4. Art. L. 6212-2 CSP.

5. Il existe ainsi une nomenclature des actes de biologie médicale distincte de la Classification commune des actes médicaux.

327. La commune qualification d'acte médical. Les actes effectués sur des éléments du corps humain détachés de celui-ci dans un but de diagnostic sont en effet qualifiés d'actes médicaux. Pour les actes d'anatomopathologie, la qualification apparaît dans le *Rapport anatomie et cytologie pathologiques*¹. Concernant les actes de biologie médicale, la qualification a été suggérée dans un rapport qui définissait l'acte de biologie médicale comme « un *acte médical* qui comprend le prélèvement d'un échantillon biologique chez l'être humain, son analyse et le rendu d'un résultat interprété en fonction des éléments cliniques pertinents que le praticien communique au biologiste médical². » Cette conception a été reprise par l'Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 *relative à la biologie médicale* qui vient modifier l'article L. 6211-1 du code de la santé publique comme suit :

« Un examen de biologie médicale est un *acte médical* qui concourt à la prévention, au dépistage, au diagnostic ou à l'évaluation du risque de survenue d'états pathologiques, à la décision et à la prise en charge thérapeutiques, à la détermination ou au suivi de l'état physiologique ou physiopathologique de l'être humain, *hormis les actes d'anatomie et de cytologie pathologiques, exécutés par des médecins spécialistes dans ce domaine.* »³

328. Mise à part la confirmation du divorce entre l'anatomopathologie et la biologie médicale, nous pouvons constater que l'acte de biologie médicale devient un acte médical qui « concourt à » la production d'une information permettant le diagnostic ou la détermination d'une situation anormale. Il faudrait donc distinguer les actes médicaux proprement dits des actes médicaux de concours.

La récente promotion dans la loi des activités de biologie médicale au rang d'« acte médical » peut s'expliquer de deux manières. D'une part, cette promotion serait un moyen de valoriser la biologie médicale. D'autre part, elle permettrait d'échapper aux foudres de la justice européenne interdisant les restrictions à la détention de capital d'entreprise à raison d'un diplôme ou d'une profession.

1. Ainsi, l'acte d'anatomopathologie est-il défini comme « un acte médical effectué par un médecin spécialiste » et plus précisément comme « un examen diagnostique, basé sur l'observation morphologique, notamment au microscope. » (*Ibid.*, p. 9) Cette définition est fondée sur les travaux de diverses institutions ayant abouti à une « définition médicale » afin de définir les actes d'anatomopathologie pour les inscrire à la Classification commune des actes médicaux (*Ibid.*, note n° 4, p. 9). Le rapport poursuit en indiquant que la fixation des éléments observés sur des lames, leur description et leur dissection sont une « étape médicale importante de la macroscopie » (*Ibid.*, p. 9).

2. M. BALLEREAU, *Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale*, Ministère de la santé de la jeunesse et des sports, 2008, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_pour_la_biologie_medicale.pdf (visité le 04/11/2014), annexe n° 9, p. 88. Nous soulignons.

3. Nous soulignons d'abord l'ajout de l'Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 *relative à la biologie médicale* et ensuite l'ajout fait par la *Loi n° 2013-442 du 30 mai 2013* portant réforme de la biologie médicale. Antérieurement à ces modifications, l'article disposait que « Les analyses de biologie médicale sont les examens biologiques qui concourent au diagnostic, au traitement ou à la prévention des maladies humaines ou qui font apparaître toute autre modification de l'état physiologique, à l'exclusion des actes d'anatomie et de cytologie pathologiques exécutés par les médecins spécialistes de cette discipline. »

329. La qualification d'acte médical comme promotion sociale d'une pratique. Qualifier d'actes médicaux les actes de biologie est d'abord le moyen de valoriser cette pratique. Le rapport de M. BALLEREAU n'en fait pas mystère. Il souhaite réhabiliter la considération que l'on a des biologistes médicaux en procédant à « la redéfinition de l'examen de biologie médicale [en] intégrant l'analyse de données cliniques et l'interprétation d'un résultat [ce qui] vise à positionner la biologie médicale comme une activité de santé, qu'elle est, et non de service. Le biologiste [est alors] placé au cœur du système, au même titre que le clinicien, et non comme le simple exécutant "technicien" d'une phase analytique¹. » La modification de l'article L. 6211-1 du code de la santé publique, article décrivant la biologie médicale, est alors considérée comme le « fondement de la réforme² ».

La qualification d'« acte médical » est donc utilisée comme un outil de promotion de la biologie médicale. Celle-ci ne se satisfait plus d'être reléguée au rang de maillon technique invisible de la chaîne de soins et aspire à bénéficier du sérieux et du respect conférés à l'acte médical. Reste qu'il existe une différence entre la qualification d'« activité de santé » et celle d'« acte médical ». Que la biologie médicale soit une activité de santé parce qu'elle concourt à la fourniture d'information servant à orienter le processus de soins, cela ne fait aucun doute. Ainsi, qualifier d'« acte médical » l'acte de biologie est assez maladroit. Plutôt que d'affirmer que l'acte de biologie médicale est un acte médical afin de revaloriser une pratique, n'eut-il pas été tout aussi efficace — et moins incohérent — de faire entrer les biologistes médicaux au sein de la quatrième partie du code de la santé publique consacré aux professions médicales³ ?

En effet, qualifier d'acte médical les activités de biologie médicale revient à dire que *tout* acte de biologie est un acte médical. Si l'idée du rapport de M. BALLEREAU était de faire toute sa place au biologiste, notamment dans la phase de conseil et d'orientation de la décision médicale en mettant en avant la qualité de l'acte de biologie médicale, il ne servait à rien de qualifier tout acte de biologie médicale d'acte médical. Il semble même qu'il faille interpréter cette nouvelle rédaction dans un sens restreint en limitant la qualification d'acte médical à l'interprétation des résultats faite par le biologiste médical. En effet, l'article précise que l'examen de biologie médicale « qui concourt à la prévention, au dépistage, au diagnostic [...] à la décision et à la prise en charge thérapeutique [...] » est un acte médical. Est donc médical l'acte de conseil, celui qui oriente et guide le médecin et celui-là seulement. Ne serait ainsi pas médical l'acte consistant en une manipulation d'un élément ou produit du corps humain.

Il est par ailleurs intéressant que cette modification se soit contentée de qualifier les actes de biologie médicale d'actes médicaux. Cette loi n'a en rien qualifié les actes de biologie médicale

1. M. BALLEREAU, *Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale*, Ministère de la santé de la jeunesse et des sports, 2008, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_pour_la_biologie_medicale.pdf (visité le 04/11/2014), p. 33.

2. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale*, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021683276> (visité le 04/11/2014), NOR : SASX0927179P.

3. Cela aurait par ailleurs apporté une certaine cohérence puisque la responsabilité des biologistes médicaux aurait été alignée sur celle des autres professions, leurs actes entrant dans le champ de l'article L. 1142-1 CSP.

d'actes médicaux pour soumettre les actes biologiques au régime des actes médicaux puisque ceux-ci bénéficient déjà d'un régime propre. Il s'agissait donc d'une utilisation purement symbolique de la notion d'acte médical.

Le législateur, en définissant cet acte comme « un acte médical qui concourt » à la pratique médicale, signale une différence fondamentale qui rejait sur son régime juridique. Ce serait un acte médical d'appui à d'autres actes médicaux.

330. La modification de l'article L. 6211-1 du code de la santé publique comme moyen de contourner les exigences de l'article 43 du traité de Rome imposant un accès libre au capital des entreprises. La seconde raison a été évoquée par A. JONVILLE¹. Selon lui, affirmer que l'examen de biologie médicale est un « acte médical » est une « pétition de principe ». Cette pétition de principe trouverait, selon lui, une partie de ses racines dans la procédure que menait la Commission européenne contre la France au sujet de l'accès au capital des laboratoires d'analyse médicale. En effet, la possession de parts sociales d'un laboratoire d'analyses médicales suppose de détenir l'un des diplômes nécessaires à l'exercice de la biologie médicale². Cette situation violerait l'ancien article 43 du traité de Rome — devenu l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne — prônant une liberté d'accès au capital des entreprises.

Reste que l'une des manières de s'affranchir d'une telle règle est de prouver le rôle médical et donc la nécessité de santé publique proportionnée justifiant de s'échapper de cette règle. Avec cette médicalisation de l'activité, la matière est rattachée au domaine de l'article 152 du traité de Rome selon lequel l'Union respecte les décisions des états membres en matière de fourniture de services de santé et de soins médicaux³.

L'origine de cette médicalisation tiendrait donc, pour partie, à la volonté gouvernementale d'échapper aux foudres de la Commission sans avoir à modifier toute l'économie de la propriété des laboratoires d'analyse.

331. L'arrêt *Commission européenne c/ République Française*⁴ tranche en faveur du gouvernement français⁵. La Cour retient qu'un « rôle médical a été conféré au biologiste lors des phases préanalytique et postanalytique⁶. La phase analytique ne serait donc pas médicale selon la Cour. » et qu'« une prestation d'analyse de biologie médicale exécutée de manière inappropriée ou encore de manière tardive ou erronée peut être à l'origine, notamment, d'erreurs

1. A. JONVILLE, « La "médicalisation" de la biologie par l'ordonnance du 13 janvier 2010 », *RGDM*, 2011, 38.

2. Art. L. 6223-5 CSP.

3. CJUE, *Commission européenne c/ République Française*, 16 déc. 2010, C-89/09, URL : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=79386>, §29 et 30.

4. *Ibid.*

5. Réserve faite de la disposition interdisant à des biologistes de détenir des parts dans plus d'un laboratoire. Le Gouvernement avait lui-même admis que cette « disposition est inadéquate et disproportionnée » au regard de l'objectif de protection de la santé publique (§101).

6. CJUE, *Commission européenne c/ République Française*, 16 déc. 2010, C-89/09, URL : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=79386>, §56.

en matière de diagnostic et de thérapie¹. » La Cour cite ensuite l'article L. 6211-1 du code de la santé publique au sujet de la responsabilité des analystes médicaux et conclut que leur rôle est « renforcé » parce qu'ils peuvent recevoir des patients sans prescription médicale et, d'autre part, « par le dialogue qui existe de façon répandue en France entre le médecin prescripteur et le biologiste, ce dernier pouvant, s'il en est besoin, procéder à des examens complétant la prescription médicale². »

Il est donc flagrant que la modification de la législation par voie d'ordonnance avait ici pour but d'orienter la décision de la Cour en « médicalisant » le plus possible l'activité de biologie médicale afin de la faire entrer parmi les exceptions à l'ancien article 43 du traité de Rome.

332. Cette instrumentalisation de l'acte médical montre toute sa portée symbolique, mais aussi, et paradoxalement, sa réduction au rang d'outil. Outil pour, d'une part, faire bénéficier une profession d'une légitimité, et d'autre part permettre à l'État français d'échapper aux foudres de la Commission européenne. Cette instrumentalisation pousse donc à aller au-delà de la qualification d'acte médical.

333. Bilan. La différence de régime de ces actes avec les autres actes médicaux est importante. En effet, ceux-ci sont soumis aux règles contenues dans un livre qui leur est propre. Ces actes sont notamment soumis aux articles L. 6211-1 à L. 6211-23 du code de la santé publique.

Il apparaît ainsi que, si ces actes peuvent être qualifiés d'actes médicaux, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis à un régime différent des actes sur la personne humaine. Ces actes doivent ainsi être menés au sein d'un laboratoire de biologie médicale ou, à certaines conditions strictes, hors de celui-ci³ et par un biologiste médical ou sous sa responsabilité⁴. Les qualifier d'acte médicaux nous oblige à créer une catégorie supplémentaire. Ne pas les qualifier d'actes médicaux avait au moins l'avantage de signaler leur spécificité.

334. Les actes sur le corps humain sont donc soumis à des règles disparates selon que ce corps est fœtal, mort ou qu'il s'agit d'éléments séparés du corps. Ces disparités nous incitent donc à distinguer les actes sur le corps, sur un élément du corps et les actes sur le corps de la personne humaine vivante.

1. CJUE, *Commission européenne c/ République Française*, 16 déc. 2010, C-89/09, URL : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=79386>, §57.

2. *Ibid.*, §61.

3. Arts. L. 6211-13 à L. 6211-15 CSP.

4. Art. L. 6211-7 CSP.

Titre II

Régime des actes médicaux sur le corps de la personne

335. Nous venons de constater que le régime des actes médicaux dépend avant tout de leur objet. Il faut donc distinguer les actes médicaux effectués sur le corps mort, foetal et morcelé. Dans notre entreprise de précision des différents régimes spéciaux, une place particulière est réservée aux actes pratiqués sur le corps de la personne. Cela s'explique par la protection juridique du corps de la personne humaine qui fait l'objet d'un traitement spécifique dans le code civil et le code de la santé publique.

L'acte médical sur le corps de la personne peut par ailleurs être considéré comme bénéficiant du régime juridique le plus abouti. Nous l'avons évoqué, ce type d'acte est le plus fréquent en pratique médicale et bénéficie d'un régime juridique plus étoffé. Il est aussi celui au sein duquel il faut le plus distinguer de sous-notions. En effet, nous l'évoquions en introduction, la question des buts de la médecine, au delà des actes sur le corps humain aux frontières de la vie, porte principalement sur les nouveaux buts que la médecine concernant les actes sur le corps de la personne humaine.

L'étude de ces actes est donc névralgique et le législateur a pris la mesure de cette importance lorsqu'il a édicté l'article 16-3 du code civil qui, en la matière, sert d'article de référence. Notre analyse partira donc de cet article dont l'étude et la critique est nécessaire.

336. La spécificité des règles propres aux actes médicaux pratiqués sur le corps de la personne partira donc d'une analyse de l'article 16-3 du code civil auquel ils sont soumis (Chapitre 2) parce que cet article fait exception aux normes protégeant le corps humain (Chapitre 1).

Chapitre 1

La nécessité d'une exception aux normes protégeant le corps de la personne humaine

337. La pratique de la médecine illustre un paradoxe intéressant. Celle-ci suppose souvent un acte sur le corps de la personne et cette activité est bénéfique pour le corps social. Or, le droit protège la personne est son corps. L'acte médical sur le corps de la personne est donc un cas d'école du mécanisme de l'irresponsabilité juridique puisqu'il est nécessaire de faire exception à la protection juridique du corps humain.

338. Le droit sanctionne en effet toute violation du corps humain¹, ce qui rend les actes sur le corps humain impossibles (Section I). Cependant, cette règle n'est pas insusceptible d'exceptions et des actes sur le corps humain peuvent être pratiqués puisque le droit a ménagé des mécanismes d'autorisation (Section II).

Section I Le principe de l'impossibilité des actes pratiqués sur le corps de la personne humaine

339. La protection du corps humain est juridiquement manifestée par la garantie de l'intégrité du corps humain. Cette garantie trouve sa traduction dans le principe d'inviolabilité du corps humain. Celui-ci est défini par le *Vocabulaire juridique* comme une « intangibilité

1. Nous pouvons utiliser l'expression « corps humain » pour désigner le corps de la personne humaine puisque l'article 16-1 du code civil vient indiquer que « le corps humain est inviolable ».

constituant, pour une personne, un droit fondamental à son intégrité corporelle (inviolabilité du corps humain)¹. » L'inviolabilité est donc le bras armé qui protège l'intégrité corporelle².

La protection du corps humain — et donc de l'intégrité corporelle — est naturellement revenue au droit pénal qui, investi de la mission étatique de la protection des membres de la société, réprime l'atteinte corporelle (§ 1.). Plus récemment, et afin de permettre justement l'atteinte légale au corps humain avec le consentement de la personne, a été institué un droit subjectif par le droit civil (§ 2.).

§ 1. L'effectivité de la protection du corps humain par le droit pénal

340. Le droit pénal est naturellement fondé pour régir l'atteinte sur le corps humain. Comme l'écrit Br. PY, « c'est [...], l'ensemble des dispositions du code pénal qui construit l'édifice de l'inviolabilité pénale du corps humain. Dès lors que les textes d'incriminations prohibent toutes les atteintes à l'intégrité corporelle, volontaires ou involontaires, bénignes ou graves, il y a lieu d'en déduire que chacun est pénalement protégé contre toute forme de violation de son corps. Le code pénal contient en filigrane le principe d'inviolabilité du corps humain³. »

341. Ces infractions visent à protéger l'intégrité corporelle. Celle-ci est entendue dans un sens large et ne se limite pas à l'intégrité physique (A.) et ces infractions sont naturellement applicables dans le champ médical (B.).

A. La conception large de l'intégrité corporelle : de l'intégrité physique à l'intégrité psychique

342. Le corps humain : objet de protection du droit pénal. Le code pénal de 1994, pérennisant la protection de la personne⁴, « ne fait qu'entériner une idée consacrée dans le corps social selon laquelle toute forme d'atteinte à l'intégrité du corps humain par autrui est à proprement parler insupportable⁵ ». C'est au droit pénal qu'est naturellement revenue la

1. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 10^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2014, v^o Inviolabilité.

2. Concernant l'intimité du patient, il faut se reporter aux règles relatives à la vie privée. Mais l'intimité est plus largement protégée : ainsi, ce n'est pas une règle attachée aux actes médicaux sur le corps de la personne, mais une règle plus large, qui concerne par exemple les actes de toilette pratiqués par des aides-soignants. Il peut ainsi parfaitement y avoir atteinte à l'intimité indépendamment de tout acte médical.

3. Br. PY, « Un médecin sentant sa mort prochaine... De l'obligation de porter secours au "laisser mourir" » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 467.

4. Celle-ci est en effet une constante depuis la naissance du droit pénal. Celui-ci, depuis Hammourabhi, réprime les comportements visant à atteindre à l'intégrité physique de la personne.

5. E. TILLET, « Le droit pénal face au corps humain : l'exemple de l'infraction de violences volontaires », *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, 2004, 2, p. 127.

mission de garantir la sûreté des personnes, en ce qu'elle est une mission propre à l'État¹. On connaissait l'injonction biblique du « tu ne tueras point² », version condensée du droit pénal protégeant la personne. Le droit contemporain est plus précis puisque le code pénal, au sein de son deuxième livre consacré aux « crimes et délits contre les personnes », contient un titre spécifique aux « atteintes à la personne humaine ». Au sein de ce titre, il distingue les « atteintes à la vie de la personne » (chapitre I), les « atteintes à la personne constituées par les disparitions forcées » (chapitre I^{bis}), les « atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne » (chapitre II) et la « mise en danger de la personne » (chapitre III)³. La répression pénale s'est donc étoffée et va du harcèlement moral à l'assassinat aggravé de tortures. Sont donc à la fois visées l'intégrité physique et l'intégrité psychique.

343. Le droit pénal protège les atteintes à la personnalité et donc au corps en tant qu'il est le « substratum de la personne⁴. » L'individu — et donc son corps — est protégé contre les atteintes à sa vie — meurtre, empoisonnement, etc. — et à son intégrité physique et psychique par la répression des violences, des viols, des harcèlements. Lorsque les violences sont jugées très graves, elles peuvent être qualifiées d'actes de barbarie et de tortures⁵.

1. La philosophie rousseauiste en ce qu'elle trouve comme fondement de la société un contrat dont les clauses « se réduisent toutes à une seule — savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté » (ROUSSEAU, *Le contrat social*, Garnier-Flammarion, 1762, p. 19) peut aider à comprendre cette mission de l'État. En effet, cette aliénation permet de « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. » (*Ibid.*, p. 56). En somme, l'homme abandonne volontairement une partie de son autonomie et de sa liberté pour se voir garantir une sécurité dont la première composante est la sécurité de la personne elle-même, celle de son corps. Si l'on insiste volontiers sur les droits civiques qui protègent contre les excès de l'État, il faut aussi constater que la sécurité du corps passe par la garantie de son intégrité. La garantie de l'intégrité doit ici être prise à la source : la garantie que le corps ne soit pas entamé, atteint, meurtri. La définition de la sûreté est ainsi éclairante. Il s'agit d'une garantie qui vise à garantir d'une part « contre les arrestations, détentions et peines arbitraires » et, d'autre part, elle est une « liberté individuelle qui consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété. » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 10^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2014, v^o Sûreté).

2. Décalogue XX. Pour une relecture contemporaine du décalogue, cf. Ch. DUBOIS, *Entre tradition et modernité : le Décalogue en contrepoint in Entre tradition et modernité : le code pénal en contrepoint*, Dalloz, à paraître.

3. Les chapitres suivants sont consacrés aux atteintes aux libertés de la personne (chapitre IV), au respect de la dignité (chapitre V), aux atteintes à la personnalité (chapitre VI) et aux mineurs et à la famille (chapitre VII).

4. J. CARBONNIER, *Droit civil, 1, Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, t. 1, Thémis, Presses universitaires de France, 2000, p. 19.

5. La barbarie consiste en une violence tellement importante proportionnellement au but, tellement démesurée qu'elle en devient incompréhensible, d'où la qualification de « barbare », ce qui renvoie à celui qui n'est pas d'ici et qui serait pourvu d'un système de valeurs permettant de comprendre l'acte. L'infraction la plus grave — excepté le meurtre — en la matière, la torture, est assez éclairante. En effet, au-delà de l'élément matériel, il est nécessaire de qualifier un dol spécial consistant à vouloir « causer à la victime une souffrance exceptionnellement aiguë ou nier en lui la dignité de la personne humaine. » (H. ANGEVIN, « Torture et actes de barbarie », *Jurisclasseur droit pénal*, vol. 20) On trouve ici le lien entre dignité humaine et inviolabilité. La violation du corps humain de manière particulièrement importante peut avoir pour but de nier la dignité, ce qui constitue le cœur de l'humanité. L'attentat au corps comme support du sujet est alors une forme ultime de subjectivisation du corps (E. TILLET, « Le droit pénal face au corps humain : l'exemple de l'infraction de violences volontaires », *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, 2004, 2, p. 127). Cela va à l'encontre d'une conception dualiste de l'être humain (Selon l'avis de : V. DESCOMBES et G. VIGARELLO, « Peut-on séparer le corps de la personne ? », *Hors-série*

Il existe aussi les infractions complémentaires qui « ont pour objet de protéger l'intégrité du corps humain contre certaines formes de brutalité¹ ». À ce titre sont prévues les infractions complémentaires de tortures et actes de barbarie, d'administration de substances nuisibles à la santé², d'aide à l'usage de produits dopants en matière sportive et les délits voisins, de persécutions phoniques et téléphoniques et de bruits et tapages nocturnes ou injurieux. Ces infractions complémentaires permettent d'adapter la réponse pénale à la gravité des actes commis.

344. La question des atteintes au corps sans contact physique. L'intégrité corporelle est protégée parce que l'atteinte corporelle illicite est réprimée au titre des infractions sur la personne³. Cette infraction est entendue largement et s'étend aux violences psychologiques. Les causes de l'atteinte sont indifférentes en ce que les voies de fait ont été entendues au sens large. Le contact, même indirect, entre le coupable et le corps de la victime comme élément constitutif d'infraction de coups et blessures a été abandonné en 1872⁴. Ainsi, « des nuisances provoquées par la pratique répétée pendant six mois de coups de balai sur un plafond », ayant entraîné « une affection nerveuse ayant nécessité un traitement thermal » ont été considérées comme des violences volontaires⁵. La jurisprudence a étendu sa répression aux violences étant simplement de nature à provoquer le trouble, délaissant ainsi la condition de lien direct. Cette tendance a cependant été limitée⁶.

Mais cela ne répond pas à une nécessité de protection de l'intégrité du corps humain entendu au sens strict. Il est cependant possible de justifier cela en ce que la qualification de violence vise

Justices, 2001, p. 4). Notons que ce refus de séparer le corps et l'esprit est celui qui a présidé aux lois dites « de bioéthique » de 1994. Cf. sur cette question : D. THOUVENIN, « La personne humaine et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *Les petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 25. Cela est cohérent avec la notion de dignité qui interdit de considérer l'homme comme un pur esprit (et donc de priver son corps de besoins essentiels) ou comme un unique corps (et donc de pouvoir le réifier). La torture était originellement une circonstance aggravante de l'homicide mise en place pour lutter contre les « chauffeurs » et « garotteurs », une forme de criminalité consistant à torturer la victime pour lui extorquer la planque dans laquelle était caché son argent. (E. TILLET, « Le droit pénal face au corps humain : l'exemple de l'infraction de violences volontaires », *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, 2004, 2, p. 127, p. 138). Elle est aujourd'hui une infraction autonome et reste une circonstance aggravante de certaines infractions.

1. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : Droit commun, droit des affaires*, Editions Cujas, 2011, n° 51, p. 65.

2. Certains ont écrit qu'il s'agit d'une sorte de « mini-empoisonnement ». *Ibid.*, n° 58, p. 69.

3. Une telle approche doit cependant être nuancée. Le corps humain n'apparaît qu'en filigrane dans le code pénal. Une thèse est en préparation sur ce point. C. KUREK, *Le corps en droit pénal*, Université de Lyon. Néanmoins, il y a lieu de nous limiter au corps humain puisque l'article 16-3 le vise expressément. Ainsi, seuls les actes conformes à l'article 16-3 et effectués sur le corps humain sont licites. Cela n'est pas sans poser une épineuse question puisque cela reviendrait à ne pas faire bénéficier les actes sur la personne (mais non sur le corps) de cette autorisation de la loi et, partant, de permettre leur répression.

4. Cass. crim., *Triboire et Narquet*, 6 déc. 1872, *D.*, 1872. I. 476 .

5. Cass. crim., *Huet c. Perrin*, 22 oct. 1986, *Bull. crim.*, p. 197.

6. Cf. Cass. crim., 27 oct. 1999, *Bull. crim.*, n° 98-86017. Dans cet arrêt, le préfet de Corse — bien vivant — lit son propre avis de décès dans le journal. La Cour s'est interrogée sur le point de savoir s'il avait effectivement subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique. Elle a cependant considéré qu'« en prononçant ainsi, sans rechercher si la victime avait eu connaissance de cet avis et si elle avait effectivement subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

à réprimer l'acte ayant provoqué un choc émotif ou un trouble psychologique et que ces troubles « résultent d'une crainte ressentie par la victime pour son intégrité corporelle¹. » Il y aurait donc un lien avec l'intégrité corporelle dans le délit de violence. Ainsi, l'acte médical qui n'est pas pratiqué à même le corps comme la consultation psychiatrique consistant en une conversation, c'est-à-dire une thérapie, pourra-t-il être réprimé au titre des violences, à la condition qu'il ait pour effet de faire craindre une atteinte corporelle². Une telle situation ne s'est, pour l'instant, pas présentée et son intérêt théorique est faible. En effet, les actes de thérapie n'étant pas, par nature, des actes sur le corps, le droit ne les régule pas en les subordonnant à certaines règles, comme il le fait pour les actes sur le corps³.

Néanmoins, il est tout à fait possible qu'un traitement psychothérapeutique puisse être pénalement réprimé sur des fondements autres que ceux de violence comme ceux réprimant le harcèlement moral⁴.

345. Recherche d'un critère d'applicabilité du droit pénal. Se pose dès lors la question de savoir quels actes seront soumis au droit pénal protégeant le corps humain, et donc, quels actes devront respecter les règles permettant de faire exception à la responsabilité pénale. Rechercher cela revient à rechercher quels comportements médicaux pourraient être infractionnels du fait de la mise en œuvre des infractions protégeant l'intégrité du corps humain. Il s'agit donc de savoir ce en quoi consiste l'atteinte à l'intégrité du corps humain.

Ainsi, entre les actes médicaux consistant simplement en une parole et l'acte médical qui tue, il faut savoir où placer le curseur : sera soumis au droit pénal l'acte consistant en une effraction cutanée ou en un contact avec le corps ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de savoir quels actes sur le corps sont pénalement réprimés. Le simple contact, l'agression sanglante, l'impression sur le corps ? Il faut néanmoins envisager l'ensemble des infractions protégeant le corps humain et ne pas se limiter à l'infraction de violences volontaires.

1. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Thémis, Presses Universitaires de France, 2015, n° 108, p. 73.

2. Ainsi, le délit de violences volontaires est-il caractérisé lorsqu'en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, les actes ont pour effet de provoquer chez la victime un choc émotif ou une perturbation psychologique constituant une atteinte à son intégrité physique. Cf. sur ce point Cass. crim., 2 sept. 2005, *Bull. crim.*, p. 758, n° 04-87046 ; Cass. crim., 18 mar. 2008, *Bull. crim.*, n° 07-86075.

3. Il est aussi possible d'expliquer cette position en considérant que la protection correspond d'abord à une protection de la personne humaine, entendue dans une perspective holiste. Le droit pénal ne serait plus chargé uniquement de protéger corps, mais serait en plus chargé de protéger la personne. Cette explication a une certaine cohérence en ce qu'a été refusée la répression des atteintes faites sur le fœtus, personne en devenir. Cela peut s'expliquer ensuite par le fait que les infractions de violence sont des infractions de résultat. C'est à l'aune de l'effet de l'acte que nous pouvons déduire la gravité de l'acte et donc la nature de l'atteinte. (Cf. sur cette question J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., Référence, Editions Cujas, 2014, n° 415, p. 252.) Il indique ainsi que « l'insignifiance du préjudice n'est pas de nature à exclure l'incrimination et par exemple les blessures les plus bénignes ou le vol d'un champignon restent punissables. » (Cf. aussi P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013, nos 69 et s., p. 52 et s.). Ainsi, l'acte en apparence violent et destiné à impressionner ayant un retentissement dans la chair de la victime répond à la qualification de violence et est donc réprimé.

4. Nous remercions ici spécialement A. DEJEAN DE LA BÂTIE pour cette éclairante remarque.

346. Le code de 1810 réprimait les coups et les blessures. Les blessures se distinguaient des coups en ce que ces chocs produisaient une « rupture des téguments avec plaie et effusion de sang¹. » Vient ensuite la répression des voies de fait. Celle-ci, introduite par une loi de 1863², visait à permettre la répression des violences ne répondant pas exactement à la prévention de coups et blessures comme le fait de jeter une personne à terre ou de lui cracher au visage³. La jurisprudence s'est ensuite étendue aux actes ne supposant pas de contact physique. Le nouveau code pénal, en choisissant le terme de « violence », entendait mettre fin à la distinction entre violences et voies de fait⁴. Il est néanmoins légistiquement discutable de choisir, pour désigner et unifier diverses notions, d'utiliser l'une d'elles⁵. Les voies de fait seraient donc intégrées au sein de la notion de violence⁶.

La répression est donc large. Si, bien évidemment, l'effraction cutanée peut être qualifiée de violence, il en ira de même du massage qui, du fait de sa brutalité, peut constituer un coup⁷. Concernant les actes sans contact immédiat pratiqués à l'aide d'ondes comme les actes de radiologie ou de radiothérapie, ceux-ci, en ce qu'ils constituent une atteinte à l'organisme en lui-même, peuvent rentrer dans la catégorie des violences. Il en irait de même des traitements médicamenteux. En effet la remise, en vue de son absorption, d'un médicament de nature à entraîner le décès de la victime constitue un acte d'empoisonnement⁸. Néanmoins la remise de poches de transfusion sanguine constitue une administration de substances nuisibles à la santé ou un homicide involontaire⁹.

En revanche, au contraire de la palpation, ne pourra pas être qualifiée de violence la simple observation sans contact ni interaction avec le corps.

En résumé, tout acte qui consiste en une atteinte corporelle, médiate ou immédiate est soumis au droit pénal. L'atteinte corporelle médicale immédiate peut être définie comme le fait de toucher le corps humain. *A fortiori*, cela inclut les actes d'effraction cutanée ou de massage. Pour sa part, l'atteinte corporelle médiate peut se définir comme l'atteinte ne supposant pas de contact, mais utilisant une technique ayant un impact sur le corps. C'est le cas notamment de

1. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : Infractions au Code pénal*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2014, n° 340, p. 381.

2. *Loi du 13 mai 1863* portant modification de plusieurs articles du Code pénal, p. 418, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000882642> (visité le 20/05/2016).

3. Cass. crim., *Min. pub. c. Colin*, 9 mar. 1854, *D.*, 1854.1.259.

4. Le terme « blessures » a été supprimé antérieurement, lors de la réforme issue de la Loi n° 81-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

5. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial : Infractions au Code pénal*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2014, n° 340, p. 382.

6. Cf. Cass. crim., 2 sept. 2005, *Bull. crim.*, p. 758, n° 04-87046 ; Cass. crim., 18 mar. 2008, *Bull. crim.*, n° 07-86075.

7. A ainsi été condamné pour violence volontaire le prévenu ayant exercé un massage thoracique sur un enfant. CA Poitiers, *Min pub. c. Cédric D.*, 4 août 2005, n° de rôle : 05/00449, n° JurisData : 05/00449. Il faut noter que le prévenu n'était pas un professionnel médical ou paramédical, mais une telle répression pourrait leur être étendue.

8. Cf. Cass. crim., 8 juin 1993, n° 93-81372.

9. Néanmoins les juges ont, dans l'affaire dite « du sang contaminé », préféré engager la responsabilité des prévenus sur le fondement de l'homicide involontaire alors que le secrétaire d'État avait vu sa responsabilité recherchée sur le fondement de l'administration de substance nuisible. Cour de Justice de la République, *Laurent Fabius, Georgina Dufoix et Edmond Hervé*, 9 mar. 1999, n° 99-001.

la radiologie ou du bronzage artificiel.

347. Le droit pénal est donc tout à fait armé pour répondre à tous les types de comportements pouvant avoir un impact sur l'intégrité corporelle et il faut avoir une lecture extensive du critère de l'atteinte au corps. Les actes médicaux n'y échappent pas et le droit pénal peut parfaitement être mis en œuvre en matière médicale.

B. Mise en œuvre de la protection pénale de l'intégrité corporelle en matière médicale

348. La nécessité d'une permanence de la loi pénale en matière médicale. L'activité médicale n'est pas, en elle-même, hors du droit pénal. Cela permet en effet de réprimer efficacement tout comportement asocial d'un praticien de la médecine.

On peut distinguer deux types de règles pénales applicables au droit médical. D'une part, des règles générales — que nous avons étudiées *supra* — qui répriment les actes portant atteinte à l'intégrité corporelle entendue au sens large. D'autre part, des incriminations pénales sont parfois instituées pour appuyer certains « encadrements » de pratiques biomédicales. Ces infractions ne visent pas à protéger l'intégrité corporelle, mais à renforcer l'efficacité des règles « encadrant » la pratique visée¹. Par exemple, en matière d'avortement, le non-respect des règles encadrant la pratique² est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende³.

349. L'acte médical n'est pas hors du droit pénal. La possibilité de ce maintien de l'activité médicale dans le champ des infractions générales protégeant l'intégrité corporelle tient au fait que l'acte médical conserve sa nature infractionnelle. En effet, « rien ne distingue radicalement [...] les “blessures” commises par le médecin et les violences commises par l'agresseur délinquant. Lorsqu'un praticien fait une piqûre, administre un produit dangereux — chimique ou radioactif —, pratique une incision ou réalise une amputation, il “blesse” le patient⁴. »

La loi pénale, en ne visant pas les moyens de réalisation d'une infraction mais son résultat, ne permet pas de faire de l'acte médical une exception à raison de sa matérialité. Il n'est donc pas techniquement possible de mettre hors du droit pénal l'acte médical, au motif qu'il est

1. Cf. à ce sujet P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013, n^{os} 48 et s., p. 40 et s.

2. C.-à-d. les articles L. 2212-1, L. 2212-2 et L. 2222-2 du code de la santé publique. Il faut noter que l'édition Dalloz du code pénal vise ces textes juste après l'article 223-11 du code pénal. Cela signale le caractère sanctionnateur du régime de l'atteinte institué par le code de la santé publique et non de l'atteinte au corps elle-même.

3. Art. 223-10 code pénal.

4. Br. PY, « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale » in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Dix-neuvièmes journées d'études de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, 15 juin 2012, sous la dir. de M. DANTI-JUAN, t. XXVIII, Editions Cujas, 2013, p. 134. Cf. aussi D. THOUVENIN, « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit*, mai-juin 1994, n^o 6, p. 57. Elle écrit que « si le médecin est obligé d'intervenir sur le corps du malade, il est amené à porter atteinte à l'intégrité physique de son patient ; [...] il est un individu qui relève des règles du droit pénal car il porte atteinte à la personne humaine (selon la formule utilisée par le nouveau code pénal) de son patient. »

fait en application de la science médicale et avec des moyens médicaux. Ce serait aussi assez illusoire de décrire la médecine par ses moyens puisque celle-ci, de par son évolution, change et fait évoluer ses méthodes régulièrement. Une description de l'acte par sa matérialité serait donc vaine puisque celle-ci est par nature changeante.

350. La nécessité de démontrer le caractère infractionnel des actes en apparence « médicaux ». Lorsque l'atteinte est commise dans un contexte médical, la preuve du caractère infractionnel semble supposer la démonstration de l'absence de justification pénale. Dans tous les cas, il s'agit de démontrer que l'acte pratiqué n'a pas de « raison médicale », n'est pas « médicalement » nécessaire.

Les actes médicaux peuvent être plus ou moins aisément sanctionnés. Ceux réalisant un acte qui est objectivement hors de la médecine le seront plus facilement que ceux qui constituent un abus ou une dérive d'un acte médical.

D'une part, certaines techniques médicales sont formellement exclues de la médecine. La répression pénale permet ainsi de sanctionner l'acte du praticien de la médecine constituant une agression sexuelle ou un viol¹. Dans ce cas, la démonstration du caractère illégal ou non médical est superflue. Par ailleurs, l'exemple est ancien, mais classique, l'affaire dite *des stérilisés de Bordeaux*, illustre la situation d'une pratique objectivement illégale, mais menée avec des moyens médicaux. Dans cette affaire, la Cour de cassation rappelle que les blessures volontaires ne constituent une infraction si elle sont justifiés par un cas d'irresponsabilité pénale². La Cour est sur ce point constante. Dans une espèce similaire et plus ancienne, a été condamné un individu ayant amputé un conscrit d'une phalange du pouce droit au motif que « les blessures faites volontairement ne sont réputées n'être ni crime ni délit que lorsqu'elles ont été commandées, soit par l'autorité légitime d'après l'ordre de la loi, soit par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui³. » Dans ces cas-là, la Cour de cassation a pour objectif de protéger l'intégrité corporelle des victimes⁴.

D'autre part, il est nécessaire de démontrer que l'autorisation de la loi ou l'état de nécessité valant pour les praticiens de la médecine ne joue pas à l'occasion d'un acte médical. Il faut donc prouver que l'acte a été mené, selon l'expression courante, « en dehors de toute indication ». Par exemple, le traitement médical d'une chute à vélo ou d'une grippe ne nécessite pas d'examen des parties génitales accompagné de massages de celles-ci⁵. Si le traitement de l'affection indique

1. Ainsi, un acte pratiqué par un biologiste « pratiqué à main nue, sans le consentement de la patiente et sans avoir fait l'objet d'une prescription médicale en ce sens, constitue un acte de pénétration sexuelle accompli par surprise sur la personne d'autrui, au sens de l'article 222-23 du code pénal. » (Cass. crim., 22 avr. 2000, n° 00-80191). Pour les auxiliaires médicaux, la démonstration de l'agression est plus facile puisque les manipulations sur des organes génitaux sont réservées aux médecins. Cf. not. pour les infirmiers les articles R. 4311-1 et suivants du code de la santé publique. Cf. sur cette question Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 17.

2. Cass. crim., *Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, 1^{er} juin 1937, *S.*, I, p. 193.

3. Cass. crim., *Mongenot*, 13 août 1813, *S.*, 1913.I.417. L'arrêt est rapporté par E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Librairie Sirey, 1956, Tome deuxième (art. 295 à 401), Art. 295, n° 235.

4. Pour une décision plus moderne, cf. Cass. crim., 9 nov. 1961, *Bull. crim.*, n° 455.

5. Cass. crim., 22 avr. 2000, n° 00-80191. L'espèce concernait un manipulateur radiologique, mais nous pouvons

un examen des parties génitales ou si cela est indiqué dans un contrôle de routine, les limites doivent dressées. Ainsi, l'examen gynécologique s'éternisant et constituant en des simulations d'actes sexuels¹ ou des palpations prolongées et déplacées de seins² ne sont pas légitimes³.

351. L'activité médicale, lorsqu'elle ne répond pas à un objectif légitime et à des techniques reconnues, n'est donc pas en dehors du droit pénal. Il se peut par ailleurs qu'une faute particulièrement grave dans l'exercice de la médecine constitue l'élément matériel d'une infraction pénale telle que les traitements inhumains et dégradants — voire des tortures⁴ — ou la violence volontaire⁵. Dans tous les cas, on imagine mal que les praticiens puissent être déchargés de leur responsabilité pénale sur le fondement d'absence de l'élément moral. En effet, l'intention suppose la connaissance de la norme pénale et la volonté de l'enfreindre. Puisque le praticien, est réputé connaître la loi⁶, il faudrait qu'il démontre « sa bonne foi en établissant que, quoique ayant accompli les gestes constitutifs de l'infraction, [il] n'avait pas l'intention de transgresser la loi⁷. »

352. Impact de l'admission sociale sur la conception juridique. Cette manière de présenter est cependant trompeuse puisque l'acte sur le corps est *par principe* une atteinte corporelle réprimée. Ce n'est que parce qu'elle bénéficie d'une exception à cette répression qu'elle est autorisée. Ainsi, est erronée la présentation selon laquelle l'acte médical est réprimé lorsqu'il ne remplit pas les conditions de légalité des actes médicaux. Il faut en effet affirmer que l'acte n'est pas réprimé lorsqu'il remplit les conditions de légalité des actes médicaux. La première présentation, si elle n'est pas juridiquement juste a cependant l'avantage d'être plus cohérente avec le sentiment de légitimité sociale qui accompagne la médecine. Il est en effet difficilement compréhensible de partir du principe que la médecine est interdite. Ce point de départ est néanmoins nécessaire pour expliquer la réglementation des actes médicaux sur le corps.

penser que la même décision eut été rendue à l'encontre d'un médecin.

1. Cass. crim., 12 mai 2004, n° 03-87326.

2. Cass. crim., *Hubert X. c. Ministère public*, 23 juin 2004, *inédit*, n° 03-86727.

3. Pour de plus amples développements et exemples sur ces infractions, nous renvoyons à l'ouvrage suivant : P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013 spécialement p. 219 et s.

4. C'est du moins ce que reconnaît le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. « The mandate has recognized that medical treatments of an intrusive and irreversible nature, when lacking a therapeutic purpose, may constitute torture or ill-treatment when enforced or administered without the free and informed consent of the person concerned » HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*, A/HRC/22/53, 1^{er} fév. 2013, URL : http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/Regularsession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf?u (visité le 16/07/2015), §32, p.7.

5. Ce faisant, nous suivons la pensée de P. BOUZAT qui dans son traité indiquait que « l'impunité [pénale du médecin] cessera en cas de faute grave dans l'exercice de la profession. » (P. BOUZAT, *Droit pénal général*, 1970, Tome I, 2^e ed. n° 309, p. 382).

6. Du fait du jeu de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » et sous réserve de l'article 122-3 du code pénal. Cf. sur ce point A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel Tome 1 Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e éd., Paris : Editions Cujas, 1997, nos 582 et s., p. 733 et s.

7. Chr. PAULIN, *Droit pénal général*, 6^e éd., Objectif droit, LexiNexis SA, 2010, n° 117, p. 57.

353. S'il existe une protection du corps complète et extensive issue du droit pénal, le droit civil s'est mis en remorque de cette répression.

§ 2. La protection du corps humain par le droit non pénal : un droit de la personnalité

354. Le droit non pénal — droit civil repris dans le code civil et règles non pénales contenues dans le code de la santé publique — a consacré l'inviolabilité corporelle.

355. La genèse de la consécration de l'inviolabilité. Directe conséquence du « code de Nuremberg », l'article 7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 stipule que « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique. » Dans cet article le principe de l'inviolabilité corporelle est sous-jacent. Si ces règles visaient de manière indicative l'exigence de consentement en matière d'expérimentation, d'autres ont retenu l'inviolabilité plus spécifiquement.

Bien que visant plus le droit à la sûreté, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 proclament des droits pouvant aussi procéder de l'inviolabilité, comme le droit à la vie ou la prohibition de la torture et de l'esclavage. Plus récemment, la convention d'Oviedo rappelle que « les parties à la présente Convention [...] garantissent à toute personne [...] le respect de son intégrité [...].¹ » Se retrouve ici le fondement de l'inviolabilité qu'est la protection de l'intégrité du corps humain et la simple garantie de la sûreté pour embrasser l'inviolabilité du corps humain est ainsi dépassée.

356. La consécration textuelle de l'inviolabilité. L'inviolabilité telle qu'elle est aujourd'hui écrite en droit français est issue des lois dites de « bioéthique » du 29 juillet 1994. Celles-ci résultent des réflexions menées au sein du Comité consultatif national d'éthique. Elles font suite aux rapports BRAIBANT², LENOIR³ et MATTEI⁴ et s'inscrivent dans la logique de la loi dite « Huriet-Sérusclat »⁵. L'inviolabilité y est proclamée au sein d'une suite d'articles insérés après l'article 16 qui protège l'atteinte à la dignité de l'homme, principe qui a été défini comme étant

1. Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Signée à Oviedo le 4 mars 1997.

2. G. BRAIBANT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, n° 4855, 1988.

3. N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française : Rapport au premier ministre*, Collection des rapports officiels, La Documentation française, 1991, (en deux tomes).

4. *Rapport n° 1057 de M. Jean-François MATTEI, fait au nom de la commission spéciale*, 25 mar. 1994.

5. *Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988* relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales.

matriciel¹.

Après avoir précisé que « chacun a droit au respect de son corps », l'article 16-1 du code civil dispose dans son alinéa 2 que « le corps humain est inviolable » en précisant tout de suite après qu'il est de plus insusceptible de faire l'objet d'un droit patrimonial².

357. Le but : permettre l'atteinte en évitant la réification. La promotion légale de l'inviolabilité corporelle dans les lois de bioéthique n'est pas anodine. En effet, « bien qu'ayant créé un droit au respect du corps humain, droit qui relève de la catégorie des droits de la personnalité, ce qui le rend indisponible, c'est bien le projet qu'il puisse y être renoncé qu'a explicitement envisagé le législateur³. » Il est ainsi écrit que « le droit de l'individu à l'intégrité de son corps doit parfois être combiné avec d'autres droits, libertés ou intérêts supérieurs⁴. »

Le projet visant à reconnaître l'inviolabilité visait donc à permettre, *in fine*, de la violer en autorisant le prélèvement sur le corps humain. La loi a donc, en reconnaissant un principe fondamental⁵, créé les conditions d'exploitation du corps humain, en « encadrant » ces prélèvements. Il s'agissait donc « d'[...] énoncer une règle générale afin de pouvoir fixer les exceptions acceptables à ce principe⁶. »

Dans un mouvement parallèle, il fallait « élever un rempart contre les excès d'une science trop prompte à *chosifier* le corps humain⁷. » L'inscription du principe de l'inviolabilité du corps humain et de son lien filial avec la dignité visait ainsi à juguler les occasions de prélever sur le corps des éléments et produits exploitables.

Enfin, il y avait peut-être là la tentation de résumer l'état du droit, de le codifier. En effet, l'inviolabilité pouvait être considérée comme « le fondement coutumier de notre civilisation juridique. C'est un ordre public supérieur, absolu.⁸ » G. MÉMETEAU remarque que ce principe, même avant les lois de 1994, était acquis, ce qui revient à en faire « un apport mineur⁹. »

1. B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211. Voir aussi N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil* in M.-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Études juridiques, Economica, 1999. Il écrit que la dignité « fait naître un devoir, celui de ne pas y porter atteinte. Elle peut bien justifier l'octroi de droits, elle n'est pas, en elle-même, un droit subjectif. » (*Ibid.*, n° 28, p. 129-128).

2. L'influence de la dignité n'est pas limitée par la mort puisque l'article 16-1-1 du même code dispose que « le respect au corps humain ne cesse pas avec la mort. » La dignité due à la personne vivante laisse alors place au respect dû à la personne morte. Le dispositif est parachevé par l'article 16-2 du code civil qui dispose que le juge peut « prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur ses éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort. »

3. D. THOUVENIN, « La construction juridique d'une atteinte au corps humain », *Hors-Série Justices*, 2001, spec. p. 119.

4. Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil, Ass. nat. n° 2599, 25 mars 1992, p. 4 cité par *Ibid.*, spec. p. 119.

5. Dont il est dit qu'il est d'ordre public (art. 16-9 C. civ.), ce qui le rend insusceptible de renonciations par ses titulaires, notamment par des conventions.

6. D. THOUVENIN, « La personne humaine et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *Les petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 25, spec. p. 194.

7. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Thémis, Presses universitaires de France, 2004, n° 274, p. 512.

8. G. SARVONAT, *Le Principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil*, thèse de doct., Université de Poitiers, 1951, p. 43.

9. G. MÉMETEAU, « à l'abordage », *Les petites affiches*, 1994-12, p. 149, suivi par Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET,

L'insertion dans le code civil du principe d'inviolabilité du corps humain revient alors à n'opérer qu'une codification du principe.

358. La nouvelle nature juridique de l'inviolabilité : droit subjectif de la personnalité.

Le droit promu par l'article 16-1 est un droit subjectif. Le droit subjectif se définit comme le droit qui appartient¹ ou qui est rattaché² à une personne³. La « fonction morale spécifique » des droits subjectifs est de protéger les « biens » entendus au sens large — un bien peut être un bien spirituel comme la liberté de conscience — qui sont la base de la liberté de la personne dans l'état et la société⁴. H. COING poursuit en indiquant que cette allocation du bien a plusieurs conséquences parmi lesquelles on trouve la libre jouissance du bien par la personne⁵.

Pour être plus précis, c'est un droit de la personnalité. À la différence des droits subjectifs économiques, la libre jouissance de ces droits est bridée. Puisqu'intrinsèquement rattachés à la personne physique et liés à la personnalité, ils ne peuvent être aliénés, sous peine de faire perdre cet attribut de la personnalité, ce point commun intangible qu'a l'individu avec l'humanité. Néanmoins, il est admis que des alinéations partielles du corps humain soit possibles puisque celles-ci « n'ont pas pour effet de provoquer l'extinction du sujet⁶. »

359. L'individu n'a pas conscience de jouir de ce droit, justement à cause de son évidence, issue de son caractère fondamental. La libre jouissance devient donc *invisible* et ne restent alors apparentes que les règles visant à défendre le droit vis-à-vis des tiers. L'article 16-2 du code civil dispose ainsi que « le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou

Droit civil, Les personnes : Personnalité, Incapacité, Protection, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2012, n° 58, p.64 qui dit que « Antérieurement à la réforme de 1994, on peut donc observer que le droit protège de manière satisfaisante l'inviolabilité du corps humain. Il n'utilise alors que de moyens de contrainte indirects pour obtenir un comportement auquel une personne répugne de prime abord. »

1. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 10^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2014, v° Subjectif.

2. Nous suivons en cela J. CARBONNIER qui indique que les droits de la personnalité font partie des « attributs de la personne physique » qui « s'entendent [comme] prérogatives appartenant à toute personne comme par droit de naissance » ou des « droits de l'homme opposables aux autres hommes. » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, Thémis, Presses universitaires de France, 2004, n° 274, p. 509). Il faut d'ailleurs noter que les droits subjectifs sont parfois entendus comme synonymes de droits de l'homme. Cf. sur ce point H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif in Le droit subjectif en question*, t. IX, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964, p. 2.

3. Plus classiquement, nous pouvons suivre P. ROUBIER en définissant le droit subjectif par opposition au droit objectif en ce qu'il constitue « les prérogatives, établies conformément à ces règles [celles du droit objectif] qui constituaient autant de situations spéciales et concrètes au profit des particuliers. (P. ROUBIER, *Délimitations et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs in Le droit subjectif en question*, t. IX, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964, p. 83) ».

4. H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif in Le droit subjectif en question*, t. IX, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964, p. 8.

5. Il indique aussi comme conséquences l'obligation qu'ont l'État, ses représentants et les membres de la société de respecter l'attribution du bien à cette personne et la mise à la disposition à l'ayant droit d'une « protection légale correspondante » visant à sanctionner le respect de l'attribution du bien *Ibid.*, p. 8. Lire aussi sur ce point M. PICHARD qui sous-entend que le droit subjectif est un droit procurant un bienfait. M. PICHARD, *Le droit à*, avec une préf. de M. GOBERT, Recherches Juridiques, Economica, 2006, n° 138, p. 184.

6. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Presses universitaires de France, 2006, n° 265, p. 266.

faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort. » Le caractère *invisible* de la jouissance du droit de la personnalité qu'est l'inviolabilité a été dénoncé par P. KAYSER lorsqu'il juge que l'inviolabilité n'est qu'un « faux droit de la personnalité¹ ». Il précise qu'« aucun de ces droits ne correspond à la définition du droit subjectif, parce qu'aucun ne confère à son titulaire un pouvoir déterminé. » Il poursuit en expliquant que « ces prétendus droits subjectifs ne correspondent pas à la définition du droit subjectif, car ils ne comportent pas le pouvoir déterminé qui est l'essence de ce droit. Ils sont en réalité, non des droits, mais des *intérêts* des personnes, dont la protection est assurée par la responsabilité civile de la personne qui y porte atteinte. C'est seulement à partir de cette atteinte que la victime est investie d'un droit subjectif, celui d'obtenir la réparation du dommage qui lui a été causé. Le prétendu droit à l'intégrité physique est en réalité le *droit d'obtenir la réparation du dommage causé par une atteinte à l'intégrité physique*². » Cela peut expliquer l'importance prise par le droit pénal dans la défense de ces droits fondamentaux. Le droit civil étant inapte à les protéger, seul l'aspect intimidant de la sanction pénale serait alors efficace. Cela était d'autant plus vrai qu'à l'époque où P. KAYSER écrivait ces lignes, l'inviolabilité n'était pas incluse dans le code civil.

Il faut cependant noter que, s'il est illusoire d'empêcher le coup de l'agresseur de porter parce que le droit à l'inviolabilité corporelle n'est pas un bouclier, il faut admettre que, juridiquement, l'inviolabilité opère et fonctionne même bien. Si l'on doit concéder que l'inviolabilité fonde la réparation par équivalent — la réparation en nature étant illusoire — de l'atteinte corporelle, nous notons avec J. CARBONNIER que l'inviolabilité comporte un « côté *préventif*³ » non négligeable. Celui-ci permet d'empêcher de contraindre un individu « de subir une atteinte à son corps, quand bien même elle se trouverait justifiée par l'intérêt légitime d'un autre individu⁴. » Cela permet ainsi de forcer le droit à n'admettre que des « pressions sur la volonté, la crainte d'une perte, l'appât d'un intérêt » et de refuser toute « coercition sur le corps⁵ ». Ainsi, si le droit de la personnalité qu'est le droit à l'inviolabilité corporelle n'a que peu d'influence sur les faits, il n'est pas neutre quant au droit. En pouvant limiter l'exercice du droit d'autrui, il se comporte comme un droit de la personnalité « négatif ».

360. Mais quel intérêt de créer un tel droit subjectif alors que le droit pénal est suffisant à réprimer les atteintes au corps humain⁶ ? Mis à part les arguments relevés à l'appui de la

1. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 445.

2. *Ibid.*

3. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Thémis, Presses universitaires de France, 2004, n° 197, p. 382.

4. *Ibid.*, n° 197, p. 382.

5. *Ibid.*, n° 197, p. 382. *Cf.*, dans le même sens G. MÉMETEAU qui indique que le droit protège l'inviolabilité du corps humain en n'usant « que de moyens de contrainte indirects pour obtenir un comportement auquel une personne répugne de prime abord. » G. MÉMETEAU, « à l'abordage », *Les petites affiches*, 1994-12, p. 149.

6. La question a été soulevée par D. THOUVENIN in D. THOUVENIN, « La construction juridique d'une atteinte au corps humain », *Hors-Série Justices*, 2001. Nous notons aussi que J. CARBONNIER, lorsqu'il évoque le droit à la dignité parmi les droits de la personnalité commence par citer ensemble l'article 16 du code civil et le code pénal et spécialement l'article 225-1. (J. CARBONNIER, *Droit civil*, Thémis, Presses universitaires de France, 2004,

consécration textuelle de l'inviolabilité relevés *supra*¹, nous pouvons avancer deux arguments à l'appui de la qualification de droit subjectif de la personnalité.

D'une part, D. THOUVENIN voit une « tendance contemporaine à créer de nouveaux droits subjectifs » ce qui revient, selon l'auteur, à poursuivre une entreprise de patrimonialisation des droits afin de s'assurer de leur circulation².

D'autre part, nous pouvons évoquer l'idée que la mise en œuvre de la responsabilité pénale fait naître une créance au bénéfice de l'État tandis que la responsabilité civile mise en œuvre sur le fondement des droits subjectifs fait naître une créance au bénéfice de la personne elle-même. L'intérêt serait de faire bénéficier la victime d'une indemnisation non liée à un procès pénal. C'est d'ailleurs ce qui avait motivé la jurisprudence à utiliser l'article 9 du code civil pour indemniser les personnes dont la vie privée avait été violée et à délaissier les infractions pénales afférentes³. Mais il faut noter que l'article 16-2 autorisant le juge à faire cesser l'atteinte illicite n'a été utilisé qu'une fois pour interdire une exposition de restes humains sans que l'action ait bénéficié aux ayants droit des *de cuius*⁴. Le droit pénal reste donc maître en la matière.

361. Ainsi, pour que des actes puissent être pratiqués sur le corps, ils doivent nécessairement suivre les conditions édictées par le droit pénal.

Section II L'autorisation de la pratique des actes sur le corps de la personne

362. Comment échapper au droit pénal ? Soumis au régime des actes pratiqués sur le corps, l'acte médical est paradoxalement contraint d'échapper à l'application de la protection juridique du corps humain et spécialement du droit pénal pour être pratiqué.

Parce qu'il cherche à ne réprimer que les comportements antisociaux, le droit pénal a ménagé un ensemble de mécanismes qui permettent d'échapper à la répression lorsque l'acte, alors qu'objectivement infractionnel, n'est pas pour autant antisocial. Ces mécanismes que sont les causes d'irresponsabilités pénales permettent d'anéantir les poursuites⁵. Classiquement, la doctrine distingue les causes d'irresponsabilité subjectives des causes d'irresponsabilité

n° 274, p.512).

1. Cf. *supra* n° 357, p. 185.

2. D. THOUVENIN, « La construction juridique d'une atteinte au corps humain », *Hors-Série Justices*, 2001, spec. p. 119. *Contra*, G. GOUBEUX écrivait que les droits de la personnalité assurent d'un « point de vue juridique la protection de la personnalité ». (G. GOUBEUX, *Droit civil : Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 270, p. 243). La patrimonialisation n'aurait donc pas pour objectif la circulation des éléments du corps humain, mais avant tout la protection de la personnalité.

3. Cass. 1^{re} civ., *SNC Prisma Press c. Mme G.*, 5 nov. 1996, *GAJC*, n° 20.

4. Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, *Bull. Civ.*, n° 09-67456.

5. Et non d'amoindrir la peine comme c'est le cas des circonstances atténuantes.

objectives¹.

363. Les causes d'irresponsabilité subjectives. Les causes d'irresponsabilité subjectives dépendent de la capacité qu'avait l'agent à éviter la commission de l'infraction. Ainsi, l'agent dont le discernement a été aboli ou celui dont le libre arbitre a été contraint — par violence par exemple —, n'a-t-il pas eu la possibilité d'éviter la commission de l'infraction. Ces causes d'irresponsabilité indépendantes des circonstances et liées aux caractéristiques de la personne ne peuvent nous aider dans notre entreprise de définition parce qu'elles sont rétives à toute systématisation². Par ailleurs, il faut noter qu'en vertu de l'article 414-3 du code civil³, la responsabilité civile reste applicable. En effet, l'irresponsabilité pénale subjective ne peut être invoquée qu'une fois le prévenu déclaré coupable d'une infraction objectivement constituée et injustifiée⁴.

364. Les causes d'irresponsabilité objectives. Restent alors les causes d'irresponsabilité objectives. Celles-ci « correspondent à la réalisation d'une infraction, mais qui ne peut donner lieu à des poursuites ou à une condamnation malgré son existence, ceci sur des considérations étrangères à son auteur⁵. » Le droit reconnaît ainsi que des faits pratiqués alors que la loi qui fondait la répression n'existait pas ou a été abrogée au moment du jugement ne doivent pas être poursuivis. Il reconnaît par ailleurs que certaines infractions sont justifiées. Dans ce cas, le droit pénal va dans le sens de la « société [qui] ne saurait trouver à redire à⁶ » l'existence de l'infraction. En effet, l'engagement de la responsabilité pénale « ne recoupe plus l'objectif premier du droit pénal, qui est de sanctionner ce qui va à l'encontre des intérêts supérieurs de la société⁷ ». Puisque la commission de l'infraction ne viole pas l'intérêt sous-jacent que protège l'infraction pénale, la répression n'a plus lieu d'être. Ainsi, nous nous trouvons dans la situation de l'acte médical : les violences corporelles qu'il constitue restent impunies lorsqu'elles sont réalisées dans un contexte et un but spécifique « qui fait qu'elles sont plus utiles à la société

1. Cf. par ex. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010, p. 418 et 469.

2. En faisant œuvre de fiction, il aurait été possible de proposer que le praticien de la médecine puisse bénéficier d'une cause d'irresponsabilité subjective à raison de son métier. Mais c'eût été une solution à la fois techniquement mal commode et politiquement inacceptable puisque revenant à décharger les praticiens de toute responsabilité. La doctrine s'est récemment — et unanimement — opposé à une lecture extensive de l'article 16-3 du code civil tel que modifié en 2000. Il était en effet possible de lire l'article comme autorisant par principe les médecins à atteindre le corps. Cf. sur cette question *infra* n° 507 et s., p. 252 et s.

3. Au terme duquel « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. »

4. Sur les différentes phases du procès, cf. J.-P. DOUCET, *La nature juridique de l'état de nécessité in La diversité du droit*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. TERRÉ, Bruylant, 2012. Il décrit 5 phases du procès pénal : 1) la vérification par le juge de la correspondance entre les faits et l'incrimination pénale 2) l'étude des faits justificatifs objectifs 3) le rattachement de l'infraction constatée au prévenu 4) la constatation des hypothétiques causes d'irresponsabilité subjectives 5) le prononcé de la peine.

5. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010, n° 394, p. 418.

6. *Ibid.*, n° 399, p. 421.

7. *Ibid.*, n° 399, p. 421.

que la non-violence¹ ».

365. La diversité des causes d'irresponsabilité pénales objectives. Le droit organise un certain nombre de justifications générales² que sont l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité.

Ainsi, dans un arrêt préfigurant l'*Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*³, la chambre criminelle écrivait que « d'après les articles 327, 328 et 329 du code pénal, les blessures faites volontairement ne sont réputées n'être crime ni délit que lorsqu'elles ont été commandées, soit par l'autorité légitime d'après l'ordre de la loi, soit par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ; que, hors ces cas et ceux où la loi les autorise à raison d'une utilité par elle reconnue, les blessures volontaires sont crime ou délit, suivant les circonstances déterminées par les articles 309 et suivant du code pénal, et doivent conséquemment donner lieu à des poursuites contre celui qui est prévenu d'en être l'auteur ou le complice⁴. »

366. Les causes d'irresponsabilité en droit civil. En matière civile, l'analyse des causes d'irresponsabilité est moins poussée. Néanmoins, le récent alinéa premier de l'article 1257 de l'avant-projet de loi de la responsabilité civile est venu préciser l'applicabilité de ces mécanismes en droit civil. Il dispose que « Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur. » Les causes d'irresponsabilité civile objectives sont donc calquées sur les dispositions pénales⁵.

367. Les justifications de l'activité médicale. Des quatre faits justificatifs que sont l'autorisation de la loi, le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité et la légitime défense, seul le premier s'appliquerait (§ 2.), ce qui se déduit de l'exclusion des trois autres faits justificatifs (§ 1.).

1. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010, n° 399, p. 422.

2. Il connaît aussi un certain nombre de justifications spéciales telles que l'exception de vérité prévue à l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 et désarmant le délit de diffamation. *Ibid.*, n° 401, p. 425.

3. Cass. crim., *Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, 1^{er} juin 1937, *S.*, I, p. 193.

4. Cass. crim., *Mongenot*, 13 août 1813, *S.*, 1913.I.417. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle un praticien avait amputé un patient d'une phalange (sûrement celle de l'index de sa main maîtresse) afin de le faire réformer de la conscription.

5. Mise à part une certaine confusion entre légitime défense et nécessité. Nous remercions sur ce point Alice DEJEAN DE LA BÂTIE pour sa compétence dans ce domaine et ses lumières sur cet article.

§ 1. Exclusion de la légitime défense, du commandement de l'autorité légitime et de l'état de nécessité

368. Exclusion de la légitime défense. La légitime défense, bien qu'elle puisse parfaitement être appliquée au praticien de la médecine dans l'exercice de ses fonctions¹, ne s'appliquera pas à l'acte médical lui-même. L'acte médical ne saurait en effet constituer « un acte de défense² » « commandé par la nécessité de la légitime défense³ » de la personne commettant l'acte ou d'autrui. En d'autres termes, l'acte médical ne saurait constituer une riposte nécessaire à la lutte contre une atteinte injustifiée. Nous pourrions tout au plus penser que certains actes médicaux servent à *prévenir* une atteinte injustifiée⁴.

369. Exclusion du commandement de l'autorité légitime. Le commandement de l'autorité légitime est prévu par le second alinéa de l'article 122-4 du code pénal. Il est possible de trouver des hypothèses de commandements de l'autorité légitime en matière d'actes médicaux, notamment en matière d'actes médicaux nécessaires aux opérations d'expertise.

370. Le déroulement du procès autorise en effet le juge à demander à un expert de statuer sur une question précise. Dès lors, il commande au médecin un acte de diagnostic, acte qui n'a aucune autre justification que celle de répondre à la question du juge, autorité légitime à poser une telle question et à en solliciter la réponse à l'expert⁵.

371. Les codes de procédure pénale et civile insistent sur le caractère technique de la mission de l'expert⁶ afin de réserver au juge les conclusions qu'il peut tirer des informations techniques obtenues par l'expertise. La mission de l'expert — et donc le but qui lui sera assigné — est fixée par le juge. L'expert a ensuite une certaine liberté pour déterminer les actes nécessaires à l'obtention des réponses aux questions qui lui sont posées. Il en va de même en matière d'accident de la route où l'assureur peut demander à la victime de se présenter devant un expert pour que soit pratiqué un examen médical⁷. Lors de cet examen médical, des actes diagnostics

1. Cf. l'exemple rapporté par *Droit pénal médical*. P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013, n° 137, p. 87.

2. Art. 122-5 al. 2 CP.

3. Art. 122-5 al. 1^{er} CP.

4. Cf. not. les actes de psychiatrie sans consentement.

5. Sur l'expertise, cf. *infra* n° 675 et s., p. 322 et s.

6. Cf. art. 232 CPC et art. 158 CP. En matière pénale, les « médecins ou psychologues experts » peuvent examiner le mis en examen hors de la présence de son avocat et du juge. Il y a là la traduction du colloque singulier.

7. L'article R. 211-43 du code des assurances (issu du *Décret n° 88-261 du 18 mars 1988* relatif à la codification de textes réglementaires concernant les assurances) dispose qu'« en cas d'examen médical pratiqué en vue de l'offre d'indemnité mentionnée à l'article L. 211-9, l'assureur ou son mandataire avise la victime, quinze jours au moins avant l'examen, de l'identité et des titres du médecin chargé d'y procéder, de l'objet, de la date et du lieu de l'examen, ainsi que du nom de l'assureur pour le compte duquel il est fait. Il informe en même temps la victime qu'elle peut se faire assister d'un médecin de son choix. »

sont pratiqués et, au besoin, ceux-ci peuvent être invasifs¹. En matière d'accidents médicaux, l'expertise semble avoir été adaptée des expertises pénales et civiles : des experts inscrits sur une liste nationale des experts en accidents médicaux² sont chargés d'une expertise contradictoire³.

L'ensemble de ces textes indique que l'expertise médicale supposant un examen médical est courante et acceptée. La question de savoir si celle-ci est pratiquée en vertu d'un commandement de l'autorité légitime ou d'une autorisation de la loi ne peut être totalement tranchée. En effet, si c'est le juge qui ordonne l'expertise, dans les domaines des accidents de la circulation et des accidents médicaux, ce sont les acteurs non judiciaires de l'indemnisation qui organisent eux-mêmes l'expertise, mais le tout est effectué en vertu des textes qui les y autorisent. Ainsi, l'expertise oscille-t-elle entre autorisation de la loi et ordre de l'autorité légitime sans que cela semble avoir un impact sur sa nature et son régime. En effet, ces actes diagnostics semblent avoir un régime tout à fait similaire à celui des actes médicaux diagnostics « classiques » : il ne peut y avoir d'expertise sans le consentement de la personne et celle-ci doit être effectuée par une personne compétente.

En conséquence, et puisqu'il ne semble pas y avoir de différence majeure dans les effets qu'aurait le commandement de l'autorité légitime, il faudrait s'en rapporter au régime de l'autorisation de la loi, maître dans le domaine. Il faut d'ailleurs reconnaître que leur parenté est traduite dans le code pénal puisque le commandement de l'autorité légitime prend place au second alinéa de l'article 122-4, juste après l'autorisation de la loi. La raison est que le commandement de l'autorité légitime peut être conforme à la loi : le commandement respecte alors la hiérarchie des normes puisqu'il ne fait que relayer des dispositions légales⁴. C'est le cas pour l'expertise. Cependant, le commandement de l'autorité légitime peut aussi être exercé contre la loi. Dans ce cas il s'agit de savoir qui du commandement ou de la loi doit prévaloir. Il ne semble pas que nous puissions trouver de tels cas de conscience en matière d'acte médical puisqu'il semble difficile que le commandement de l'autorité légitime puisse faire exception à certaines règles — comme le consentement — contenues dans l'autorisation de la loi.

372. Nous concluons ainsi que l'ordre de l'autorité légitime est, en matière d'actes médicaux, difficilement séparable de l'autorisation de la loi. En conséquence, c'est l'autorisation de la loi qui prime sur l'ordre de l'autorité légitime et celle-ci ne peut servir de fondement pour l'acte médical.

1. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON indiquent que cet examen, « pratiqué en principe au cabinet de l'expert [...] relève de la stricte science médicale. Des examens complémentaires peuvent parfois être nécessaires pour établir avec le maximum d'exactitude l'état du blessé : radiographie, imagerie médico-légale, analyses biologiques ». Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel : Systèmes d'indemnisation*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2012, n° 71, p. 90.

2. Art. L. 1142-10 CSP.

3. Les parties peuvent être assistées d'une personne de leur choix.

4. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010, n° 416, p. 445.

373. Exclusion de l'état de nécessité. L'état de nécessité peut être envisagé pour justifier la pratique des actes médicaux. Il peut être défini comme « la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale¹. » Il est aujourd'hui défini à l'article 122-7 du code pénal comme étant l'action de « 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. » Il s'agit donc de l'application d'une justice distributive en ce qu'en faisant application de l'état de nécessité, « on a distribué un mal pour en éviter un autre². »

374. Les conditions de l'état de nécessité. L'état de nécessité requiert, pour justifier la commission de l'infraction, la démonstration d'un danger « actuel ou imminent » pesant sur une personne ou sur un bien et une action proportionnée ayant pour but la « sauvegarde » d'une personne ou d'un bien. En théorie, cela revient à exiger que « l'intérêt sauvegardé doive avoir une valeur supérieure à celle de l'intérêt sacrifié³. » C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans l'arrêt *Lesage*, cassé l'arrêt d'appel qui ne procédait pas à cette « pesée » des intérêts⁴.

Quant aux intérêts protégés, l'interprétation du code pénal est assez large puisqu'il est admis qu'une norme pénale puisse être violée pour éviter des dommages corporels⁵, pratiquer une profession⁶ ou préserver l'honneur de la personne⁷. Il semble qu'il ne faille ainsi pas prendre au pied de la lettre la référence de l'article 122-7 du code pénal aux menaces pesant sur une personne ou un bien. Il faut entendre la menace plus largement, c'est-à-dire au sens d'intérêt légitime.

375. Le régime de l'état de nécessité. Le régime juridique des actes infractionnels auxquels sont reconnus l'état de nécessité consiste en la simple irresponsabilité pénale objective de l'agent. L'infraction reprochée est donc inexistante et il n'y a aucune responsabilité pénale engagée⁸.

Il en va de même pour la responsabilité civile. Les auteurs s'accordent pour indiquer que l'état de nécessité constitue aussi une cause d'exonération en droit civil⁹, dès lors que la responsabilité

1. Attribué à Charles DE KISSCHER cité dans « l'état de nécessité et le droit pénal » de FORTIERS p. 343 cité par CA Colmar, *Régina Robert c/ Ministère public*, 6 déc. 1957, *D.*, 1958, p. 357.

2. R. SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle in Etudes Capitant*, Dalloz, 1930, p. 730.

3. H. PELLETIER et J. PERFETTI, *Code pénal*, LexisNexis, 2014, 27^e ed., daté de 2015, p. 84, et s. art. 122-7, n° 8.

4. Cass. crim., *Lesage*, 28 juin 1959, *GAJP*, n° 24.

5. Pour l'admission de l'état de nécessité pour prévenir des atteintes rénales : CA Papeete, *Marchand c/ Ministère Public*, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-188514.

6. Cass. crim., 21 jan. 1959, *Bull. crim.*, n° 60.

7. Cass. crim., 11 fév. 2003, *Bull. crim.*, 29, n° 01-86685 et n° 01-86696.

8. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis, Dalloz, 2013, 23^e éd. n° 432, p. 363.

9. Cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 2. Le fait juridique, Collection U, Armand Collin, 2011, 14^e ed. n° 116, p. 140. Ils indiquent que « la reconnaissance des faits justificatifs est dans la logique de l'appréciation de la faute *in abstracto*. » et R. SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile*

est une responsabilité pour faute¹. C'est cette interprétation que retient l'avant-projet de loi relatif à la réforme de la responsabilité civile lorsqu'il prévoit un article 1257 du code civil au titre duquel « Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur. »²

Cette position s'appuie sur le fait que la faute est entièrement justifiée comme étant un comportement bon pour la société, ce qui lui ôte toute nature fautive. L'état de nécessité permet de faire exception aux règles instituées en ôtant à l'inapplication du droit son caractère fautif. En effet, dans les cas d'application de l'état de nécessité, c'est le respect de la norme lui-même qui devient injuste. Cela fonde alors l'inactivation de la norme pour permettre au justiciable d'agir justement. L'état de nécessité permet d'atteindre le but recherché pour l'acte médical : lever toute responsabilité pour celui qui, dans le but d'éviter un mal à autrui, lui en cause un plus faible ou égal³. Le moyen qu'utilise l'état de nécessité est de faire disparaître l'aspect normalement fautif de l'acte d'autrui sur le corps.

376. Application de l'état de nécessité aux actes médicaux. L'état de nécessité répond alors à son régime autonome et à celui-là seulement : l'exigence d'une balance entre les deux intérêts en jeu qui se retrouvent paradoxalement être le même pour l'acte médical. C'est-à-dire : la violation de l'intégrité physique et la conservation de l'intégrité physique. On viole ainsi un intérêt pour mieux le préserver. Cela démontre que la violation de l'intérêt protégé qu'est l'intégrité corporelle est outrepassée par le danger qui menace cette même intégrité corporelle. Cela revient à affirmer que, pour conserver la vie ou l'intégrité de la personne, il est parfois nécessaire d'attenter à l'intégrité.

Cette nécessité pourrait présenter l'intérêt de permettre l'usage du régime de l'état de nécessité qui présente une simplicité cruciale pour certains actes médicaux, notamment urgents. C'est ce qu'a proposé la doctrine, suivie par la jurisprudence⁴. Ainsi, commentant un arrêt⁵, E. GARÇON note-t-il que « le [...] délit n'était justifié ni par la permission de la loi, puisque l'expérience n'avait pas un but curatif pour le malade ; ni par l'état de nécessité, car personne ne pensera qu'un médecin ait le droit de sacrifier une vie humaine pour sauver, peut-être, d'autres existences par une découverte scientifique⁶. » Cette opinion était partagée *mutatis dissendis* par

extracontractuelle in Etudes Capitant, Dalloz, 1930.

1. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Thémis droit, Presses universitaires de France, 2013, p. 98.

2. Cette question sera évoquée dans la thèse de A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, Université Panthéon-Assas (Paris II), URL : <http://www.theses.fr/s93237>, Thèse en préparation depuis 2013.

3. Pour reprendre le titre de R. SAVATIER « Mal causé à autrui comme seul moyen d'éviter à la même personne un mal plus grand ou égal ». Voir aussi R. SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle in Etudes Capitant*, Dalloz, 1930, p. 742.

4. « Les blessures faites volontairement ne sont réputées n'être ni crime ni délit que lorsqu'elles ont été commandées, soit par l'autorité légitime d'après l'ordre de la loi, soit par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». Cass. crim., *Mongenot*, 13 août 1813, *S.*, 1913.I.417. L'arrêt est rapporté par E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Librairie Sirey, 1956, Tome deuxième (art. 295 à 401), Art. 295, n° 235.

5. CA Lyon, 15 déc. 1859, *D.* 1859.3.87,

6. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Librairie Sirey, 1956, Tome deuxième (art. 295 à 401), Art. 309 à 311,

H. DONNEDIEU DE VABRES pour qui, « pour écarter l'inculpation de meurtre ou de coups et blessure, il faut mieux faire intervenir [...] l'autorisation légale¹ » avant de préciser qu'« en règle générale, [le] consentement — qu'il émane du patient lui-même ou de ses représentants légaux, ce qui dépend de l'âge, du sexe, des circonstances — est requis », mais que cette « obligation fléchit dans les cas “urgents”². » Cela revient à considérer que l'état de nécessité peut justifier l'acte médical³. Une telle doctrine a perduré et s'est répandue, notamment dans la doctrine médicale. Ainsi Br. PY relève-t-il dans sa thèse⁴ que Robert Saury, vice-président de la section « éthique et déontologie » du Conseil national de l'Ordre des médecins, écrivait que « l'état de nécessité est tout d'abord le seul fait justificatif qui autorise le praticien à porter atteinte à l'intégrité physique de son malade⁵. » Cette doctrine a ainsi conduit à ce que soient imposées des transfusions sanguines à des personnes les refusant. Les juges se sont, entre autres, fondés sur l'urgence de l'intervention et le risque vital⁶.

377. Néanmoins, une telle position ne semble plus pouvoir être tenue comme le dénonce la doctrine⁷. En effet, depuis la création de l'article 16-3 par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* et la réaffirmation de l'exigence du consentement par la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, cela reviendrait à organiser un contournement de cette exigence grâce à une interprétation *contra legem* de l'article 16-3 du code civil alors que celui-ci est très clair sur un point : il est nécessaire de rechercher le consentement. Si cet article requiert la qualification d'une « nécessité médicale »⁸, il serait délicat d'invoquer l'état de nécessité pour amputer l'article 16-3 du code civil d'un de ses deux éléments. Une telle interprétation serait très dérangeante en ce qu'elle reviendrait à refuser de reconnaître la nécessité du consentement et l'efficacité du refus de soins⁹.

378. Néanmoins, le régime des règles relatives au consentement laisse une certaine place à l'urgence. Ainsi, l'information apportée avant l'acte peut-elle être limitée voire supprimée¹⁰.

n° 87, p.79.

1. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du recueil Sirey, 1947, 3^e édition, n° 424, p. 245.

2. *Ibid.*, n° 424, p. 246.

3. En revanche, il faut rappeler, comme nous l'avons vu *supra* n° 258, p. 128 que l'état de nécessité peut intervenir pour faire exception aux cas d'exercice illégaux de la médecine. Cf. sur ce point E. DREYER, *Droit pénal général*, Manuel, LexisNexis SA, 2014, 3^e éd. n°s 1220 et s., p. 863 et s.

4. Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 203.

5. R. SAURY et A. CASTALDO, *L'éthique médicale et sa formulation juridique : approche médico juridique des grands problèmes éthiques*, Montpellier : Sauramps médical, 1991, p. 37.

6. Cf. *infra* n° 478 et s., p. 240 et s.

7. Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 203.

8. Cette nécessité médicale est, selon certains auteurs, distincte de la nécessité de l'état de nécessité. Cf. sur ce point *Ibid.*, p. 203, L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n°s 77 et s., p. 66 et s.

9. Sur l'efficacité du refus de soins, cf. *infra* n° 477 et s., p. 240 et s.

10. Art. L. 1111-4 al. 4 CSP.

Pareillement, le consentement du tiers de confiance ou des proches en cas d'impossibilité pour la personne de consentir peut être évité¹. Enfin, les règles encadrant normalement certaines procédures peuvent être drastiquement limitées. Il en va ainsi en cas d'hospitalisation sans consentement² ou de certaines règles relatives à la contraception³ ou à l'avortement⁴. Par ces encadrements, le droit prévient et organise les cas de conscience en faisant lui-même exception aux règles qu'il instaure⁵.

379. Mais, dans tous les cas, l'état de nécessité ne peut permettre de faire exception à l'exigence du consentement en matière d'urgence. Il reste donc, pour expliquer l'autorisation des actes médicaux, l'autorisation de la loi.

§ 2. L'applicabilité de l'autorisation de la loi

380. Ordre ou autorisation de la loi ? En ce qui concerne la justification d'infractions par l'effet de la loi, le premier alinéa de l'article 122-4 du code pénal vise l'« acte prescrit ou autorisé » par la loi. Il est donc nécessaire de distinguer l'ordre et l'autorisation de la loi.

L'acte médical, en ce qu'il obéit aux principes d'opportunité et de proportionnalité, est profondément rétif à ce que certains actes soient obligatoires du fait de la loi. L'acte médical obligatoire en vertu de la loi recourt alors à un ensemble de contraintes indirectes exercées sur le patient et jamais sur le praticien. Celui-ci est toujours libre de refuser et aucun texte ne lui impose de pratiquer un acte médical. Ainsi, les « clauses de conscience » ne font-elle que rappeler le principe général de la liberté thérapeutique qui, réserve faite du refus discriminatoire ou mettant en danger la personne⁶, permet au praticien de refuser de pratiquer un acte, sans que ce refus ne puisse être fautif.

381. L'ordre de la loi n'est donc pas adapté pour expliquer l'absence de sanction des praticiens de la médecine. L'autorisation de la loi semble donc plus adaptée et cohérente. Cette autorisation de la loi a évolué. Avant 1994, l'acte médical bénéficiait d'une autorisation implicite (A.) qui a ensuite été introduite dans le code civil par les lois de bioéthique (B.).

1. L. 1111-12 CSP.

2. Cf. L. 3212-3 CSP.

3. Cf. la dérogation accordée aux infirmières scolaires pour délivrer une « pilule du lendemain ». Art. L. 5134-1 al. 3 CSP. Voir aussi sur ce sujet le récent Décret n° 2016-683 du 26 mai 2016 *relatif à la délivrance de la contraception d'urgence par les infirmiers scolaires*.

4. Cf. not. l'article L. 2213-1 du code de la santé publique qui vient raccourcir le délai de réflexion applicable à l'interruption volontaire de grossesse en cas d'urgence.

5. Reste que, dans bien des cas, l'urgence reste un concept indéfini. Dès lors, c'est aux acteurs de définir ce qu'ils considèrent comme une urgence, ce qui revient à leur confier une soupape pour éviter que l'exigence d'un consentement ne finisse par se transformer en une mise en danger du corps. Il revient naturellement au médecin de certifier qu'il s'agit d'une urgence (cf. les articles L. 6252-2 et L. 6312-1 CSP) ce qui place la détermination de ces situations hors du droit.

6. Il est ainsi possible d'analyser la répression de la non-assistance à personne en péril comme un ordre de la loi. Néanmoins, dans l'acte urgent, le praticien garde sa liberté. Il n'est ainsi pas obligé d'agir, mais obligé de prêter assistance, ce qui ne suppose pas un acte médical.

A. Avant 1994 : l'acte médical hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la coutume

382. L'autorisation de la coutume. Bien que l'article 122-4 du code pénal vise expressément les « dispositions législatives ou réglementaires », la doctrine¹ a reconnu à la coutume une efficacité pour légitimer les actes illégaux.

383. Avec l'acceptation des risques en matière sportive², l'acte médical est même une très belle illustration de cette reconnaissance. Ainsi, avec les doctrines pénaliste³, civiliste⁴ et médicale⁵, la jurisprudence accorde à l'acte médical le bénéfice de la justification issue de l'autorisation de la loi en l'absence de loi spéciale⁶, ce qui constitue alors une reconnaissance de l'efficacité de la coutume pour justifier les infractions commises à l'occasion d'actes médicaux. Cette coutume accorde au praticien de la médecine une justification, dès lors qu'il cantonne son activité à des actes « curatifs »⁷.

384. Traduction de la coutume dans les textes. L'explication souvent avancée est que la loi autorise implicitement ces actes. A. VITU et R. MERLE voient ainsi que « la permission chirurgicale ou médicale de porter atteinte à l'intégrité corporelle des malades est implicitement contenue dans les textes qui organisent la profession médicale⁸. » E. GARÇON note quant à lui que « la véritable justification du médecin se trouve dans la permission de la loi. Le législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant l'exercice de la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif lorsqu'il est appelé par le malade⁹. »

1. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Editions Cujas, 2008, n° 319, p. 309, M. DANTI-JUAN, *Ordre de la loi in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, oct. 2010, Art. 10.

2. Pour son admission, cf. Cass. crim., 21 oct. 1965 ; *D.*, p. 28.

3. « Le législateur, en conférant les diplômes, autorise les médecins à faire tous les actes à but curatif lorsqu'il est appelé par le malade. » (L. BODELET, *Le Risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Dijon, 1932, p. 48, cité par L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 163, p. 122 et par Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 167.) « Le but curatif exonère le chirurgien de toute responsabilité pénale à l'occasion des blessures qu'il inflige volontairement au malade. » (A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, avec une introd. de G. LEVASSEUR, L.G.D.J., 1960, n° 431, p. 297).

4. « Seul l'acte à finalité curative est licite ». (S. HOCQUET-BERG et Br. PY, *La responsabilité du médecin*, Droit professionnel, Heures de France, 2006, n° 210, p. 109).

5. Les commentaires du code de déontologie médicale de Jean-Louis RENÉ (cités par : D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485) analysent l'article 41 prévoyant qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux » comme suit : « C'est l'existence d'un *objectif thérapeutique* sérieux qui différencie la mutilation chirurgicale des coups et blessures volontaires ». Il poursuit plus loin en disant que cet acte pour être distingué des coups et blessures volontaires doit « être justifié par des *raisons médicales*. »

6. Cf. spec. Cass. crim., *Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, 1^{er} juin 1937, *S.*, I, p. 193 et Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, p. 591, n° 90-84420.

7. Sur la définition de la thérapeutique, cf. *infra* n° 572 et s., p. 283 et s.

8. A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel Tome 1 Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e éd., Paris : Editions Cujas, 1997, n° 472, p. 597.

9. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Librairie Sirey, 1956, Tome deuxième (art. 295 à 401), art. 309 à 311, n° 83, p. 78. Nous notons que E. GARÇON assimile la coutume à la loi, ce qui fait penser qu'il vise le caractère

Ainsi, des « lois organisant la profession médicale [...] découlent le pouvoir *implicite* de soigner les maladies¹. » Il eut en effet été absurde d'organiser et de réglementer des professions en leur interdisant en même temps la pratique de leur art.

385. La création d'autorisations de la loi spécifiques pour les actes non thérapeutiques. Si, pendant un temps, ont été réprimés les actes médicaux non thérapeutiques tels que ceux de recherche biomédicale² ou de chirurgie esthétique³, les actes médicaux non thérapeutiques ont cependant été spécialement autorisés par la loi.

Il en a été ainsi successivement de l'avortement volontaire⁴, du prélèvement d'organes et de tissus⁵, et des recherches scientifiques⁶. Pendant que la loi procédait à des dérogations, la jurisprudence a progressivement toléré — en refusant de la réprimer — la chirurgie esthétique. Ce faisant, elle a fixé des règles précises à cette pratique⁷ qui seront reprises plus tard à l'article L. 6322-2 du code de la santé publique⁸. Ainsi, par *a fortiori*, étaient autorisés les actes médicaux non thérapeutiques.

386. L'acte médical était donc autorisé au bénéfice d'une autorisation tacite de la loi. Cette autorisation tacite a cependant été formalisée dans la loi.

implicite de celle-ci.

1. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

2. Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, p. 591, n° 90-84420. Les faits datent de 1980, soit avant la Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales.

3. Ainsi, « le fait même pour un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain dans le seul but de corriger la ligne [...] constitue une faute en soi. » Trib. Seine, 1^{er} avr. 1955; *D.*, p. 563, note GOLLÉTY.

4. Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, révisée par la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

5. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

6. Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales, révisée par la Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

7. Notamment pour ce qui concerne l'étendue de l'information préalable. Celle-ci doit porter sur les risques exceptionnels (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1969, *Bull. civ.*, I, n° 347, CE, *Melle Durand*, 15 mar. 1996, *Rec. Lebon*, p. 85) « mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter » (Cass. 1^{re} civ., *Union des assurances de Paris (UAP) c/ Mme X... et alli*, 17 fév. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 45, p. 45). Il faut noter que cet arrêt vient qualifier les actes de chirurgie esthétique « d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique ». Enfin, le juge est aussi très attentif au respect de la balance-bénéfice/risque en matière de soins esthétiques. (Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 16, n° 90-10870).

8. Chr. CORMIER, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.

B. Après 1994 : l'acte médical hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la loi

387. A l'occasion des lois dites « de bioéthique », le législateur, dans un effort de synthèse, a souhaité codifier l'autorisation de la coutume.

388. **L'intention du législateur : traduire l'autorisation de la coutume.** Cette volonté se trouve dès le projet de loi. Celui-ci¹ propose d'ajouter au code civil un article 19 rédigé comme suit :

« Art. 19. - Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé hors le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ou sauf dispense de la loi.

Le consentement ne justifie l'atteinte à l'intégrité du corps que si celle-ci est fondée sur un intérêt légitime.² »

L'intention est claire. Ainsi, J. TOUBON affirme ainsi que « ce texte introduit l'un des principes qu'en filigrane nous allons appliquer dans les trois projets de loi et qui est au cœur même de notre débat sur l'éthique biomédicale : la nécessité thérapeutique, l'indication médicale. De quoi s'agit-il ? De soigner, de la responsabilité des médecins qui soignent les malades ! Ne retenons pas d'autres critères qui ne pourront être ni vérifiés ni définis sous la responsabilité du médecin³. » J.-Fr. MATTEI ajoute que « l'intervention thérapeutique dans le cadre de l'intérêt du malade est une notion qui existe d'ores et déjà dans la pratique médicale, et je ne vois pas l'intérêt de la préciser à nouveau⁴. »

L'intention du législateur est donc parfaitement claire et, après quelques évolutions de la formulation⁵, le texte, déplacé à l'article 16-3⁶ se stabilise en seconde lecture à l'Assemblée⁷.

1. Projet de loi n° 2599 *relatif au corps humain et modifiant le code civil*.

2. Cette rédaction est citée dans le compte rendu intégral, *Assemblée Nationale, 3e séance du 20 novembre 1992, compte rendu intégral des débats*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 5835.

3. *Ibid.*, p. 5840.

4. *Ibid.*, p. 5839.

5. Ainsi, en première lecture à l'Assemblée nationale, un amendement (amendement n° 5) vient réécrire comme suit l'article : « La nécessité thérapeutique ou la loi autorisent seules une atteinte à l'intégrité du corps humain.

Le consentement éclairé de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ou sauf dispense de la loi.

L'intervention ne peut avoir pour effet de porter atteinte à la santé d'autrui et à celle des générations futures. »

Il faut aussi noter que le Sénat a modifié le texte comme suit : « Art. 16.3. - II ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique ou médicale et après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli à moins que l'état de celui-ci rende nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. » (*Assemblée Nationale, 1^{re} séance du 19 avril 1994, compte rendu intégral*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/10/cri/1993-1994-ordinaire2/015.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 922). Concernant l'opportunité de viser la nécessité médicale au lieu de la nécessité thérapeutique Cf. *infra* n° 519 et s., p. 258 et s.

6. Texte n° 77 (1993-1994) adopté avec modifications par le Sénat le 20 janvier 1994.

7. Avec l'adoption de l'amendement n° 10 de J. BIGNON et J.-Fr. MATTEI. Celui-ci est ainsi libellé : « Il ne

L'impression qui habite le commentateur est alors celle d'une création évidente. Cet article est né d'une trop forte évidence, d'autant plus forte qu'elle est presque inconsciente. La doctrine laisse parfois transparaître cette évidence. Ainsi, Y. MAYAUD écrit-il dans son manuel de *Droit pénal général* que les « violences chirurgicales, [...] trouvent leur justification dans l'intérêt thérapeutique du patient, lequel crédibilise et légitime l'acte pour rejoindre ce que la loi ne peut qu'autoriser à l'avantage d'un mieux-être » avant de préciser qu'en la matière « point n'est besoin de légiférer, sauf à fixer certaines conditions de précaution » comme en matière de chirurgie esthétique¹.

389. Le lieu de cette traduction : le code civil. Le choix d'insérer cette disposition au sein du code civil est neutre concernant son efficacité.

En effet, la norme pouvant fonder une justification d'infraction sur le fondement de l'article L. 122-4 du code pénal peut être une « disposition législative ou réglementaire ». En application du mécanisme de parallélisme des formes, les tolérances ou autorisations administratives ne peuvent servir de fondement à une autorisation de la loi même s'ils justifient une infraction édictée par une loi². Concernant les dispositions législatives, la loi civile a « pleine efficacité³ » et peut ainsi faire exception à la loi pénale. La position des auteurs est beaucoup plus nuancée pour les dispositions légales non pénales dont la jurisprudence a modulé l'efficacité en fonction des domaines⁴. En ce qui concerne les actes médicaux, les auteurs classent les lois qui les autorisent parmi les cas pour lesquels « la justification est admise sans hésitation⁵ ». Ainsi, l'acte médical autorisé par une loi non pénale est-il parfaitement justifié au plan pénal.

La non-répression des actes non thérapeutiques s'explique aussi par le fait que les normes autorisant ces nouvelles activités sont pour partie issues des premières « lois de bioéthique ». Ces lois ont la particularité de transcender les matières juridiques en mêlant une multitude de droits dont le droit pénal. Il faut ajouter que l'esprit de ces lois était naturellement de faire échapper au droit pénal ces activités, ce qui se manifeste dans certains de leurs articles dérogeant expressément à la loi pénale⁶. Ainsi, le choix du code civil n'est-il pas gênant puisque celui-ci

peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. » (*Assemblée Nationale, 1^{re} séance du 19 avril 1994, compte rendu intégral*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/10/cri/1993-1994-ordinaire2/015.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 924).

1. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010, n° 410, p. 438.

2. Cass. crim., 11 fév. 1976, *Bull. crim.*, p. 130, n° 74.92067.

3. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., Référence, Editions Cujas, 2014, n° 356, p. 308.

4. Cf. sur cette modulation *Ibid.*, n° 357, p. 311, Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2009, 16^e ed. n° 705, p.679, A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel Tome 1 Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e éd., Paris : Editions Cujas, 1997, n° 471, p. 595.

5. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., Référence, Editions Cujas, 2014, n° 357, p. 311.

6. Cf. ainsi, *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* relative à l'interruption volontaire de grossesse, art. 2. Celui-ci dispose qu'« est suspendue [...] l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du code pénal lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un

peut servir à faire exception à un article du code pénal.

390. Le résultat : l'article 16-3 du code civil. Avec la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, l'autorisation coutumière est finalement inscrite à l'article 16-3 du code civil. Ainsi, l'acte médical est-il autorisé par cet article au terme duquel :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

Le texte de l'autorisation de la loi a été plus tard modifié pour ne plus viser la « nécessité thérapeutique », mais la « nécessité médicale »¹.

La doctrine a pris acte de cette inscription dans la loi. Ainsi les manuels mentionnent-ils l'existence d'une autorisation de la loi² et certains auteurs, spécialisés dans le droit pénal médical, ont étudié ce mécanisme dans leurs travaux³ ou dans un manuel *ad hoc*⁴.

391. Dès lors, le régime des actes médicaux sur le corps humain sera soumis⁵ aux deux règles édictées par l'article 16-3 : l'exigence d'une nécessité médicale et d'un consentement.

médecin [...]. »

1. Sur ces questions, *cf. infra* n° 502 et s., p. 251 et s.

2. *Cf.* ainsi M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 12^e éd., Sirey université, Dalloz, 2008, n° 55, p. 49. Il faut cependant noter que l'exemple n'est pas commun à tous les manuels. *Cf.* ainsi Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2008, 15^e éd. n°s 742 et s., p. 699 et s. E. DREYER, *Droit pénal général*, Manuel, LexisNexis SA, 2014, 3^e éd. n°s 1220 et s., p. 863 et s. (il mentionne cependant la possibilité de ne pas poursuivre pour exercice illégal de la médecine lorsqu'un soin urgent est apporté par un non-médecin), B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis, Dalloz, 2013, 23^e éd. n°s 426 et s., p. 358 et s. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, avec une préf. de J. LARGUIER, Collection U, Armand Colin, 2004, n°s 244 et s., p. 146 et s.

3. Br. PY qui a beaucoup développé ce thème, d'abord dans sa thèse (Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 32 et s., p. 152 et s., p. 256 not. pour l'autorisation de la loi et p. 28 et s., p. 203 et s., p. 500 et s. not. pour l'état de nécessité) puis dans une série d'articles (*cf.* ainsi Br. PY, « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale » *in Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Dix-neuvièmes journées d'études de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, 15 juin 2012, sous la dir. de M. DANTI-JUAN, t. XXVIII, Editions Cujas, 2013 ; Br. PY, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *Actualité juridique pénal*, 2012, n° 7-8, p. 384 et Br. PY, « Un médecin sentant sa mort prochaine... De l'obligation de porter secours au "laisser mourir" » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009).

4. P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013, n° 129, p. 82.

5. Incidemment, cela permettra de vérifier l'hypothèse selon laquelle l'article 16-3 du code civil est le siège de l'autorisation de la loi. La démonstration selon laquelle sont légaux tous les actes médicaux sur le corps humain répondant au régime fixé par cet article suppose en effet que l'article 16-3 est le siège de l'autorisation de la loi.

Chapitre 2

Les conditions de l'autorisation de la loi permettant des actes médicaux sur le corps humain

392. L'article 16-3 du code civil subordonne la réalisation des actes médicaux à deux conditions : d'une part, le recueil du consentement de la personne et d'autre part, la démonstration d'une « nécessité médicale »¹.

Ces deux conditions sont névralgiques puisqu'elles sont au coeur de l'autorisation de la loi qu'organise l'article 16-3. Une étude approfondie de ceux-ci est nécessaire pour deux raisons. *D'une part* car tous deux ont fait l'objet d'évolutions importantes. Le consentement est ainsi né du mouvement ayant conduit à la création des droits des patients tandis que la nécessité médicale est la conséquence d'une inquiétude du lobby médical vis-à-vis de la sanction judiciaire pénale. *D'autre part* car ces deux éléments sont au coeur de la multiplication des buts confiés à la médecine. En effet, la piste de l'omnipotence du consentement aurait permis de résoudre une fois pour toutes la question des buts légitimes à l'acte médical. Cette piste n'a pas été empruntée par le législateur qui a maladroitement tenté de prendre en compte cette diversification des buts de la médecine en créant la notion de « nécessité médicale ».

393. Il est donc nécessaire d'approfondir les deux éléments de l'article 16-3 du code civil que sont la conformité aux règles relatives au consentement (Section I) et la poursuite d'une nécessité médicale (Section II).

1. Il aurait été possible d'ajouter à ces règles celles relatives aux données acquises de la science. Néanmoins, l'impératif de conformité des actes médicaux aux données acquises de la science n'est pas une condition de légalité des actes médicaux, mais un critère de détermination de la faute du praticien dans le cadre de l'engagement de sa responsabilité civile ou administrative. L'étude des données acquises de la science n'est donc pas opportune dans une entreprise de définition de l'acte médical puisque cette règle n'est pas propre à tous les actes médicaux, mais elle sert de standard pour déterminer l'acte fautif. Il en va de même des règles relatives à la responsabilité. En effet, ces règles ne peuvent s'appliquer que dans le cas où un acte médical cause un dommage. Elles ne concernent alors que les actes médicaux dommageables.

Section I L'acte médical : un acte par principe consenti par le patient

394. Préalable au consentement : la liberté de déplacement. L'exigence du consentement du patient, si elle est majeure, n'est pas première. En effet, la question du consentement ne se pose qu'une fois le colloque médical entamé. Il faut donc que ce colloque existe. La relation médicale supposant la rencontre entre le soignant et le soigné, il est nécessaire que l'un ou l'autre se déplace. Habituellement, c'est au soigné de se déplacer. Ce déplacement est le fruit d'un choix du patient à la fois de l'établissement et du praticien. Ce choix est considéré par le code de la santé publique comme « un principe fondamental de la législation sanitaire¹ ».

Le choix est cependant être limité *de jure* ou *de facto*.

De jure, la liberté de choix du praticien est limitée par les assurances sociales qui, pour tenir compte « des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux² », peuvent conditionner leur remboursement au choix d'un praticien ou d'un établissement. Pour faire ce choix, le patient doit être mis en présence de certaines informations, notamment tarifaires³. Pour le reste, le patient n'a aucune obligation à rencontrer un praticien qu'il n'a pas choisi. Ainsi, en matière de cession de clientèles, la liberté des patients doit-elle être préservée⁴, *idem* en matière pénitentiaire où, même en vertu d'une injonction de soins, le détenu-patient peut choisir son médecin traitant⁵.

De facto, le patient peut être amené à rencontrer un praticien contre son gré ou dans le silence de sa volonté⁶. C'est le cas des services d'urgences, services dans lesquels une partie des patients est transportée vers un hôpital ou est en contact avec un médecin qu'elle n'a pas choisi⁷. L'urgence peut parfois être telle que le praticien se déplacera au chevet du patient, notamment dans le cadre des services d'aide médicale urgente. Dès que l'urgence permettant de qualifier l'état de nécessité sera résolue, le patient aura toute la latitude nécessaire pour faire valoir son droit de choisir aussi bien son praticien que son établissement.

1. Art. L. 1110-8 CSP. Cf. aussi l'article R. 4127-6 qui dispose 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. »

2. Art. L. 1110-8 al. 2 CSP.

3. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3^e éd., Thémis droit, Presses universitaires de France, 2012, n° 314, p. 333.

4. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 98-17731.

5. Art. L. 3711-1 CSP. Cf. *infra* n° 459, p. 234. On objectera que cela peut ne pas permettre l'obtention d'une remise de peine. Nous retrouvons ici la préférence du droit à contraindre le consentement plutôt que d'imposer l'acte médical.

6. Pour le cas de l'admission en soins psychiatriques sans le consentement, cf. *infra* n° 470 et s., p. 237 et s.

7. Techniquement, seul l'état de nécessité peut permettre d'expliquer l'exception qui est faite à l'article L. 11110-8 du code de la santé publique. Cette solution a été reconnue comme conforme à la liberté de choix du médecin dans une espèce relative à une hospitalisation psychiatrique d'urgence. CE, *Union nationale des établissements psychiatrique d'hospitalisation privée*, 21 oct. 1998, n° 189285.

Cette précision préliminaire étant faite, il s'agit de savoir ce que recouvre le vocable « consentement ».

395. Définition du consentement. En philosophie, le consentement a trois sens dont le plus courant est « acte de volonté par lequel on décide ou même on déclare expressément qu'on ne s'oppose pas à une action déterminée dont l'initiative est prise par autrui¹. » Le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* énonce en effet que ce sens est « le seul qui soit couramment usité dans la langue contemporaine ». Le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* précise ensuite que « *Consentement* est plus faible qu'*approbation*. "Consentir" marque, dans l'ordre de la pensée comme celui de l'action, une nuance de réserve, ou du moins une tendance primitive à refuser² ». Il faut donc nuancer la définition courante du consentement comme étant l'« acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose³ ». En conséquence, il y a dans le consentement l'assentiment à une proposition, « c'est-à-dire baisser le pavillon devant une assertion ou devant une autre personne⁴ », ce qui revient à une forme de capitulation devant une volonté autre.

C'est aussi ce que suggère l'étymologie de ce verbe. Il provient de *consentire*, qui signifie « être d'accord avec » et de la contraction de *cum* et *sentire* ce qui peut se traduire par *être d'un même sentiment*. Mais l'usage juridique exprime l'idée d'« être en accord, se conformer à » ou « accorder, donner son accord à quelque chose. » Ainsi le consentement est-il l'« action d'acquiescer à quelque chose », le sens de la « concordance d'opinions » étant aujourd'hui daté⁵. L'étymologie et les usages successifs du verbe vont donc dans le sens de l'acquiescement.

396. Le sens juridique du verbe correspond à son évolution historique. Ainsi, le consentement est-il l'« accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit [et la] rencontre de ces volontés [...] est la condition de la formation du contrat⁶ » ou, plus spécialement — et plus simplement —, « l'acceptation donnée à une offre ou à une demande⁷ ». C'est naturellement ce second sens qui correspond à la relation médicale.

Les éléments de définition indiquent que le consentement est équivalent à l'acquiescement à une offre. Le consentement est particulièrement utilisé en droit. C'est une condition de formation de situations juridiques multiples telles que le contrat⁸, la réception d'une succession, etc. Cette multiplicité des rôles du consentement témoigne de l'importance dans notre droit de l'autonomie

1. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, avec une préf. de R. POIRIER, Quadrige, Presses Universitaires de France, oct. 2010, v^o Consentement.

2. *Ibid.*, v^o Consentement.

3. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v^o Consentement.

4. M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

5. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v^o Consentir.

6. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008, v^o Consentement.

7. *Ibid.*, v^o Consentement.

8. Qui se forme *solo contractu*, du seul fait de la volonté.

de la volonté.

397. En matière médicale. Le juriste peut difficilement affirmer que toutes les décisions médicales sont le lieu d'une abdication de la volonté du patient devant celle du praticien.

En effet, l'initiative de la décision médicale peut parfaitement provenir ou du praticien ou du patient¹. L'important est qu'il y ait *in fine* un accord entre eux. Le vocable de « codécision » peut signifier cela. C'est ce que laisse transparaître l'article L. 1111-4 au terme duquel « *toute personne prend, avec le professionnel de santé [...] les décisions concernant sa santé*². » Dans cet article, il est notable que le patient « prenne » et non « accepte » une décision concernant sa santé. Ce saut sémantique vient consacrer l'approche nouvelle du consentement qui s'approche plus d'une décision commune, d'une « codécision »³. Il faut éclairer ce terme pour savoir s'il n'est pas plus opportun que celui de consentement.

398. Consentement et codécision. Le terme n'est pas nouveau en droit. La codécision désigne notamment l'exigence du double consentement des titulaires de l'autorité parentale et la procédure de codécision permet au Parlement européen de bloquer une position commune du Conseil européen. La codécision désigne aussi en droit administratif la situation dans laquelle il existe une compétence partagée⁴. En somme, le concept de codécision subordonne une action ou une autorisation à un cumul de deux volontés et vise à empêcher qu'un acte soit subordonné à une seule volonté.

La doctrine a fait sien ce concept en droit de la santé⁵. Elle a notamment expliqué que ce principe prenait place dans le courant visant à promouvoir la volonté du patient⁶ et l'a découvert dans l'article L. 1111-4 du code de la santé publique. Bien qu'elle l'ait adopté, la doctrine a dénoncé son caractère factice et inadéquat. En effet, le praticien reste détenteur d'un pouvoir de décision important. Il est parfois institué en régulateur ou contrôleur de la volonté du

1. Cela a notamment été reconnu par la Cour de cassation lorsqu'elle a indiqué qu'il « appartient au médecin de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves des *investigations ou des soins qu'il lui propose, ou que le patient demande*, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé. » Cass. 1^{re} civ., *Ste médicale de France et autre c. M. X... et autres*, 27 mai 1998, *Bull. civ.*, n° 187, p. 126, n° 96-19161. Nous soulignons.

2. Nous soulignons.

3. Il faut noter que le consentement du médecin est toujours requis. En effet, celui-ci a le pouvoir de ne pas accepter de pratiquer certains actes médicaux (il doit parfois signaler les confrères qui acceptent de les mener à bien, par exemple pour l'avortement). Cf. sur la question du refus de soins du praticien, *Le refus de soins opposé au malade*, Université Paris Descartes et Institut droit et santé, 2010, URL : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf (visité le 27/05/2016).

4. Sur ce sujet et à titre d'illustration, cf. : M. CARIUS, « Carte communale et codécision », *AJDA*, 2008, p. 313.

5. Cf. par ex. A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1151 ; D. ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, p. 423 ; Fr. DREIFUSS-NETTER, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gazette du Palais*, 2006, p. 1693.

6. L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 442, A. CATHERINE, *La codécision, entre mythe et réalité in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes.

patient¹. De plus, il faut noter que la responsabilité pèse toute entière sur le praticien. S'il existait une codécision, cela impliquerait aussi une coresponsabilité comme c'est le cas par exemple en matière de partage de l'autorité parentale². Enfin, la relation médicale est notablement asymétrique³. Le caractère abdicatif de volonté contenu dans le terme « consentement » ne semble donc pas pouvoir être vaincu.

399. Consentement et décision médicale. Sous cet angle, le consentement s'approche de la « décision médicale ». Préférer l'utilisation du terme « décision médicale » pourrait permettre de traduire l'idée selon laquelle le choix n'est pas nécessairement binaire — consentir ou refuser —, mais peut être l'objet de plusieurs options. Nous pourrions donc dresser une distinction entre les deux termes : le consentement doit être préféré lorsqu'une alternative binaire est proposée, la décision médicale lorsqu'il existe plusieurs solutions.

Ce n'est cependant pas l'usage que fait la doctrine de l'expression « décision médicale ». D. TRUCHET la définissait en 1995 comme « tout choix technique fait par un médecin à l'occasion des soins qu'il délivre à la personne⁴ ». Le patient n'avait ainsi pas voix au chapitre. Plus récemment, J.-Cl. DOSDAT⁵ entendait la notion comme le mode de décision du médecin, son mode de pensée, se plaçant alors dans la ligne de D. TRUCHET. L'expression peut donc être entendue de deux manières. D'une part, la décision médicale correspondrait à la décision que prend le praticien et qui mène à une proposition médicale, proposition qui peut ensuite être l'objet d'un consentement du patient. D'autre part, elle peut être entendue comme le point de départ de l'acte médical, c'est-à-dire la décision concertée d'agir dans une direction particulière. Dans cette seconde acception, *médical* est entendu non comme « ce qui provient du médecin », mais comme « ce qui a trait à la médecine ».

C'est cet usage qui peut être promu à la lumière de l'esprit de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. Celle-ci a créé l'article L. 1111-2 au terme duquel l'information de la personne « 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 refus⁶. » Parce qu'elle envisage le choix et donc la décision comme étant, au moins en partie, entre les

1. Cf. en médecine de la reproduction ou de la fin de vie où le médecin est le seul à pouvoir autoriser ou refuser une procédure palliative. (Cf. sur ce point les développements poussés de *Ibid.*) C'est aussi le cas en matière d'hospitalisation psychiatrique sans le consentement de l'individu.

2. Cf. sur cette question *Ibid.*

3. *Avis n° 87 : Refus de traitement et autonomie de la personne*, Comité consultatif national d'éthique, 2005, URL : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis087.pdf> (visité le 19/03/2015), p. 28.

4. D. TRUCHET, « La décision médicale et le droit », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 20 oct. 1995, 11, p. 611.

5. J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, avec une préf. d'A. LAMBOLEY, Collection Thèses, n° 19, Les Éditions Hospitalières, 2010, Thèse de droit privé soutenue à l'université des sciences sociales de Poitiers le 6 mars 2004.

6. Art. L. 1111-2 CSP.

maines du patient, la décision médicale ne pourrait être que partagée et ne peut être entendue que comme ce qui est le résultat d'une concertation, d'un « colloque », pour reprendre le terme de L. PORTES.

400. La proxémie du nom *consentement*, notamment avec l'expression de *décision médicale*, les noms de *codécision* et *d'assentiment* doit être interprétée en se référant à l'esprit de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* qui tend à inclure complètement le patient dans la décision conduisant à l'acte médical. Si, en pratique, ce sera plus une adhésion à une proposition faite par le médecin, en théorie, le patient doit être un acteur de la décision pour qu'il comprenne mieux les enjeux et donne un consentement pleinement éclairé. Il s'agit alors de transformer la définition du consentement et de faire de celui-ci, non une abdication, mais le lieu d'expression d'un choix. Ainsi défini, le consentement peut traduire les évolutions du droit.

401. En effet, bien qu'étant absente de l'article 16-3 du code civil qui ne vise que le simple consentement, la notion de consentement éclairé s'est récemment imposée en droit. Ainsi, l'acte médical ne peut-il normalement pas être légal sans consentement éclairé par une information préalable (§ 1.). Cependant, il est possible que des actes médicaux soient, pour des raisons diverses, menés sans consentement éclairé (§ 2.).

§ 1. L'exigence d'un consentement éclairé

402. L'étude de la création de l'exigence de la notion de consentement éclairé (A.) permet d'affirmer que le consentement éclairé est exigé en matière d'actes médicaux. Nous notons que la limite à l'efficacité de cette notion tient dans son incapacité à légitimer seule l'acte médical (B.).

A. La naissance de la notion de consentement éclairé

403. La création de la notion de consentement éclairé a été progressive et doit sa vigueur particulière à l'information préalable à l'acte médical (1.). On trouve là un contexte favorable à la naissance d'un droit subjectif des patients à obtenir des informations sur leur état de santé (2.), droit qu'il faut particulièrement distinguer de l'information préalable à l'acte médical.

1. L'affirmation progressive de l'exigence du consentement éclairé

404. La notion de consentement éclairé semble s'être constituée en deux temps : l'affirmation de la nécessité du consentement seul (a.) a ainsi précédé celle de l'information préalable (b.).

a. L'affirmation de l'exigence d'un consentement

405. *Ab initio*, pas d'exigence d'un consentement. Le consentement n'est pas un principe historique de la médecine. Le traité hippocratique « de la bienséance » indiquait clairement qu'il est nécessaire de « cacher la plupart des choses au patient [...] sans dire un mot de son état présent ou futur¹. » La position n'a pas varié jusqu'au début du XIX^e siècle. On pouvait ainsi entendre L. PORTES dire à l'Académie des sciences morales et politiques que le malade est un « enfant en état de déficience [...], d'opacité intellectuelle », un « mineur juridique », qu'il s'agit de « consoler » ou « d'appriivoiser ». De toutes façons, selon le premier président de l'Ordre des médecins, « le consentement “éclairé” du malade, à chaque étape de ce petit drame humain, n'est en fait qu'une notion mythique que nous avons vainement cherché à dégager des faits. Le patient, à aucun moment ne “connaissant” au sens exact du terme, vraiment sa misère, ne peut vraiment “consentir” ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé². » Ces éléments permettent de conclure avec A. LECA et C. BERLAND-BENHAIM que l'idée d'une participation ou d'un consentement du patient aux soins est étrangère à la médecine³.

406. Premières mentions du consentement au début du vingtième siècle. Nous trouvons une première mention de l'exigence du consentement dans l'affaire *Schloendorff v. Society of New York Hospital*⁴. Mais le mouvement innovant en ce domaine vint de l'Allemagne lorsqu'elle

1. *Dictionnaire de la pensée médicale*, sous la dir. de D. LECOURT, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2004, v^o Diagnostic.

2. L. PORTES, *A la recherche d'une éthique médicale*, Préface au Code de déontologie, Masson-Presses Universitaires de France, 1954, p. 170.

3. A. LECA et C. BERLAND-BENHAIM, *Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 19, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes, p. 20. Cf. aussi dans le même sens A. FAGOT-LARGEAULT qui précise que « les médecins ont tendance à penser qu'un être en état de souffrance n'est pas capable de prendre une décision libre et éclairée, qu'il faut d'abord le soulager, et qu'on discute ensuite. » (A. FAGOT-LARGEAULT, « Le consentement éclairé : Historique du concept de consentement », *Médecine & Droit*, mai-juin 1994, n^o 6, p. 55). C'est peut-être ce qui a permis aux facultés de médecine d'ignorer l'exigence du consentement (et l'article L. 1111-4 al. 7 du code de la santé publique) et d'autoriser les étudiants en médecine à pratiquer des touchers vaginaux et rectaux sur des opérés anesthésiés sans leur consentement. Sur ce scandale dit du « TV sous AG », cf. la réaction ministérielle : *Communiqué de presse - Touchers vaginaux et rectaux sans consentement sur patient(e)s endormi(e)s : Marisol TOURAINE reçoit le rapport des doyens de médecine et réaffirme « l'extrême fermeté » de l'Etat face à des pratiques « inacceptables »*, 27 oct. 2015, URL : <http://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2015/10/271015-CP-Rapport-Formation-Clinique.pdf> (visité le 26/11/2015). Cf. aussi *Rapport sur la formation clinique des étudiants en médecine : remis à Madame Marisol Touraine Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes*, Conférence des Doyens de Faculté de Médecine, 28 oct. 2015, URL : http://basedaj.aphp.fr/daj/public/file/openfile/id_fiche/13189/id/3292 (visité le 27/11/2015). On a donc du mal à admettre avec J.-Fr. BURGELIN que « le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient a [...] toujours été au cœur de sa déontologie. » (J.-Fr. BURGELIN, *L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins in Rapport annuel de la Cour de cassation (1999)*, Etudes et documents, La Documentation française, 2000, URL : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/jean_fran_5787.html (visité le 14/08/2015)). Voir aussi les anciennes rédaction de l'ancien code de déontologie *infra* n^o 410, p. 212.

4. 105 NE 92 (1914) cité par A. LECA et C. BERLAND-BENHAIM, *Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 19, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4

reconnaît la nécessité d'entendre le consentement du patient¹, notamment dans les « directives concernant les thérapeutiques nouvelles et l'expérimentation scientifique sur l'homme » de 1931 dont l'article 12 disposait que « l'expérimentation est interdite dans tous les cas où le consentement n'a pas été obtenu². » Ces timides innovations vont cependant être abandonnées avec l'avènement du III^e Reich.

En France, c'est avec l'arrêt *Parcelier c/ Teyssier* qu'en 1942 le consentement prend sa place dans l'ordre juridique. Dans cet arrêt, le médecin apporte la preuve que le patient a consenti. La preuve est apportée de manière originale. En effet, « la Cour d'appel déclare [...] "on ne saurait décider que le docteur H... a pratiqué une intervention périlleuse, sans avoir obtenu de son client un consentement suffisamment libre et éclairé."³ » C'est en quelque sorte le caractère périlleux qui permet de penser que le praticien a nécessairement informé le patient et que celui-ci a donc formé un consentement éclairé.

407. Affirmation de l'exigence du consentement après la seconde guerre mondiale dans des textes internationaux et son développement ultérieur. Nous pouvons affirmer que l'enracinement du consentement comme condition de l'acte médical a été le produit de la Seconde Guerre mondiale. En août 1947, le tribunal militaire international de Nuremberg rend un jugement établissant une dizaine de règles fondamentales en matière d'expérimentations médicales humaines. À l'article 1^{er}, le tribunal insiste sur le fait que « le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel ». Ces règles sont ensuite reprises par l'association médicale mondiale⁴ qui leur donne force juridique sous l'appellation « code de Nuremberg ». Cette institution est à l'origine de la déclaration d'Helsinki qui propose la création de comités indépendants par les promoteurs de recherche⁵.

D'autres textes reprennent ce principe en l'étendant hors du champ des expérimentations médicales. Celui-ci est ainsi consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶, repris par la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, dite « Charte d'Amsterdam »⁷, la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de

octobre 2012 à l'Université Paris Descartes, p. 23.

1. A. LECA et C. BERLAND-BENHAIM, *Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 19, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes, 24 et s.

2. A. FAGOT-LARGEAULT, « Le consentement éclairé : Historique du concept de consentement », *Médecine & Droit*, mai-juin 1994, n° 6, p. 55.

3. Cass. req., *Parcelier c/ Teyssier*, 28 jan. 1942, *D.*, 1942, p. 63 ; *Gaz. Pal.*, p. 177 ; *Les grands arrêts du droit de la santé*, p. 3, comm. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS.

4. Organisation créée à Genève en septembre 1947.

5. *Déclaration d'Helsinki de L'AMM - Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, adoptée par la 18e Assemblée générale de l'AMM, Helsinki, Finlande, Juin 1964* juin 1964, URL : <http://www.wma.net/fr/30publications/10polices/b3/> (visité le 19/12/2013).

6. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* 16 déc. 1966, ratifié par la France par le *Décret n° 81-76 du 19 janvier 1981* portant publication du pacte international relatif aux droits civils et politiques ouverts à la signature à New-York le 19-12-1966, *JO du 1^{er} fév.*, p. 398.

7. *Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, dite « Charte d'Amsterdam »* 28 avr. 1994,

la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo »¹ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne².

408. Résultat : unanimité mondiale. Ce principe a été tellement bien assimilé dans les législations européennes qu'il a été proposé de l'inclure dans le Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'article II-3 stipule ainsi que « dans le cadre de la médecine et de la biologie, doit notamment être respecté le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi³ ». Plus récemment, le Comité économique et social européen a invité la Commission européenne à prendre des initiatives en faveur du droit des patients, notamment en matière de consentement⁴.

Outre-Atlantique, le principe est consacré par la Cour suprême du Canada⁵, admis en Espagne⁶, ou au Liban⁷, pour ne citer que ces législations.

Cette unanimité mondiale n'a cependant pas réussi à éradiquer tous les scandales liés aux recherches pratiquées sans le consentement des patients⁸.

URL : http://www.patientevertretung.lu/mmp/online/website/menuvert/legislation/158/88_FR.html (visité le 19/12/2013), §3.

1. *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo »* 4 mai 1997, Art. 5. Il faut noter que la Cour européenne des droits de l'homme ne se fonde pas toujours sur ce texte pour sanctionner le consentement. En effet, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* elle indique que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. » (CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, n° 2346/02, p. 63).

2. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* 7 déc. 2000, n° 2000/C 364/1, URL : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf (visité le 25/10/2013), Art. 2, §2.

3. *Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, URL : <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.fr03.pdf> (visité le 19/12/2012).

4. *Avis du Comité économique et social européen sur « Les droits du patient »*, 2008/C 10/18, URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2008.010.01.0067.01.FRA (visité le 25/05/2016), §3.3. Cf. not. l'article 3.3.1.1. : « L'adhésion du patient ne porte pas systématiquement sur tous les actes médicaux futurs. Dès lors, le consentement du patient doit être renouvelé avant tout acte médical ou chirurgical important.

L'accord du patient ainsi renseigné doit être explicite, c'est-à-dire exprimé objectivement. Après en avoir été informé le patient peut accepter ou refuser la procédure qui lui est proposée.

En ce qui concerne les dons d'organes lorsque le donneur est vivant, une vigilance accrue doit être portée sur l'information sur les risques. »

5. « N'oublions pas que tout patient a droit au respect de l'intégrité de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pu consentir. Ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la Common Law et est le fondement de l'obligation de divulgation envers le patient. Si, au cours d'un acte médical, le patient retire son consentement à cet acte, les médecins doivent alors l'interrompre. » Canada, Cour suprême, 22 avril 1993, *Ciarlariello c/ Keller*, cité par G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, n° 504, p. 383.

6. J. C. GALÁN CORTÉS, « La responsabilisa médica y consentimiento informado », *Revista Medical de Uruguay*, 1999, vol. 14, p. 5-12.

7. A. ISSA, *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Grenoble et Université Libanaise, 6 déc. 2012, p. 161.

8. Cf. sur la question M. BAUR et M. WOLF, « Principes du système de santé européen : aspects éthiques », *Lettre de l'espace éthique*, 2002, n° 15 à 18, URL : <http://www.espace-ethique.org/ressources/article/principes-du-syst%C3%A8me-de-sant%C3%A9-europ%C3%A9en-aspects-%C3%A9thiques> (visité le 06/08/2015).

409. Évolutions en droit interne. En droit interne, l'enracinement du principe du consentement a été confirmé par la reprise en jurisprudence de la solution de l'arrêt *Parcelier c/ Teyssier*¹ et vite assimilé par la doctrine. Ainsi, R. SAVATIER et al. dans leur *Traité de droit médical* disent-ils que « le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et des principes de sa vie. Il n'y peut être touché, même par le médecin, qu'avec son consentement². »

410. C'est avec les lois dites « de bioéthique »³ que le consentement éclairé est entré au code civil⁴ à l'article 16-3 qui affirme dès lors que :

« 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. »

Après ce coup d'éclat législatif, la traduction de l'exigence de consentement était nécessaire dans les normes produites par le Conseil de l'Ordre, dont le code de déontologie. Celui-ci n'avait pas varié dans la version de 1955, reprenant le principe d'aménité et de compassion de la version de 1947⁵ et faisant subtilement varier l'article 30 qui demandait au médecin de « s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision⁶ ». Il s'agit alors en 1955 « d'obtenir l'exécution du traitement⁷ » ce qui n'est pas une révolution. La version de 1979 du code de déontologie va poursuivre cette évolution toute en nuances en indiquant que « la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible⁸. » La vraie évolution de la déontologie a eu lieu avec la version de 1995 qui, aux articles 35 et 36 a fait respectivement entrer l'exigence de consentement et d'information préalable. Ainsi, ce code dispose-t-il à l'alinéa 1^{er} de l'article 36 que « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas⁹. » Les codes de déontologie de médecine militaire se sont alignés sur cette réglementation avec les versions de 1981¹⁰ et 2008¹¹.

1. Pour la position du Conseil d'État, cf. CE, *Delanoé*, 13 juil. 1961, *Lebon*, p. 1175 ; CE, sect., *M'Barek*, 7 fév. 1969, *Lebon*, p. 87 .

2. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 247.

3. Plus spécialement la *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain.

4. Son inclusion dans le code civil est symbolique autant que pratique. Cf. sur cette question Fr. TERRÉ, *Inestimable Code civil in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.

5. *Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955* portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947, Art. 28.

6. *Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947* portant code de déontologie médicale, URL : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000672603> (visité le 25/07/2014), Art. 30.

7. *Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955* portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947, Art. 29.

8. *Décret n° 79-506 du 28 juin 1979* portant code de déontologie médicale, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000703112> (visité le 25/07/2014), Art. 7.

9. *Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995* portant code de déontologie médicale, Art. 36. Codifié depuis à l'article R. 4127-36 du code de la santé publique.

10. *Décret n° 81-60 du 16 janvier 1981* fixant les règles de déontologie applicables aux médecins et aux pharmaciens chimistes des armées, Art. 12.

11. *Décret n° 2008-967 du 16 septembre 2008* fixant les règles de déontologie propres aux praticiens des armées, Arts. 6 et 40.

Plus récemment, le principe a été naturellement inclus dans la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* à l'article L. 1111-4 alinéa 3. Ainsi,

« 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. »

411. Questionnements actuels sur la valeur supra-légale du consentement. Il est donc aujourd'hui clair que le consentement préalable à l'acte médical est exigé par une norme à valeur légale. Cependant, nous pouvons nous interroger sur sa valeur supra-légale.

En effet, certains auteurs¹ concluent à la lecture de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 octobre 2001² que le consentement pourrait avoir une valeur constitutionnelle. La Cour de cassation affirme dans cet arrêt qu'« un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui *trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement. »³

Il faut être, avec ces auteurs, prudent sur cette interprétation, et ce pour plusieurs raisons. *D'une part*, n'était pas concerné dans cet arrêt le consentement, mais l'information préalable. Néanmoins, comme nous le soutenons, le concept pertinent est celui de consentement éclairé. La nature de l'information préalable s'imposerait alors au consentement éclairé puisque la première est une composante du second. Il devrait donc être possible d'étendre la valeur juridique de l'information au consentement et vice et versa. *D'autre part*, à lire l'arrêt, nous constatons que ce qui a valeur constitutionnelle est le fondement du devoir d'information et non le devoir d'information lui-même. Ce fondement, le respect de la dignité humaine, a assurément valeur constitutionnelle. Ce rattachement direct de l'information préalable au consentement à la dignité est étonnant.

Dans un avis, le Comité consultatif national d'éthique a relié le consentement éclairé « au respect de l'intégrité du corps humain au nom de la dignité de la personne humaine⁴ ». Il y aurait donc, entre le consentement et la dignité humaine, le principe de l'intégrité du corps humain qui a, lui aussi, valeur constitutionnelle⁵.

1. A. LECA et C. BERLAND-BENHAIM, *Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 19, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes, p. 33. Cf. aussi P. SARGOS, « Rapport sous Cass. 1^{re} civ. 29 octobre 2001 », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3470.

2. Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14564.

3. Nous soulignons.

4. *Avis n° 87 : Refus de traitement et autonomie de la personne*, Comité consultatif national d'éthique, 2005, URL : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis087.pdf> (visité le 19/03/2015), p. 20.

5. Const. const., *Loi relative au respect du corps humain et loi 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*, 27 juil. 1994, n° 94-343/344.

Raisonnement ainsi semble plus sage puisque l'article 16-3 du code civil protège l'intégrité du corps humain en la conditionnant d'une part à un but légitime (al. 1^{er}), d'autre part au consentement de la personne (al. 2). Et c'est le principe du respect de l'intégrité du corps humain qui a valeur constitutionnelle, car fondé sur le principe matriciel de la dignité qui impose que l'atteinte corporelle soit consentie.

412. De plus, conférer au consentement une valeur constitutionnelle serait malvenu pour deux raisons.

En pratique, cela supposerait que l'on ne puisse faire exception à ce principe que par une norme à valeur constitutionnelle. Or nombre d'exceptions légitimes sont faites à ce principe et ont valeur légale¹. Dès lors, comment justifier que l'on fasse exception au consentement par des dispositions uniquement législatives? Ensuite, *en opportunité*, ce serait malvenu puisqu'il est entendu que l'exigence du consentement peut subir des exceptions jugées légitimes, tant pour des raisons médicales que pour d'autres raisons.

Il est donc opportun que le consentement ait une valeur légale tout en reconnaissant au besoin son ascendance philosophique dans le principe du respect de la dignité de la personne humaine. En somme, « le consentement n'est pas (ou n'est plus) une modalité procédurale, mais bel et bien, surtout depuis la fin des années 80, une règle consubstantielle du principe fondamental d'inviolabilité, dont la valeur législative, reconnue par le Conseil constitutionnel, découle du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine². »

413. Si le consentement a été admis, la nécessité qu'il soit éclairé n'a été mise en lumière que dans un second temps.

b. L'affirmation postérieure de l'exigence d'un consentement éclairé par l'information préalable

414. Le consentement s'est imposé et a depuis longtemps été lié à l'information préalable. Cependant, il a fallu un certain temps pour que celle-ci soit introduite dans les textes.

415. La généralisation des informations en vue du consentement dues par les professionnels. L'information préalable à l'acte médical se situe dans le contexte de la multiplication des obligations mises à la charge des professionnels de tous ordres. Ainsi les notaires ont-ils l'obligation d'informer leurs clients des conséquences de leurs actes³, les banquiers d'informer les cautionnaires⁴, le prestataire de service ou vendeur d'informer sur le prix et les modalités

1. Cf. *infra* n° 605 et s., p. 297 et s.

2. Chr. BYK, « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », *RGDM*, 1999, 3, p. 16.

3. Cf. pour une décision ancienne : Cass. 1^{re} civ, 28 nov. 1995, n° 93-15659.

4. Article L. 313-22 du code monétaire et financier.

particulières du contrat projeté¹. Il en va de même de l'avocat² ou de l'assureur³ qui sont tenus d'une obligation particulière d'information et de conseil.

Le contexte du droit des professions réglementées fait donc qu'il n'est pas déplacé de mettre à la charge du praticien une obligation particulière d'information et de conseil.

416. L'information préalable à l'acte médical est le produit d'une évolution des textes assez tardive ayant trouvé son apothéose en 2002 (i.), mais elle n'a pas perdu, dans sa substance, son but originel qui est de permettre la formation d'un consentement valable (ii.)

i. L'information préalable au consentement dans les textes et dans la jurisprudence

417. L'efficacité des normes de droit du Conseil de l'Europe. En ce qui concerne l'ordre juridique international, il faut retenir que la Cour européenne des droits de l'homme a inscrit l'information préalable au consentement au titre des conditions *sine qua non* du consentement. Ainsi, dans la décision *Codarcea c. Roumanie*, les juges du conseil de l'Europe, après avoir rappelé leur solution dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁴, vont-ils préciser que « les états parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière à ce qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé⁵. »

Avec la Convention d'Oviedo⁶, le Conseil de l'Europe avait déjà affirmé cette exigence quand, à l'article 5 il précise qu'

« Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement. »

Suivent aux articles 6 et 7 des règles ayant pour objectif de protéger les personnes ne pouvant donner leur consentement ou souffrant d'un trouble mental. Cette position sera reprise par l'Union européenne qui, dans sa Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷, inscrit un article 3 qu'elle intitule « droit à l'intégrité de la personne » et qui dispose que

« 1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.

1. Art. 113-3 code de la consommation.

2. Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997, n° 94-21217.

3. Cass. 1^{re} civ., 30 jan. 2001, n° 98-18145.

4. Cf. *supra* n° 407, p. 210.

5. CEDH, *Codarcea c. Roumanie*, 2 juin 2009, n° 31675/04, §105. Nous soulignons.

6. *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo »* 4 mai 1997.

7. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* 7 déc. 2000, n° 2000/C 364/1, URL : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf (visité le 25/10/2013).

2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi [...]. »

418. C'est donc une assimilation dans les textes internationaux à la fois du principe du consentement à l'acte médical, et de l'obligation d'information préalable. Les deux sont inséparables. Ce lien intime a aussi été consacré en droit interne.

419. **Genèse du consentement dans les textes de droit interne.** En droit interne, on trouve une discrète mention de l'obligation d'information dans le Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 *relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux*. Celui-ci dispose que « le médecin-chef de service ou les médecins du service doivent donner aux malades, dans les conditions fixées par le code de déontologie, les informations sur leur état qui leur sont accessibles. Dans toute la mesure du possible, les traitements et soins proposés aux malades doivent aussi faire l'objet d'une information de la part du médecin¹. » La prudence du texte doit-elle être mise en rapport avec son caractère précoce dans l'évolution de la pensée médicale. Ainsi, en matière d'information sur les traitements, celle-ci doit-elle être délivrée « dans toute la mesure du possible » et est un ajout aux informations sur l'état de santé — « doivent aussi faire l'objet » d'une information. On le retrouve ensuite dans la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* qui, à l'alinéa 2 de son article 56 dispose que « Dans le cas où la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants, le consentement éclairé et exprès des personnes concernées doit être obtenu préalablement à la mise en œuvre du traitement de données. »²

On trouve par ailleurs quelques mentions de ce concept dans la jurisprudence. Après des arrêts précurseurs dès 1935³, cette jurisprudence s'amplifie dans les années 1970. Ainsi, un arrêt de 1974 vient-il confirmer la Cour d'appel qui a constaté que le praticien n'avait pas obtenu « le consentement éclairé et réfléchi qui seul pouvait l'autoriser à l'intervention dangereuse qu'il

1. *Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974* relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, art. 41.

2. Il s'agit ici du recueil de prélèvement, ce qui suppose un acte médical de prélèvement.

3. Voir ainsi R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 251, p. 228, note n° 44. Il relève ainsi des arrêts de divers tribunaux et un arrêt de la Cour de cassation. Le plus ancien arrêt, du tribunal civil de la Seine de 1935 est assez clair sur la question. Les juges écrivent ainsi « Attendu, en droit, qu'un médecin qui expérimente un remède ou un traitement sans nécessité pour le malade et sans le consentement libre et éclairé du patient commet une faute professionnelle certaine ; que telle est l'opinion des auteurs ; que, notamment, dans un article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, M. le professeur Ripert écrivait en 1908 : "Un chirurgien n'a pas le droit de prendre ses malade pour des sujets d'expérience" ; que dans les cas heureusement rares où des problèmes analogues ont été posés aux juridictions civiles, celles-ci leur ont donné une solution conforme à celle de la doctrine ». (Trib. civ. Seine, *Cons. Chavonin c. Dr. L...*, *Admin. de l'Assistance publique et Soc. des laboratoires Thorande*, 16 mai 1935, *D.*, 2. p. 7) La solution était donc connue et constante. La riche note de H. DESBOIS sous cet arrêt fait état des différentes thèses et articles qui, dans les années 1920 et 1930 ont assis ce principe.

a pratiquée¹ ». La même année, un second arrêt retient la notion². À compter de cette date, l'utilisation de cette expression s'accroît.

En doctrine, le concept d'abord inexistant³ a ensuite été combattu. R. SAVATIER et al. écrivaient ainsi qu'« une formule de certains tribunaux veut que le consentement à donner par le malade à chaque acte médical important soit, non seulement “libre,” mais “éclairé”. C'est une expression équivoque et non sans danger. Car, en présence du médecin, le malade reste nécessairement un ignorant, et généralement un faible, s'abandonnant, dans une mesure limitée, mais certaine, aux connaissances et à la protection du médecin. [...] Le rôle médical du médecin n'est pas d'éclairer, mais de soulager⁴ ».

420. Création du consentement éclairé avec l'article 16-3 du code civil. La rédaction de l'article 16-3 du code civil viendra faire la lumière sur le caractère exigible de l'information en retenant comme approche de parler du consentement éclairé, et ce dès les débats préliminaires⁵. Le Sénat va même intégrer le concept dans l'article 16-3 qui disposera « Art. 16-3. - II ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique ou médicale et après que le *consentement éclairé* de l'intéressé a été recueilli à moins que l'état de celui-ci rende nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »⁶ C'est finalement la version retenue par l'Assemblée qui consacre un alinéa à part au consentement. Ainsi, avec la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, l'alinéa second de l'article 16-3 dispose-t-il que « 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. »

La mention d'un « consentement éclairé » a disparu, non dans le but de ne pas exiger une information préalable au consentement, mais plus par volonté d'un texte clair et en pariant sur l'évidence de la nécessité d'une information préalable. Ainsi, M. VAUZELLE, garde des sceaux, indique-t-il que « l'inviolabilité du corps humain protège toute personne contre les atteintes qui seraient portées à son corps sans son consentement et qui ne seraient pas fondées sur un intérêt légitime. Le respect de ce principe suppose donc la réunion de deux conditions. [...] Il est vrai qu'un consentement qui ne serait pas éclairé ni recueilli préalablement ne serait pas, bien évidemment, un consentement⁷. »

1. Cass. 1^{re} civ., *Cie assurances l'Union parisienne des assurances de Paris SA et autres c. dame Bettoun*, 5 mar. 1974, *Bull. civ.*, n° 74, p. 63, n° 72-12540. L'expression de « consentement éclairé et réfléchi » semble alors dominer.

2. Cass. 1^{re} civ, 7 juin 1974, n° 72-12833.

3. Ainsi, mis à part le consentement à la révélation d'une information médicale, nulle mention du consentement seul dans le manuel d'A. LECHOPIÉ et Ch. FLOQUET, *Droit médical ou code des médecins : Docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc.*, Octave Doin et Marchal et Billard, 1890, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76782z> (visité le 12/02/2016).

4. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n° 251, p. 228.

5. *Assemblée Nationale, 3e séance du 20 novembre 1992, compte rendu intégral des débats*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/9/cr/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 5840.

6. Nous soulignons.

7. *Ibid.*, p. 5826.

421. La traduction dans la loi « Kouchner ». Il faudra attendre la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* pour que l'information préalable au consentement soit incluse dans un texte. C'était même l'une des ambitions de cette loi, comme en témoigne le projet de loi qui indiquait que ce « texte consacre sur un plan général l'évolution [...] des relations entre malade et médecin en posant le principe que la personne prend les décisions concernant sa santé, compte-tenu des informations que lui donnent les professionnels de santé et des choix qu'ils préconisent¹ ». Le projet de loi crée deux articles qui ne varieront pas. Ainsi, l'article L. 1111-2 disposera 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 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. » Cette disposition sera précisée par l'article L. 1111-4 qui est plus précis et a pour objectif de fixer « les éléments de la notion de consentement éclairé comme manifestation de la volonté et de la responsabilité de la personne² ». Il indique 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 moment³. »

422. On dispose maintenant d'une triple base légale pour imposer une information avant le consentement : l'article L. 1111-2, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique et, tacitement, l'article 16-3 du code civil. Ces bases légales sont aujourd'hui appliquées par les juges du fond⁴.

La partie réglementaire du code de la santé publique contenant le code de déontologie médicale est moins explicite puisque l'article 36 consacré au consentement ne mentionne pas son caractère éclairé. Il faut renvoyer à l'article 41 relatif aux interventions mutilantes qui ne peuvent être pratiquées « sans information de l'intéressé et sans son consentement ». Cela laisse penser que pour ces seules interventions, l'information préalable serait requise. Il y a là une possibilité d'amélioration du texte.

423. Il n'en reste pas moins que l'exigence d'une information préalable doit être comprise à la lumière de sa fonction : faciliter l'obtention d'un consentement éclairé.

ii. L'information préalable : substantivement tournée vers la facilitation d'un consentement éclairé

424. Nous avons déjà constaté en filigrane dans les développements précédents que l'information préalable au consentement a pour objectif le consentement éclairé. C'est une évidence

1. *Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, n° 3258, 5 sept. 2001, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/p13258.asp> (visité le 20/03/2015).

2. *Ibid.*

3. L'article était initialement prévu pour être inclus à l'article L. 1111-3.

4. Cf. par exemple : CA Reims, 5 juil. 2011, n° 10/00471 et CAA Versailles, 25 mai 2010, n° 08VE02901.

pour la Cour européenne des droits de l'homme¹. Nous constatons aussi que la notion de consentement éclairé est répandue tant en droit international² qu'interne³. La notion de consentement éclairé n'est cependant pas si moderne. Elle a été utilisée dans l'arrêt *Parcelier c/ Teyssier* au terme duquel l'acte médical n'est licite que si le praticien a « de son client un consentement suffisamment libre et éclairé »⁴, ce qui revient à exiger, en plus de la liberté, une information préalable.

L'exposé de cette évidence est peu utile. Nous constatons cependant que cette évidence reste la *ratio legis* du régime juridique de l'information préalable à l'acte médical. Cette boussole doit nous permettre d'expliquer les choix faits par la Cour de cassation et repris par le législateur dans la détermination des éléments de risque à inclure dans l'information préalable.

L'information préalable devrait donc permettre d'« éclairer ». Il faut déterminer quels sont les paramètres permettant de déterminer les informations susceptibles de remplir cet objectif. Cela suppose d'abord de connaître le contenu de l'information. Nous pourrions ensuite en déduire le type de formulation attendu pour cette information.

425. Normes décrivant les éléments de l'information préalable à l'acte médical. La norme la plus précise en la matière est l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. Cet alinéa a déjà une approche très large des actes concernés. Il s'agit des « différentes investigations, traitements ou actions de prévention »⁵.

L'article poursuit par les informations devant être délivrées. Celles-ci sont de deux ordres : les informations relatives au but de l'acte et les informations relatives aux risques de l'acte.

426. L'information sur l'utilité de l'acte. D'une part, et cela ne pose pas de difficultés, l'information doit porter sur l'utilité de l'acte, c'est-à-dire sur les éléments pouvant emporter conviction, les éléments valorisant l'acte médical. Cela tombe sous le sens et les praticiens ont naturellement tendance à présenter l'aspect positif de l'acte. Présenter l'urgence d'un acte, c'est présenter sa nécessité impérieuse et donc mettre le risque dans le camp du refus de consentir à

1. CEDH, *Codarcea c. Roumanie*, 2 juin 2009, n° 31675/04, §105, cf. *supra* n° 417, p. 215.

2. *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo »* 4 mai 1997, Art. 5, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* 7 déc. 2000, n° 2000/C 364/1, URL : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf (visité le 25/10/2013), Art. 3. Il faut noter que ces conventions utilisent l'expression « consentement libre et éclairé ». Cf. aussi la position de la CEDH. Cf. CEDH, *Codarcea c. Roumanie*, 2 juin 2009, n° 31675/04, §105, cf. *supra* n° 417, p. 215.

3. Art. L. 1111-4 CSP.

4. M. GIRER indique cependant que l'expression a été créée par un arrêt du 8 novembre 1955. (M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005, n° 257, p. 227).

5. Un récent arrêt vient par ailleurs indiquer que l'information s'étend aux risques de l'accouchement par voie basse. (CE, 27 juin 2016, n° 386165). Une discussion existait sur l'accouchement. Celui-ci a été qualifié d'acte physiologique par opposition aux actes artificiels, pouvant seuls être l'objet d'une responsabilité du médecin. Le Conseil a donc du répondre à cet argument. Il juge ainsi que « la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel et non un acte médical ne dispense pas les médecins de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir ».

l'acte. Dès lors, doivent aussi être exposées — ce qui est toujours en faveur du consentement — « les conséquences prévisibles en cas de refus. » Cela équivaut à présenter les avantages de l'acte et les inconvénients potentiels du refus.

427. *L'information sur les risques de l'acte.* L'information doit aussi porter sur les éléments allant dans le sens d'un non-consentement, tels que les risques inhérents à l'acte médical. Sur ce point, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique a, en grande partie, codifié les solutions dégagées par la jurisprudence. Ainsi, doivent être connus « leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que les autres solutions possibles ». Encore faut-il que le praticien puisse connaître lui-même les risques de l'intervention¹.

428. Nous devons d'abord noter que n'est pas requis le risque inconnu au moment de l'information. Ces risques doivent en effet être « normalement prévisibles ». En somme, le risque sans lien particulier avec l'acte médical relève de la surprise plus que de la connaissance médicale. Ainsi, lorsque « les complications [...] étaient totalement imprévisibles, c'est à bon droit [que la Cour d'appel] en a déduit qu'il ne pouvait être imputé [...] à M. Y... [Médecin] de n'avoir pas informé [la patiente] du risque visé par le moyen². » En effet, pour prendre une décision valable, il faut pouvoir peser les éléments intervenant dans la décision. Si un risque n'est pas envisageable parce qu'inconnu, il est impossible d'en faire part.

429. Ensuite, il doit s'agir d'un risque. Par essence, le risque est incertain et c'est même son élément principal. Ainsi, un risque certain sera qualifié d'« effet secondaire ». L'information doit dès lors faire état de cette incertitude et des conséquences possibles³.

430. Enfin, l'information ne doit porter que sur les risques fréquents ou graves. Concernant la fréquence, il faut opposer ces risques aux risques exceptionnels. C'est-à-dire — puisque les critères sont alternatifs — que le risque exceptionnel bénin pourra ne pas être objet de l'information, puisqu'il n'est ni fréquent ni grave. Cette position ressort d'une évolution de la jurisprudence⁴. La Cour de cassation a, par l'instauration de ce critère, voulu indiquer que le

1. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que « l'obligation, pour le médecin, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science comporte le devoir de se renseigner avec précision sur son état de santé, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé ». Cass. 1^{re} civ., 5 mar. 2015, *Bull. civ.*, n° 14-13292.

2. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2002, n° 01-03231.

3. CA Bordeaux, 3 déc. 2014, n° 12/06335. Par cet arrêt, les juges procèdent à une requalification et fondent leur décision sur l'article 16-3 du code civil.

4. En effet, la jurisprudence réservait le consentement éclairé aux actes médicaux graves ou importants. Lire sur ce point CA Rennes, *Lemonnier c. Surbled*, 29 mai 1985, n° Jurisdata : 1985-642131. Dans cet arrêt, n'avait pas été engagée la responsabilité du praticien ayant pratiqué une injection qualifiée de banale et dont les risques étaient imprévisibles. La question s'est ensuite déplacée sur l'objet de l'information : doit-elle être limitée aux risques graves qui « ne se réalisent qu'exceptionnellement ». Ainsi, dans un arrêt de 1984, la Cour de cassation va-t-elle rejeter le pourvoi au motif que « les médecins [ne sont] pas tenus de signaler à leurs malades des risques qui, comme en l'espèce, ne se réalisent qu'exceptionnellement. » (Cass. 1^{re} civ., *Mme Pascal c. Mme Mignon-Falize et autre*, 20 mar. 1984, n° 82-16926).

risque grave, mais exceptionnel, doit bien faire l'objet d'une information au patient. Ainsi, dans un arrêt de 1998, la Cour a indiqué que le praticien « n'est pas dispensé de cette obligation [d'information] par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement¹. » Le lien est ici parfaitement clair pour la Cour de cassation : « il appartient au médecin de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves des investigations ou des soins qu'il lui propose, ou que le patient demande, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé². » Ainsi, si le praticien doit informer sur les risques graves, fussent-ils exceptionnels, c'est parce que cette information peut être déterminante de son consentement. Le Conseil d'État a suivi la Cour de cassation dans cette appréciation en jugeant que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation³. » Il indique que le but est le « recueil⁴ » du consentement éclairé. Par ailleurs, le Conseil semble qualifier — ou, à tout le moins illustrer — le caractère grave d'un risque. Le risque grave est celui de décès ou d'invalidité⁵.

431. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique confirme cette orientation de l'information vers le consentement. Ainsi, après avoir énoncé les deux caractéristiques servant à désigner les risques devant faire l'objet d'une obligation, il précise que l'information porte aussi « sur les autres solutions possibles ». Enfin, l'information préalable est réellement dirigée vers le consentement de par les formes de sa délivrance, puisque celle-ci doit en effet être délivrée au cours d'un entretien individuel, et ce afin de maximiser les chances de transmission de l'information⁶.

1. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.297.

2. Cass. 1^{re} civ., *Ste médicale de France et autre c. M. X... et autres*, 27 mai 1998, *Bull. civ.*, p. 126, n° 96-19161, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041252>.

3. CE, sect., *Consorts Telle c. A.P.H.P.*, 5 jan. 2000, n° 181899.

4. Cf. sur l'usage de ce terme nos développements *supra* n° 397, p. 206.

5. Il faut néanmoins noter que la jurisprudence a reconnu un préjudice d'impréparation résultant du défaut d'information. Pour une application récente, cf. Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2016, *Inédit*, n° 15-11339. Le Conseil d'État a par ailleurs reconnu et réparé une souffrance morale consistant en l'impréparation au risque médical survenu. Le Conseil juge ainsi « qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a subis du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité ; que s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée ». CE, 16 mai 2016, n° 382479.

6. Art. L. 1111-2 al. 3 CSP. On sait par ailleurs que l'assimilation des informations par les patients est partielle et fragmentaire. Cf. sur ce point : M. GHREA et al., « Difficultés du transfert d'information en vue d'un consentement éclairé : étude expérimentale chez 21 patients », *Revue de Chirurgie Orthopédique et Réparatrice de l'Appareil Moteur*, 2006, vol. 92, 1, p. 7-18, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0035-1040\(06\)75669-0](http://dx.doi.org/10.1016/S0035-1040(06)75669-0), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0035104006756690>.

432. Nous concluons donc que l'information préalable au consentement doit être absolument remise dans cette perspective et que son objet ne peut être déterminé qu'en référence au consentement. Le consentement est dès lors la boussole de l'information préalable et doit guider les praticiens dans son élaboration. Ce guide doit leur permettre de limiter le risque contentieux.

Nous trouvons dans l'arrêt *Hédreul c/ Cousin (2^e arrêt)* un très bon exemple des règles devant guider les praticiens. La Cour écrit ainsi que « le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte ; qu'il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, *en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus*¹. »

Le contenu de l'information doit donc être adapté à la fois à l'acte et aux risques qu'il induit, mais aussi à la personne qui reçoit l'information. À titre d'illustration, des juges du fond avaient retenu pour déclarer insuffisante l'information délivrée par un praticien que « le fait de proposer [à une patiente] “une cure de prolapsus par voie mixte” constitue un évident défaut d'information du praticien s'adressant à une patiente de condition modeste, de formation scolaire primaire, pour qui les termes employés ne pouvaient que prêter à confusion si l'on se réfère au “Petit Larousse illustré” pour qui au sens du langage ordinaire, le mot “cure” s'entend seulement d'un traitement médical, donc exclusif de toute intervention chirurgicale, et le mot “mixte” “éléments de nature, d'origine différente” ne pouvait laisser supposer à la patiente, qu'il lui était proposé l'ablation du col de l'utérus². »

L'art de la médecine devient ici un art du dialogue. Cependant cette évolution de la jurisprudence pose deux questions.

433. La question de la clarté. Tout d'abord se pose la question de la clarté de la législation. En effet, reprenant les hésitations prétoriennes, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique vient décrire l'information préalable à l'acte médical³ avec force détails. Cet article limite l'information aux « différentes investigations, traitements ou actions de prévention ». Il précise ensuite que l'information doit porter sur l'utilité, l'urgence éventuelle, les conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles ainsi que sur les alternatives à ceux-ci et les conséquences en cas de refus. Cet article est très large dans le champ de l'information et cela pose deux questions. D'une part, on peut légitimement s'interroger sur le caractère limitatif et exhaustif d'une telle liste. La présence de l'expression « urgence éventuelle » laisse penser que cet élément — et lui seul — serait facultatif, rendant les autres obligatoires. D'autre

1. Cass. 1^{re} civ., *Hédreul c/ Cousin (2^e arrêt)*, 20 juin 2000, n° 98-23046. Nous soulignons.

2. CA Limoges, *Dr. Pradel c. Mme Guyonnet-Rampin*, 15 sept. 1988, n° Jurisdata : 1988-044682.

3. En l'introduisant comme étant une information sur son état de santé alors que cette catégorie renvoie plutôt à l'information postérieure à l'acte médical.

part, il faudrait constater que l'information envisagée dans cet article n'évoque pas les aspects positifs de l'acte médical. Cela fait penser que cette liste, si elle est limitative, ne l'est qu'en ce qui concerne les informations obligatoires, dont l'absence pourrait être préjudiciable et donc sanctionnée. Quelle est la fonction de l'information préalable ? Intervenir « comme un substitut à la faute technique défailante¹ » en permettant aux patients « d'obtenir réparation, là où la faute technique n'a pu être établie à la charge du médecin² » ou permettre la formation d'un consentement réellement éclairé ?

Sur ce point, il faut noter que la position de la législation — et donc de la jurisprudence qu'elle codifie — est très éloignée de son point de départ. En effet, l'information préalable à l'acte médical a pour origine l'obligation d'information précontractuelle qui incombe aux différents professionnels³. L'origine est donc avant tout contractuelle et, en cette matière, l'information précontractuelle a pour fonction de permettre la formation d'un consentement valide, et donc de faire échapper le contrat à la nullité⁴. En matière contractuelle, l'information à transmettre est celle qui peut être déterminante du consentement. Il ne s'agit pas de transmettre toutes les informations, mais les bonnes informations⁵. Ainsi y a-t-il là une forme de sagesse puisqu'il ne s'agit pas de perdre le cocontractant sous un nombre important d'informations, mais de lui délivrer les informations pertinentes.

Lister l'ensemble des informations a sûrement pour objectif de sécuriser au mieux la pratique médicale⁶. Cependant, cela a pour effet collatéral potentiel de noyer le patient dans une importante masse d'informations et de pousser à une standardisation des informations préalables à l'acte médical puisque l'article ne fait pas référence au patient, mais uniquement aux informations à délivrer. Ne serait-il pas plus opportun et plus sage de laisser aux praticiens le soin de déterminer les informations pertinentes permettant la formation d'un consentement éclairé ?

Cet effet collatéral est confirmé par l'analyse des pratiques des praticiens en matière probatoire.

1. M. BACACHE, « L'information médicale est-elle encore perfectible ? », *La Gazette du Palais*, Ed. Spéciale 2012, 7^{es} états généraux du dommage corporel. 2002-2012-2022 La loi Kouchner entre deux décennies, p. 1907.

2. *Ibid.*

3. Cf. *supra* n° 415, p. 214.

4. Cf. ainsi l'alinéa de l'article 1112-1 du code civil issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations au terme duquel « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. »

5. Réserve faite du prix. Il faut voir ici une application de l'adage *emptor debet esse curiosus*. Cf. art. 1112-1 al. 2 C.civ. : « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. »

6. Il existe aussi la théorie de la « pesée des risques ». Celle-ci vise à ne pas mentionner tous les risques, mais uniquement ceux qui sont pertinents. Cf. S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, 2^e éd., Pratique professionnelle, Editions du Juris-Classeur, 2003, n° 129, p. 72.

434. La question probatoire. La relation médicale étant bien souvent un « colloque singulier »¹, en cas de litige s'élèvera la parole de l'un contre celle de l'autre. Pour pallier ces difficultés, les praticiens ont aujourd'hui recours à des fiches d'information. Celles-ci, standardisées, contiennent l'identité du patient, la signature du médecin et un espace réservé aux commentaires et observations². Certaines fiches contiennent un espace pour la signature du patient, ce qui ne suffit bien entendu pas à prouver l'information préalable ni, *a fortiori*, le consentement³.

De telles pratiques vont à l'inverse de l'exigence d'un « colloque singulier » rappelé par l'alinéa 3 de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, puisqu'en plus de standardiser l'information, elles permettent la délivrance brute de celle-ci, sans assurance d'une compréhension par le patient. Il faut reconnaître que l'existence de tels documents double souvent la délivrance d'une information orale et permet que le patient prenne connaissance une nouvelle fois de ces informations. En effet, si la signature témoigne de la lecture du document par le patient, elle ne permet pas d'en déduire qu'il a compris les informations qui y sont contenues. De plus, il est possible que certains praticiens, croyant la délivrance de l'information *sur un papier* suffisante, délaissent la délivrance orale des informations préalables à l'acte médical.

L'impératif de sécurisation juridique de la pratique médicale impose cependant que ces documents témoignent non seulement de l'information, mais aussi de la compréhension des informations. Il est donc nécessaire que ces documents puissent être librement annotés et qu'ils ne soient pas uniquement des supports d'information, mais une trace de ce que ces informations ont été, conformément à l'alinéa 3 de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, délivrés au cours d'un entretien individuel⁴.

435. Il est intéressant de noter que la forme de la délivrance de l'information par les praticiens est fortement influencée par l'importance pour eux de se préconstituer une preuve de

1. Lorsque le consentement est donné en présence de tiers, la difficulté probatoire peut être résolue par l'existence de témoignages.

2. Pour un exemple, cf. *Fiches d'information des patientes*, URL : <http://www.cngof.fr/fiches-patientes> (visité le 26/05/2016). Voir aussi la prudence des ordres de médecins tant français (*Article 36 - Consentement du patient*, sous la dir. de CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS, URL : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-36-consentement-du-malade-260> (visité le 05/03/2015)) que belge (*Formulaire de consentement éclairé*, n° a085006, Conseil national de l'ordre des médecins (Belgique), 24 avr. 1999, URL : <https://ordomedic.be/fr/avis/conseil/formulaire-de-consentement-eclairé> (visité le 26/05/2016)) sur ce point. Ils rappellent que l'écrit ne saurait prouver le consentement.

3. *Opération de greffe de cornée*, Fiche d'information n° 07, Société Française d'Ophthalmologie, URL : http://www.sfo.asso.fr/sites/sfo.prod/files/files/FICHE-INFO-PATIENT_/07_greffe_de_cornee.pdf (visité le 11/06/2016).

4. Pour cela, nous proposons que les documents soient annotés pendant le rendez-vous (et donc remis au patient non à l'issue du rendez-vous, mais au début de celui-ci), tant par le praticien que par le patient (ce qui peut nécessiter deux exemplaires). Ces documents doivent donc être soulignés, annotés, travaillés. Il serait possible d'y inscrire des cases à cocher. Par ailleurs, il est absolument indispensable qu'ils contiennent un encadré vierge permettant de recueillir les différentes observations des patients. Dans tous les cas, ces documents, parce qu'ils visent à témoigner de la délivrance d'une information adaptée à la formation d'un consentement, ne peuvent être qualifiés de « contrats de consentement ». En effet, le consentement étant un fait juridique, il ne peut résulter d'un contrat. En revanche, ceux-ci constituent des attestations écrites et peuvent donc servir à prouver la délivrance d'une information. Ils peuvent donc être intitulés « attestation d'information » et peuvent servir à prouver la délivrance de l'information dans les formes de l'article 1315 du code civil.

la délivrance de l'information. La délivrance de l'information n'a donc plus pour unique but de permettre la formation d'une information. Elle sert aussi à prévenir les litiges pouvant découler d'un défaut d'information.

436. Cette information doit dès lors être strictement distinguée de l'information sur l'état de santé.

2. L'apparition postérieure de l'information sur l'état de santé

437. La distinction des deux types d'information dans les textes. La précision de la distinction s'est amoindrie avec le temps. Si celle-ci est bien marquée dans la convention d'Oviedo¹ — qui consacre deux chapitres distincts à ces informations² —, la distinction disparaît avec la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* qui inclut uniquement l'information préalable à l'acte médical à l'article 16-3 avant de réapparaître, mais confusément, dans le décret portant code de déontologie médicale de 1995. À l'article 35 le décret indique que « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose³. » Viennent ensuite des précisions sur le refus que pourrait opposer le patient à être informé sur son état de santé. À la lecture de ce texte, l'information sur l'état de santé — c'est-à-dire sur les résultats des diagnostics, par exemple — et l'information préalable à l'acte médical sont intimement imbriquées. Le tout est relatif à une information et c'est cette caractéristique qui semble suffire à ne pas les distinguer. Avec la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, la distinction semble être réaffirmée. Ainsi, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique est tout entier consacré au consentement et à l'information qui lui est préalable, tandis que l'article L. 1111-7 est dédié à l'information sur l'état de santé. Cependant, la distinction n'est qu'en apparence réaffirmée comme en témoigne l'article L. 1111-2. Celui-ci débute par l'affirmation selon laquelle « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé » avant de poursuivre en détaillant que cette information « porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention », ce qui est manifestement contradictoire. L'état de santé est un état et non un acte. Après avoir précisé le régime de l'information préalable à l'acte médical aux alinéas 1^{er} à 3^e, l'article poursuit en précisant le régime du refus d'information « d'un diagnostic ou d'un pronostic » avant de revenir à l'information préalable à l'acte médical, cette fois-ci pour ce qui concerne les mineurs. La lecture de l'article fixant les principes généraux — titre de la section dans laquelle est inclus cet article — est donc déconcertante. L'article fait un va-et-vient permanent entre les deux types d'information.

1. *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo »* 4 mai 1997.

2. Chapitre II - Consentement, Chapitre III - Vie privée et droit à l'information.

3. *Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995* portant code de déontologie médicale.

438. Il semble que de telles confusions ont parfois pu perturber une partie de la doctrine¹. Cependant, une autre partie de la doctrine fait une claire distinction entre les deux².

Il faut en effet nettement distinguer les deux types d'information, et ce pour de multiples raisons.

439. Argument historique. Nous constatons qu'historiquement, la confusion ne peut qu'être récente puisque l'information du patient sur son état de santé est issue du mouvement de promotion des droits des patients³, alors que l'information préalable au consentement est antérieure et correspond au mouvement de promotion de l'autonomie de la personne et remonte au début du XIX^e siècle⁴.

Les deux types d'information sont donc historiquement distincts.

440. Argument chronologique. De plus, ces informations sont délivrées à deux moments tout à fait distincts de l'acte médical : l'un est préalable tandis que l'autre est postérieur. L'information préalable à l'acte médical prend place avant cet acte et a pour objectif d'informer sur le caractère perturbateur de l'acte médical et son degré de risque prévisible. C'est donc une information purement prospective qui a pour objectif le consentement libre et éclairé de la personne, réputée autonome. L'information sur l'état de santé est une information portant sur un état constaté après un acte médical souvent diagnostique. L'information est donc postérieure à l'acte médical et elle est rétrospective. Elle peut comprendre un degré d'anticipation prospectif par la mention d'un « pronostic⁵ ». Mais il s'agira d'un pronostic sur l'état de santé et non sur la réussite ou non de l'acte médical et il n'a aucun impact immédiat sur l'acte médical en ce qu'il ne le décrit pas.

441. La différence de nature des données objet de l'information. Il existe entre les deux informations une différence de nature radicale. Tandis que l'information préalable à l'acte médical repose sur des données souvent épidémiologiques et statistiques — notamment pour les risques —, la donnée sur l'état de santé est individualisée et figée sur un contenu. Ainsi, avant d'instituer un régime permettant de consulter les données de santé, l'article L. 1111-7 du code de la santé publique dispose-t-il que « toute personne a accès à l'ensemble des informations

1. On trouve la qualification de droit subjectif associée à l'information préalable à l'acte médical alors qu'il s'agit d'une caractéristique propre à l'information sur l'état de santé dans une thèse récente. (J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, avec une préf. d'A. LAMBOLEY, Collection Thèses, n° 19, Les Editions Hospitalières, 2010, Thèse de droit privé soutenue à l'université des sciences sociales de Poitiers le 6 mars 2004, n° 861, p. 361). Dans cette même thèse, l'information sélective et le refus d'information sont traités dans le même développement que l'information préalable au consentement *Ibid.*, n° 930, p. 392.

2. Cf. A. RISSEL, *L'information médicale : Contribution à l'étude de la relation médicale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER, Thèse de droit, Rennes : Université de Rennes 1, 13 déc. 2011. Dans sa thèse, il distingue dans une première partie l'information préalable au consentement et, dans une seconde partie, l'information sur l'état de santé. Son outil de distinction est le fondement de ces deux informations : le consentement et le respect de la vie privée.

3. *Ibid.*, n° 72 et s., p. 36 et s.

4. Comme en témoigne l'arrêt Cass. civ., *M. Nicolas c. époux Mercier*, 20 mai 1936.

5. Ce terme vient du grec ancien et signifie littéralement « voir d'avance, prévoir ». Sur cette notion, cf. *supra* n° 112, p. 66.

concernant sa santé [...] ». Ainsi, les informations de santé sont-elles des données de santé formalisées. Les données de santé d'une personne peuvent être définies comme l'« ensemble des informations concernant sa santé détenue, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé ». L'article poursuit en listant les différents supports possibles en indiquant que ces données peuvent être « formalisées ou [avoir] fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé ». Il faut noter que cette liste est indicative comme en témoigne l'adjectif « notamment ». Dès lors, il est nécessaire d'instaurer un régime réglementant la circulation des données et leur restitution à la personne dont l'observation a permis de les créer.

Théoriquement, les données n'ont pas la même origine. Les données sur l'état de santé prennent place dans la relation médicale tandis que l'information préalable à l'état de santé est une condition de l'acte médical.

442. La question du silence thérapeutique. À la différence de l'information préalable, l'information sur l'état de santé peut recevoir une exception du fait de sa particulière gravité et de l'état de fragilité de la personne. C'est ce qu'admet l'article R. 4127-42 du code de la santé publique en autorisant un médecin à limiter l'information de son patient au sujet d'un diagnostic ou pronostic grave pour le cas où cela se justifie du fait de son état de santé¹.

En matière d'information préalable, il serait impensable que cette exception puisse exister, car le consentement serait nécessairement vicié et la responsabilité du praticien pourrait être engagée.

443. Distinction à raison du but. Il faut cependant noter que le droit à l'information préalable à l'acte médical se rapproche du régime de l'information sur l'état de santé en ce que son non-respect génère un préjudice personnel. Néanmoins, la Cour de cassation a progressivement² affirmé qu'il s'agissait d'un préjudice d'impréparation³. Ainsi, selon la Cour, l'information est un droit personnel autonome mais reste un « accessoire au droit à l'intégrité physique », ce qui marque sa spécificité.

1. Cela a été accepté par un arrêt du 23 mai 2005. (Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2000, n° 98-18513) Cet arrêt « énonce que cette limitation doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade. » Pour un commentaire, voir Cl. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, avec une préf. de P. MAZEAUD, 2^e éd., Grands arrêts, Dalloz, 2016, p. 55.

2. En effet, elle a commencé par juger que « le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ». Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591. Elle ne précisait alors pas de quel type de préjudice il s'agissait.

3. Cass. 1^{re} civ., *M. Brègue c/ M. Gilet, M. Mahé et ailli*, 12 juil. 2012, *Bull. civ.*, n° 165, n° 11-17510. On doit sûrement cette expression à M. PENNEAU, « Le défaut d'information en médecine », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 46.

Le but de l'information préalable à l'acte médical n'est donc pas l'information en tant que telle, mais de générer un consentement éclairé. En effet, « l'information n'a rien d'une norme autonome¹ » et la faute du médecin consistera dans le fait de ne pas avoir obtenu du patient un réel consentement. Dès lors, en suivant A. RISSEL, on peut noter que l'information n'est due que lorsqu'elle a un impact sur la décision. Ainsi doit-elle porter sur les risques graves ou fréquents, mais non sur les risques bénins ou exceptionnels et « c'est le consentement à l'acte qui permet de distinguer ce qui doit être considéré comme une faute du médecin de ce qui ne doit pas l'être² » et « le fait d'appréhender la faute du médecin au travers de ce prisme du consentement à l'acte justifie parfaitement l'exclusion de principe de toute réparation dans des cas où il apparaît que cette information n'aurait eu aucune incidence sur le consentement à l'acte³ ».

444. Il faut donc clairement distinguer l'information préalable à l'acte médical et l'information sur l'état de santé. De plus, il est nécessaire de savoir si, en lui-même, le consentement qui résulte de l'information préalable au consentement est suffisant pour pouvoir pratiquer légalement l'acte médical. Cela revient à s'interroger sur le point de savoir si le consentement est suffisant à justifier seul l'atteinte médicale.

B. L'inefficacité du consentement à justifier seul l'atteinte médicale

445. Donner au consentement l'aptitude de justifier à lui seul l'atteinte médicale est aujourd'hui refusé par le droit français (1.). Néanmoins, l'évolution jurisprudentielle et doctrinale plaiderait en faveur de la capacité pour le consentement de constituer un fait justificatif (2.).

1. Le refus de donner au consentement la capacité à justifier seul l'acte médical

446. **En doctrine.** Les manuels de droit pénal spécial semblent unanimes sur la question : le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif⁴.

Cette inefficacité du consentement à autoriser seul les actes médicaux est constamment confirmée par la doctrine. Ainsi, « le consentement d'une victime à l'acte n'est pas considéré comme un fait justificatif d'une atteinte à l'intégrité corporelle et ne dispense pas le médecin d'éventuelles poursuites si l'intervention du médecin ne remplit pas les autres conditions de licéité⁵. » Cette conclusion se tire de l'articulation des deux alinéas de l'article 16-3 du code civil

1. A. RISSEL, *L'information médicale : Contribution à l'étude de la relation médicale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER, Thèse de droit, Rennes : Université de Rennes 1, 13 déc. 2011, n° 321, p. 135.

2. *Ibid.*, n° 324, p. 136.

3. *Ibid.*, n° 326, p. 136.

4. Voir la liste exhaustive dressée par X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », Vers la reconnaissance d'un fait justificatif?, *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes moeurs »* n° 49, 2009, *La liberté du consentement*, t. 2, p. 85.

5. Br. PY, « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale » in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Dix-neuvièmes journées d'études de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, 15 juin 2012, sous la dir. de M. DANTI-JUAN, t. XXVIII,

qui sont cumulatifs. Aussi, « Le consentement n'est licite que dans la limite de l'autorisation de la loi, ou de l'ordre public¹. »

Le consentement ne suffit donc pas pour autoriser l'atteinte. Celle-ci ne peut être licite que lorsque « l'acte [...] répond aux exigences strictes posées par les textes : nécessité médicale, conformité aux connaissances médicales avérées, proportionnalité bénéfice escompté/risques encourus² ». Ainsi, n'est-ce que parce que des textes autorisent l'action sur le corps et qu'ils rappellent ou ne font pas exception au principe selon lequel il est nécessaire de recueillir le consentement de la personne que le consentement permet d'autoriser l'acte³.

Par ailleurs, ce serait l'une des caractéristiques du droit médical français puisque c'est « la société (et non l'individu) qui, en fonction de son évolution, légitime certains actes médicaux non thérapeutiques⁴. » La volonté devrait donc être accompagnée d'une autorisation de la loi.

447. En jurisprudence. La question du caractère suffisant de la volonté pour légitimer l'acte médical a trouvé une réponse en matière de stérilisation contraceptive. Ainsi, dans l'*Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, a-t-il été refusé que le consentement des personnes ayant volontairement subi une stérilisation soit un obstacle aux poursuites diligentées contre l'auteur de cette atteinte⁵. Pareillement, interrogée sur la possibilité d'autoriser la stérilisation contraceptive sur le fondement du consentement de la personne, la Cour de cassation a rappelé que le consentement ne saurait suffire et elle a visé l'article 16-3 du code civil qui fait référence au but des actes médicaux. La Cour est ainsi d'avis qu'« une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil⁶. » L'idée des plaideurs était de contourner le but habituel des actes médicaux qu'est le but thérapeutique pour permettre une action non thérapeutique sur le fondement unique de la volonté de la personne.

448. Dans les textes. Devant le refus exprimé par la Cour de cassation d'abonder dans le sens de cette réflexion, le législateur est intervenu avec la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* et a expressément autorisé

Editions Cujas, 2013, p. 136.

1. A. BATTEUR, *Le consentement sur le corps en matière médicale* in J.-M. LARRALDE, *La libre disposition de son corps*, Droit et justice, Bruylant-Nemesis, 2009, n° 18 p. 54.

2. Fr. VIALLA, « Bref retour sur le consentement éclairé », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 292.

3. D. THOUVENIN, « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit*, mai-juin 1994, n° 6, p. 57, spec. p. 58.

4. Br. FEUILLET, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006, spec. p. 212.

5. Cass. crim., *Affaire « des stérilisés de Bordeaux »*, 1^{er} juin 1937, *S.*, I, p. 193. Les juges indiquent « que le consentement des opérés ne peut être exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public ; que c'est évidemment les violer que d'accomplir sciemment de telles lésions corporelles que ne justifiaient impérieusement aucune nécessité médicale ou chirurgicale. » Sur cette affaire, lire *supra* n° 350, p. 182. Pour un arrêt plus ancien, voir Cass. crim., *Mongenot*, 13 août 1813, *S.*, 1913.I.417.

6. Cass. avis., 6 juil. 1998, n° 98-00006.

cet acte médical en le subordonnant, bien entendu, au consentement¹. Cette modification par la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* du régime de la stérilisation est symptomatique du respect de la nécessité d'une autorisation par la loi de l'acte. Cela avait été noté dans les travaux qui ont conduit à la création de l'article 16-3 du code civil. Ainsi M. VAUZELLE — garde des sceaux — disait-il que « le consentement ne suffit pas, l'intéressé doit être protégé contre lui-même. Il est des pensées "folles" qui peuvent traverser l'esprit de certains êtres déséquilibrés et conduire, par exemple, à des automutilations. Leur condamnation doit être prononcée au nom d'un intérêt qui ne saurait se confondre avec un sentiment personnel ou subjectif et qui, pour cette raison, doit être qualifié de "légitime"². » Dans l'esprit du législateur, le consentement ne justifie l'atteinte à l'intégrité du corps que si celle-ci est fondée sur un intérêt légitime.

Cela a été traduit dans le projet de loi ayant mené à l'article 16-3 du code civil. Celui-ci disposait que « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé hors le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ou sauf dispense de la loi³. » Un amendement est déposé par J.-Fr. MATTEI pour supprimer cet article. Il est préoccupé par le fait que le consentement devienne un fait justificatif de l'intervention médicale et par le fait que la loi puisse faire exception à ce principe. Il constate aussi que l'« intérêt légitime » est une notion molle qui n'a pas sa place dans un texte définissant des principes. La formulation est vigoureusement défendue par le garde des Sceaux qui indique que le concept d'intérêt légitime « traduit l'idée qu'au-delà de la volonté individuelle, une atteinte corporelle doit trouver sa justification au plan social⁴. »

Ainsi, l'article 16-3 conservera-t-il l'idée de la nécessité d'une légitimité avec la « nécessité thérapeutique » et requerra, dans un alinéa distinct, le consentement de l'intéressé. Dès lors, on peut conclure à un cumul des deux éléments pour que l'acte médical soit autorisé par la loi.

Pour que le consentement soit efficace, il faut que l'acte ait été préalablement autorisé, ce qui revient à dénier au consentement une efficacité propre. Ceci explique par exemple que l'euthanasie ne soit pas autorisée à ce jour en France.

449. Néanmoins, faire du consentement un fait justificatif peut être envisagé.

1. Cf. Arts. L. 2123-1 et L. 2123-2 CSP.

2. *Assemblée Nationale, 3e séance du 20 novembre 1992, compte rendu intégral des débats*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 5826. Au demeurant, l'exemple de l'automutilation était très mal trouvé. En effet, le droit médical est un droit des rapports médicaux et il est clair que l'homme est souverain sur son corps. Cette souveraineté va jusqu'au suicide. Ainsi, le droit médical n'est d'aucun secours pour l'automutilation.

3. *Ibid.*, p. 5835.

4. *Ibid.*, p. 5839.

2. La possibilité de faire du consentement un fait justificatif permettant de justifier seul l'atteinte médicale

450. Contexte social. Faire du consentement un fait justificatif est une idée aujourd'hui répandue. Il est ainsi demandé que la mort soit une « ultime liberté » et une campagne de promotion de l'interruption volontaire de grossesse ayant pour slogan « mon corps, mon choix, mon droit ¹ » a été mise au point par le Gouvernement.

451. En droit, la question a été soulevée à l'occasion de l'arrêt *K. A. et A. D. c/ Belgique*². Dans cet arrêt, la CEDH indique que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ³ ». Elle précise plus loin que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 §2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité ⁴ ».

La doctrine voit dans cette décision une importante évolution de la position de la Cour européenne des droits de l'homme : la répression pénale des lésions corporelle aurait maintenant comme fondement, non la protection de la santé, mais la volonté de la personne ⁵. Cette décision inquiète. En effet, non seulement elle institue le consentement en fait justificatif, mais en plus, elle ne fixe aucune limite à l'efficacité du consentement ⁶ et se refuse à voir les imperfections du consentement au titre desquelles on peut trouver la question du contrôle de l'intégrité du consentement, et de sa persistance dans le temps ⁷.

452. On pourrait néanmoins considérer que cette solution peut être cantonnée à la sphère de la vie sexuelle puisque fondée sur l'article 8 de la CEDH ⁸. Il semble en effet difficile de la transposer en matière médicale. La Cour s'y était refusée en matière d'euthanasie en 2002 ⁹.

1. *Mon corps, mon choix, mon droit*, URL : <http://jeunes.gouv.fr/actualites/agenda/article/mon-corps-mon-choix-mon-droit> (visité le 30/05/2016).

2. Dans cette affaire, deux notables belges avaient été condamnés pour violence après que des enregistrements de soirées sado-masochistes aient été découverts. Les sévices qu'ils infligeaient à la victime étaient particulièrement sévères, allant jusqu'à lui infliger des chocs électriques, malgré les plaintes de celle-ci.

3. CEDH, 1^{re} sect., *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 15 fév. 2005, Requêtes n^{os} 42758/98 et 45558/99, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-68354>, n^o 83.

4. *Ibid.*, n^o 84.

5. X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », Vers la reconnaissance d'un fait justificatif?, *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes moeurs »* n^o 49, 2009, *La liberté du consentement*, t. 2, p. 88.

6. E. FRAGU, *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle : Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, sous la dir. de Y. LEQUETTE, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 9 nov. 2015, n^o 946, p. 463.

7. *Ibid.*, n^{os} 950 et s., p. 465 et s.

8. À l'appui de cette position, nous pouvons trouver l'idée de F. TULKENS selon laquelle « Le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ». M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes moeurs »* n^o 48, 2009, *La liberté du consentement*, t. 1, p. 19.

9. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, n^o 2346/02.

Néanmoins, il semblerait qu'elle soit sur le point de renverser cette solution comme le laisse penser l'arrêt *Haas c. Suisse*¹.

453. L'importance croissante de l'autonomie personnelle fait donc craindre que la volonté puisse être instituée en fait justificatif. Si la Cour formule souvent des injonctions à l'égard des États membres, il ne faut néanmoins pas négliger le fait que la Cour rend ses décisions au sujet de cas spécifiques. Ainsi, ses décisions n'ont-elles pas *nécessairement* de conséquences pour le système juridique national. Il est ainsi peu probable que la Cour européenne des droits de l'homme appelle à la reconnaissance du consentement comme fait justificatif spécial.

Cependant, s'il advient que la Cour reconnaisse une violation de la Convention par un État membre du fait de l'interdiction de pouvoir pratiquer un acte médical sur le corps humain, celle-ci sera obligée de contraindre l'État à autoriser la pratique de tels actes. Cela supposerait donc d'autoriser un praticien à commettre un acte normalement infractionnel.

454. En outre, il faut constater que l'idée selon laquelle le consentement de la personne peut être un fait justificatif fait son chemin². Les droits pénaux allemand, espagnol, autrichien, grec ou portugais ont inclus le consentement comme fait justificatif³. Divers arguments ont été soulevés par X. PIN⁴. Un premier argument axiologique peut être évoqué : considérant que le droit pénal a pour objectif de réprimer l'atteinte à un intérêt protégé, dès lors, le consentement peut justifier l'atteinte à un intérêt disponible et l'intégrité corporelle serait de ces intérêts. Ainsi, en droit allemand, l'efficacité du consentement de la victime est conditionnée à la disponibilité

1. CEDH, *Haas c. Suisse*, 20 jan. 2011, req. n° 31322/07, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102939>, §51. Elle y écrit que « la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. » On est ainsi loin du temps où elle écrivait que « La requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. » CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, n° 2346/02, §67. Mais c'est avec l'arrêt *Haas* qu'elle va évoquer une « obligation positive de l'État de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide dans la dignité ». CEDH, *Haas c. Suisse*, 20 jan. 2011, req. n° 31322/07, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102939>, §53. Sur ces questions cf. E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, sous la dir. de Y. LEQUETTE, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 9 nov. 2015, n° 1004, p. 496.

2. Pour un apport de théorie néo-libérale, cf. V. VALENTIN, *Droit et légitimité. L'épreuve du consentement. in Droit et légitimité*, sous la dir. de L. FONTAINE, Nemesis, Bruxelles : Bruylant, 2011. L'introduction du consentement comme fait justificatif serait pour lui la possibilité pour le droit d'annuler « le probable "vice de consentement" » à l'origine du droit : nécessairement mal né, car non directement ou intégralement issu de son consentement ». Ainsi, « pour que le droit se rapproche de la légitimité, il faut lui donner un contenu auquel chacun pourrait librement consentir, auquel personne ne pourrait ne pas consentir. » (*Ibid.*) En somme, le droit tirerait sa légitimité de l'absence totale de frustration des sujets de droit. Le droit, selon cet auteur, serait alors réductible à un plus petit dénominateur acceptable par toutes les volontés populaires.

3. Cf. sur ce point X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », Vers la reconnaissance d'un fait justificatif?, *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »* n° 49, 2009, *La liberté du consentement*, t. 2, p. 88.

4. *Ibid.*

de l'intérêt protégé¹.

Un second argument peut être soulevé, d'ordre herméneutique : la violence suppose d'être à la fois non consentie et brutale. Cette brutalité serait le critère permettant de limiter ce à quoi peut consentir l'homme et limiterait l'efficacité du consentement comme fait justificatif. Ainsi, le bizutage, s'il est consenti, peut être considéré comme brutal et être réprimé². X. PIN y voit la possibilité « d'intégrer dans la norme pénale à la fois un ordre public de protection individuelle et un impératif de santé publique » en ce qu'elle « permet de limiter le domaine de l'incrimination aux seuls actes qui en raison de leur brutalité choquent la conscience commune³. »

455. Une telle proposition reviendrait à inverser l'état actuel du droit en instituant un système d'*opt-out* dans lequel les patients pourraient consentir à tout sauf à certains actes médicaux spécifiquement définis comme brutaux ou allant à l'encontre d'une valeur indisponible. Instituer le consentement en fait justificatif reviendrait aussi à priver le droit de l'efficacité de l'autorisation de la loi qui, en plus d'instituer un système d'*opt-in* en listant les types d'actes médicaux auxquels peuvent consentir les patients, vient conditionner certains actes à un régime spécial⁴.

456. Il semble qu'en l'état actuel du droit, l'on soit loin d'avoir institué le consentement en fait justificatif en matière médicale. Il est même possible d'envisager que l'acte médical puisse être pratiqué sans consentement.

§ 2. L'hypothèse de l'absence de consentement

457. La médecine a mis en son centre le consentement du patient. Il existe cependant des cas dans lesquels le consentement est absent. Il faut cependant et préalablement distinguer ces hypothèses des actes effectués avec un consentement existant, mais contraint.

458. Préalable : les actes contraints, mais non obligatoires. Certains actes sont pratiqués non parce que la personne le désire, mais parce qu'elle est amenée à consentir par la contrainte plus ou moins explicite de la société. Cette contrainte fait que le refus de soin entraînera une sanction plus ou moins importante pour la personne. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une violation du caractère éclairé du consentement, mais de son caractère libre.

1. Il faut y voir une caractéristique du droit allemand. Sur cette caractéristique, lire X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC*, 2003, p. 259.

2. Il faut noter que l'article 225-16-1 du code pénal, en plus de définir le bizutage, indique que le consentement est indifférent et que cette infraction spécifique n'a pas vocation à se substituer aux délits et crimes de violence, de menaces ou d'atteintes sexuelles et viol.

3. X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », Vers la reconnaissance d'un fait justificatif?, *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes moeurs »* n° 49, 2009, *La liberté du consentement*, t. 2, p. 102.

4. Cf. *infra* n° 605 et s., p. 297 et s.

Il faut avant tout noter que la jurisprudence refuse les contraintes qui ne seraient pas fondées sur un texte. Il en va ainsi de l'obligation pour la victime de minimiser son dommage. En retenant au visa des articles 16-3 du code civil et L. 1142-1 et L. 1111-4 du code de la santé publique que « le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection¹ », la Cour de cassation refuse de donner au refus de soins des conséquences et notamment la limitation de l'indemnité². Ainsi, il ne peut y avoir de contrainte sur le consentement à moins qu'elle ne soit fondée sur un texte spécial.

Trois hypothèses de soins contraints existent : les soins obligés en vertu d'une contrainte pénale, sanctionnés par le refus d'une remise de peine, les vaccinations obligatoires, sanctionnées par un refus de prestations sociales de la part de la société et par une sanction pénale et certains actes nécessaires à la recherche de la vérité.

459. Soins obligés : obligation de soins et injonctions de soins. La loi mentionne l'injonction de soins³ et non l'obligation de subir un acte médical. L'acte médical est en quelque sorte mis à distance de la relation de soins. Il est facultatif puisqu'un médecin peut avoir une relation de soin sans pratiquer d'acte médical.

La libération conditionnelle peut être refusée si le détenu durant sa détention ne suit pas le traitement proposé par le juge d'application des peines⁴ et la libération conditionnelle ne pourra pas être accordée si le condamné ne s'engage pas à se soumettre à l'injonction de soins⁵. Lors du non-respect du suivi socio-judiciaire au cours d'une permission de sortir, d'un placement en semi-liberté, d'un placement à l'extérieur ou d'un placement sous surveillance électronique, sont appliquées les sanctions applicables à l'aménagement de peine puis les sanctions d'emprisonnement pour non-respect des obligations de suivi socio-judiciaire. Mais en aucun cas ces sanctions ne sont mises en œuvre lorsqu'aucun acte médical n'a été effectué puisque seuls les « soins » sont exigés.

Néanmoins, il faut noter que cela a tout l'air d'un système contraignant *de facto* le condamné à subir un acte médical. Imaginons que l'injonction de soins vise le suivi d'un traitement inhibiteur de libido. En cas de refus du patient de se soumettre à ce type de soin qui, par nature,

1. Cass. 1^{re} civ., *M. X. c. Clinique Bel Air*, 15 jan. 2015, *Bull. civ.*, n° 13-21180.

2. Cette solution a été reprise par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Cf. *Avant-projet de loi. Réforme de la responsabilité civile*, Ministère de la justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau, 29 mai 2016, URL : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpj1-responsabilite-civile.pdf (visité le 31/05/2016), arts. 1233 al. 2 et 1263.

3. L'injonction de soins est une modalité du suivi socio-judiciaire. Celle-ci est fondée sur une imbrication des autorités sanitaires et judiciaires. Cette injonction peut aussi être prononcée dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'une libération conditionnelle, d'une surveillance judiciaire, d'une surveillance ou d'une rétention de sûreté. C'est donc un mécanisme principalement post-sentenciel. La procédure est définie aux articles L. 3711-1 et suivant du code de la santé publique.

4. Arts. 717-1 et 763-7 CPP.

5. Arts. 717-1 et 763-7 CPP.

suppose un acte médical consistant à introduire dans le corps de la personne des substances propres à inhiber la libido, le condamné sera incarcéré. Dans ces conditions, il y a tout lieu de considérer que le consentement est drastiquement limité¹.

460. L'obligation de soins est de nature différente. Elle prend place dans le cadre du suivi socio-judiciaire² et est conditionnée à la possibilité de traiter la personne condamnée. En théorie, il n'est pas question de contraindre le condamné à un traitement. Ainsi, le code de procédure pénale dispose-t-il que « le juge de l'application des peines avertit le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du code pénal pourra être mis à exécution³. » Par ailleurs, « constitue pour le condamné une violation des obligations qui lui ont été imposées le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins⁴. »

Ainsi, ce sont ici les soins eux-mêmes qui sont visés et non la relation de soins. Mais là encore, le soin conditionne la non-application d'une sanction qui sera mise en œuvre si le soin n'est pas suivi. Dans ce cas, l'enjeu est plus grand et on peut constater une sérieuse contrainte sur la liberté.

461. Vaccinations obligatoires. La vaccination dite « obligatoire » est celle dont le respect est assuré par des incitations mises en œuvre par l'État. Deux types d'incitations sont prévues. D'une part l'État peut conditionner le bénéfice ou l'accès à certains services à la présentation d'un certificat de vaccination obligatoire⁵. D'autre part, le non-respect de l'obligation de vaccination obligatoire est réprimé pénalement. Cependant, l'État ne contraint pas le corps dans sa personne, il n'impose pas physiquement la vaccination obligatoire.

Ce n'est pas ainsi à proprement parler la non-vaccination obligatoire qui est réprimée, mais la non-conformité aux obligations vaccinales. Ainsi, est-il prévu qu'en cas de contre-indication médicale reconnue, il puisse ne pas être effectué de vaccination obligatoire et que la personne soit tout de même en conformité avec ses obligations vaccinales⁶.

462. S'approchent de l'hypothèse des vaccinations les actes médicaux pratiqués dans le cadre des affections de longue durée. L'article L. 324-1 du code de la sécurité sociale⁷ impose en effet aux bénéficiaires des prestations fournies dans le cadre d'affection de longue durée un certain nombre d'obligations pour que soient maintenues ces prestations. Parmi ces obligations

1. Lire à ce sujet : P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, 2011, vol. 82, p. 19–39.

2. Art. 763-1 CPP.

3. Art. 763-3 al. 3 CPP.

4. Art. 763-5 al. 3 CPP.

5. CE, ass, *sieur Graff*, 4 juil. 1958, *Rec. Lebon*, p. 414, n° 41841.

6. CE, *Guyader*, 12 fév. 1969, n° 73995.

7. Modifié par la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* de modernisation de notre système de santé, art. 198.

figure l'obligation pour le bénéficiaire « de se soumettre aux traitements et aux mesures de toute nature prescrits par le médecin traitant et, en cas de désaccord avec le service du contrôle médical, par un expert ». Cet article revient ainsi à conditionner le bénéfice de la prise en charge à l'acceptation de certains actes médicaux y compris sur le corps humain.

463. Actes médicaux nécessaires à la recherche de la vérité. Il est possible que soit imposée l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. Le refus est sanctionné par l'article 706-56 du code de procédure pénale¹. En matière civile — en recherche ou en contestation du lien de filiation notamment —, la sanction est différente puisque le juge a le droit, dans ce cas, de tirer toutes les conséquences du refus². Cependant, l'acte, s'il concerne un élément du corps, ne supposerait pas en lui-même un acte violant l'intégrité corporelle puisqu'un recueil de matériel génétique détaché du corps humain est suffisant.

464. Ces cas de contraintes sur le consentement étant exposés, il faut évoquer les cas dans lesquels un acte médical peut être pratiqué sans le consentement du patient. En limitant les cas dans lesquels un acte médical sans consentement peut être pratiqué aux hypothèses où l'intéressé n'est pas à même de consentir (A.), l'article 16-3 du code civil rend impossible la pratique d'un acte médical sans consentement (B.)

A. Les cas légaux d'actes pratiqués sans le consentement

465. L'article 16-3 du code civil conditionne la pratique d'actes sans consentement aux actes thérapeutiques pratiqués sur une personne inapte à consentir (1.). Il faut aussi noter que sont autorisés les actes pratiqués dans le cadre d'hospitalisations psychiatriques sans consentement (2.).

1. L'acte thérapeutique sur une personne inapte à consentir

466. Le second alinéa de l'article 16-3 du code civil dispose que « 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. » Il est sur ce point en contradiction avec le quatrième alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui conditionne l'acte médical sur une personne « hors d'état d'exprimer sa volonté » à la consultation de la personne de confiance, de la famille ou d'un des proches.

Cette condition de la consultation de tiers *ad hoc* peut être outrepassée en cas d'urgence ou d'impossibilité. L'article L. 1111-4 est énigmatique lorsqu'il fait référence à l'« impossibilité ».

1. La peine encourue est d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette peine est doublée lorsque la personne qui refuse est condamnée pour crime.

2. Pour une application intéressante de ce principe, cf. CEDH, 5^e section, *Canonne c. France*, 2 juin 2015, Requête n° 22037/13, URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155722>.

Sur ce point, c'est bien à l'impossibilité de consulter les tiers *ad hoc* à laquelle fait référence l'article¹.

467. Ainsi, l'acte médical peut être pratiqué sans le consentement de la personne lorsque trois conditions sont remplies : que l'acte poursuive un but thérapeutique, que la personne soit inapte à consentir et qu'un tiers ait été consulté. Parmi ces conditions, une seule est aisément contrôlée : celle de la consultation du tiers *ad hoc*. Les autres renvoient à des standards et peuvent être interprétées par les praticiens. Ainsi, la détermination de l'inaptitude à consentir peut-elle varier d'un praticien à l'autre², tout comme peut varier la définition de ce qui est thérapeutique³.

468. Le cas spécifique des personnes protégées. Il faut par ailleurs constater que les personnes sous tutelles sont soumises à des dispositions spécifiques. Si leur sont garanties une information préalable à l'acte médical et une participation à la décision⁴, leur consentement, pourtant recherché, peut ne pas prévaloir⁵.

469. Contrairement au régime des actes sur les personnes protégées, les actes pratiqués dans le cadre d'admission en soins psychiatriques et pratiqués sans consentement ne sont en réalité pas dérogatoires au droit commun.

2. L'acte pratiqué dans le cadre d'admissions en soins psychiatriques sans consentement

470. Il pourrait être avancé que l'admission en soins psychiatriques sans consentement est une dérogation aux dispositions exigeant un consentement éclairé. Cela supposerait que les actes pratiqués au cours de ces soins le soient à des conditions distinctes des quatre conditions que nous venons d'évoquer.

1. Cette formulation provient sûrement du Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 *portant code de déontologie médicale* dont l'article 41 dispose qu'« aucune intervention mutilante ne peut-il être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ». L'article 42 reprend ensuite la substance de l'article 5 du Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 *portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947*. Cette position est reprise par la Cour de cassation lorsqu'elle juge dans une formule pérenne (*Cf.* ainsi Cass. 1^{re} civ., 15 juil. 1999, n° 97-20160, Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1999, n° 97-21220) qu'« hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement. (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.297. Nous soulignons.) ». Il faut noter que l'« urgence ou l'impossibilité » ne visent pas la même chose : pour l'article L. 1111-4, il s'agit de l'impossibilité de recueillir l'avis des tiers, pour le code de déontologie, de recueillir le consentement.

2. *Cf.* sur ce point V. DOUMENG, « *Ton corps nous appartient* » : *Réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte in Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, sous la dir. de B. BEIGNIER et al., 2015, p. 64.

3. *Cf. supra* n° 461 et s., p. 235 et s.

4. Art. L. 1111-2, al. 5 CSP.

5. Art. L. 1111-4, al. 6 CSP.

Les règles relatives à l'admission en soins psychiatriques sans consentement visent-elles alors à faire exception au consentement où à établir les conditions auxquelles il est possible de priver quelqu'un de sa liberté à des fins thérapeutiques ?

471. L'article L. 3212-1 du code de la santé publique conditionne l'admission sans consentement de la personne à la démonstration que celle-ci est atteinte de troubles mentaux rendant impossible son consentement et que son état nécessite des soins immédiats supposant « une surveillance médicale constante ». Une fois ces éléments établis, il est possible de mettre en œuvre la mesure d'admission.

La notion de pathologie mentale est donc tout à fait centrale puisqu'elle conditionne un régime juridique clairement attentatoire à la liberté d'aller et venir, dont le contrôle revient au juge judiciaire¹.

472. La spécificité de ce régime est qu'il ne concerne que la mise en œuvre des règles d'admission. Il ne dit rien des actes médicaux eux-mêmes. Ces règles régissent le cadre des actes, leur contexte qu'est l'hospitalisation psychiatrique alors que nous cherchons à connaître le régime des actes pratiqués dans ce cadre.

Mis à part l'article R. 3211-1 du code de la santé publique qui évoque le fait que les programmes de soins psychiatriques peuvent nécessiter des traitements médicamenteux, les soins psychiatriques ne sont pas clairement définis dans la loi. Celle-ci se concentre en effet sur les conditions d'admission et de maintien en milieu psychiatrique. Définir les « soins psychiatriques » suppose donc de trouver une définition extra-juridique. Celle-ci peut être trouvée dans le *Plan Psychiatrie et Santé mentale 2011-2015* qui définit les soins comme « un ensemble d'actions s'inscrivant dans le projet de vie de la personne, ajusté régulièrement aux besoins et aux capacités de celle-ci. Ils visent à guérir la personne, à apaiser sa souffrance, lui apprendre à gérer et soigner sa maladie, réduire les manifestations de celle-ci, et permettre à la personne de mieux vivre avec². » Il n'y a donc pas uniquement des actes non attentatoires à l'intégrité physique et il est parfaitement envisageable que des actes sur le corps³ puissent être pratiqués, y compris sans le consentement de la personne.

1. Art. L. 3216-1 CSP. Auparavant, le juge administratif connaissait de ces décisions.

2. *Plan Psychiatrie et Santé mentale 2011-2015*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, URL : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_Psychiatrie_et_Sante_Mentale_2011-2015.pdf (visité le 31/05/2016), p. 9.

3. Se pose la question du droit applicable aux contentions. Ces actes ne sont en effet pas des actes violant l'intégrité corporelle. Le législateur a entendu leur aménager un régime spécial avec l'article 72 de la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* en créant l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique. Cet article indique que l'isolement et la contention sont des « pratiques de dernier recours » ne pouvant être mises en œuvre que pour « prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui ». Elles supposent une décision d'un psychiatre, l'inscription de la mesure sur un registre *ad hoc* et ne peuvent être pratiquées que pour une durée limitée. Voir à ce sujet Cl. FINKELSTEIN, « La contention en psychiatrie : il faut désormais respecter la loi » 2016, URL : http://www.fnapsy.org/tc/FNAPSY_Contention_Psy_GD.pdf (visité le 01/06/2016).

473. Ainsi, à défaut de règles spécifiques régissant l'exercice de tels actes, il faut se tourner vers le droit commun. Si l'on suit les articles 16-3 du code civil et L. 1111-4 du code de la santé publique précédemment étudiés, seuls peuvent être pratiqués sur une personne inapte à consentir les actes thérapeutiques à la condition qu'un tiers ait été préalablement consulté.

Deux conclusions peuvent être tirées de ce raisonnement. D'une part, le régime des actes médicaux psychiatriques sur le corps humain est soumis au droit commun. D'autre part, durant ces admissions, un acte sans rapport avec un soin psychiatrique pourra être pratiqué, pourvu qu'il respecte les règles issues du droit commun des actes sans consentement¹. Imaginons par exemple qu'une personne admise en soins psychiatriques à la demande d'un tiers présente un état pathologique étranger à une pathologie psychiatrique comme une appendicite. La chirurgie visant à résoudre cette inflammation pourra être pratiquée puisqu'elle est thérapeutique et que la personne n'est pas à même de consentir. Il faudra juste que soit consulté un tiers.

474. Les actes de psychiatrie, même sous contrainte, doivent donc respecter les trois conditions issues des articles 16-3 du code civil et L. 1111-4 du code de la santé publique. Hors ces hypothèses, il n'est pas possible de pratiquer un acte médical en l'absence de consentement.

B. L'impossibilité de pratiquer un acte médical en l'absence de consentement

475. En l'absence de consentement, l'acte est illégal. La sanction de l'acte non consenti ne présente pas de spécificités particulières. En droit pénal, la sanction dépendra du résultat. L'infraction qui sera reprochée dépend ainsi directement de la matérialité de l'acte. En droit ordinal, il s'agit d'une infraction à l'article R. 4127-36 du code de la santé publique. En droit civil, il faut noter que le fondement de la faute a changé, passant de l'article 1147 à une combinaison des articles L. 1111-4 du code de la santé publique et 16-3 du code civil².

476. En principe, le refus de soins doit être éclairé (1.). Néanmoins, lorsque l'acte est pratiqué dans l'intérêt d'un tiers, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit précédé d'une information (2.), ce qui rend le refus souverain.

1. Nous remercions B. MORON-PUECH de nous avoir fait part de cette difficulté de certains praticiens de la psychiatrie.

2. Voir ainsi Cass. 2^e civ., 12 déc. 2013, *inédit*, n° 12-29392. Cet arrêt juge que « les dispositions des articles L. 1111-4 du code de la santé publique et 16-3 du code civil étaient inapplicables à l'espèce où n'était pas en cause la question du consentement d'un patient à un acte médical ou à une intervention thérapeutique ». Voir aussi Cass. 1^{re} civ., *M. X. c. Clinique Bel Air*, 15 jan. 2015, *Bull. civ.*, n° 13-21180. Cet arrêt juge que « Vu l'article 16-3 du code civil, ensemble les articles L. 1142-1 et L. 1111-4 du code de la santé publique ; Attendu que le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection. »

1. Le refus souverain est le refus qui a été éclairé

477. Règles relatives au refus de soins. Le sujet du refus de soins est l'objet de l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique. Cet alinéa est immédiatement complété par l'alinéa 3. Ceux-ci disposent que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix » et 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. »

Il trouve un écho dans l'article R. 4127-36 du code de la santé publique qui dispose que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. »

Dans ces articles on peut trouver deux constantes au refus de soins : il peut intervenir à tout moment et il doit être donné en connaissance des conséquences que l'inaction pourrait avoir sur l'état de santé de la personne. Ainsi, au même titre que le consentement, le refus de soins doit être éclairé.

478. Le refus d'un soin vital. Dans certaines situations, un soin vital est refusé. Il a parfois été soutenu que le médecin est alors autorisé à pratiquer ce soin lorsque celui-ci est vital et urgent. Mais la possibilité de comprendre l'autorisation faite au médecin de pratiquer un acte médical vital contre la volonté de la personne ne peut plus être comprise comme une exception au consentement depuis que la lettre du code de la santé publique est sans ambiguïté à ce sujet. Ainsi l'alinéa 3 de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique précise-t-il 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. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10.¹. »

479. De cette modification législative, on peut tirer deux conclusions.

1. Cette modification, issue de la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, a pris effet au 4 février 2016. L'article a été étoffé depuis sa création par la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. Ainsi, la première version ne précisait que « [...] Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. » C'est la Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie* qui vient ajouter la fin de l'article et prévoir que le médecin peut appeler un autre médecin pour appuyer sa demande. L'article est alors rédigé comme suit : « Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 ».

D'une part, le refus de soin, pour le cas où celui-ci est vital, est éprouvé, mais qu'il y a sur ce point une baisse de l'intensité du paternalisme médical. Ainsi, le médecin avait-t-il, avant la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* une obligation de moyens de convaincre et il pouvait être aidé dans son entreprise par un « membre du corps médical ». Depuis cette loi, le médecin, s'il peut toujours s'adjoindre « un autre membre du corps médical », n'a plus à « tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». La décision doit cependant toujours être réitérée après un délai raisonnable. À l'issue de cette procédure, le refus de soins sera respecté.

« D'autre part », on peut conclure que le texte est très clair : il n'existe aucune exception à l'impératif du consentement pour réaliser un acte médical. Cette formulation est donc une réponse en apparence claire à la jurisprudence *Mme Senanayake* qui avait mené le Conseil d'État à retenir que « compte-tenu de la situation extrême dans laquelle M. X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris¹. »

Ainsi, passée la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, tout acte médical vital pratiqué sans le consentement du patient serait illégal. Cela n'a cependant pas empêché le Conseil d'État d'affirmer quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi que « considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9². » Cela avait amené les commentateurs³ à conclure au caractère illégal de cette jurisprudence. Ce paradoxe peut s'expliquer de deux manières.

1. CE, ass., *Mme Senanayake*, 26 oct. 2001, n° 198546, en appel de CAA Paris, 9 juin 1998.

2. CE, référés, *Mme Isabelle FEUILLETEY épouse GATT c/ CHU de Saint-Etienne*, 16 août 2002, n° 249552 en appel de TA Lille, référés, 25 août 2002, *D. 2002, IR*, p. 25981, n° XTALI250802X.

3. Cf. not J. PENNEAU, « Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 602 Celui-ci indiquait qu'« on ne peut, dans un même souffle subordonner la licéité de l'atteinte à l'intégrité du corps humain résultant de l'acte médical au consentement libre et éclairé du patient, et autoriser le médecin à pratiquer cet acte à l'encontre du refus exprimé par le patient capable, dûment informé des conséquences de ce refus. »

480. La première explication repose sur une limite morale¹ au respect dû au refus de soins. Cette limite permet au praticien de faire prévaloir la conservation de la vie du patient sur sa volonté. Cette interprétation a subi la critique de la doctrine². On serait alors devant un triomphe paradoxal du but thérapeutique. Cette limite morale peut aussi se traduire en estimant que la préservation de la vie est une valeur indisponible.

La seconde manière d'expliquer ce paradoxe passe par les fondements de l'autorisation de la médecine. Si nous avons raisonné jusque-là à partir de l'article 16-3 qui fonde la médecine sur une autorisation de la loi expresse, on peut expliquer le paradoxe en fondant l'acte médical sur l'urgence, c'est-à-dire sur l'état de nécessité. Cependant, une telle solution est manifestement incompatible avec l'exigence de consentement.

481. Le refus de soins efficace est donc le refus de soins éclairé. Cela tranche avec le refus pour des soins pratiqués dans l'intérêt d'un tiers.

2. Le refus spécialement souverain pour les soins pratiqués dans l'intérêt d'un tiers

482. Le refus de subir un acte médical dans l'intérêt d'un tiers semble en revanche être parfaitement souverain et n'a pas à être précédé d'une information sur ses conséquences. De plus, le refus de soins ne peut avoir d'autres conséquences que les conséquences physiques. Ainsi est-il impossible de prévoir une sanction quelconque. Cela aurait pour effet de priver le consentement de son caractère libre.

483. Refus de don d'organe. En matière de don d'organe par une personne vivante, et, parce que l'acte médical est pourvu de conséquences non négligeables, le consentement doit être spécialement éclairé et est recueilli selon une procédure spéciale³. Cependant, le refus de soins est particulièrement libre. Ainsi, et cela est classique, il est révocable à tout moment⁴. On peut aussi penser que le formalisme du consentement permet de donner toute la mesure au consentement donné et, corrélativement, toute la latitude au donneur pour refuser.

484. Refus d'une recherche biomédicale. En matière de recherches biomédicales, le principe est que « l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société⁵ ». Ainsi, l'investigateur « informe la

1. Qui n'est pas kantienne comme l'affirme S. HENNETTE-VAUCHEZ. Dans l'œuvre de Kant, « on ne trouve pas trace d'un principe de dignité de la personne qui viendrait limiter la volonté contractuelle de l'agent. » S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 3154.

2. Cf. L. DUBOIS, « Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ? », *RDSS*, 2002, p. 41 « Aussi adhérons-nous sans réserve à la censure de cette conception qui entendait “faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade”. »

3. Cf. *infra* n° 661, p. 318.

4. Art. L. 1231 al. 4 *in fine* CSP.

5. L. 1121-2 CSP al. 6.

personne dont le consentement est sollicité de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait¹. » On retrouve la possibilité pour la personne se prêtant à des recherches de refuser à tout moment, c'est-à-dire de retirer son consentement, d'y renoncer et donc de refuser le soin expérimental.

Section II L'acte médical : un acte conforme à la « nécessité médicale »

485. L'article 16-3 du code civil fait référence à la « nécessité médicale ». Cette expression est névralgique puisque l'acte médical qui ne respecte pas l'exigence d'une « nécessité médicale » pourra être réprimé pénalement.

L'expression est cependant obscure. Elle peut être éclairée grâce à l'étude des termes « nécessité » et « finalité médicale ». En effet, l'article 16-3 du code civil requiert que l'acte soit à la fois nécessaire (§ 1.) et poursuive une finalité médicale (§ 2.).

§ 1. L'exigence d'une nécessité

486. L'article 16-3 du code civil renvoie à la nécessité médicale. Le nom « nécessité » est fréquemment utilisé dans le code de la santé publique. Une première approche de la signification de la nécessité peut être faite par l'étude de cette utilisation.

487. Analyse de l'utilisation du nom « nécessité » dans le code de la santé publique. La nécessité est souvent utilisée dans le code de la santé publique pour désigner la réponse à un état de santé dégradé. Ainsi, est-ce l'état de santé de la personne qui vient indiquer la marche à suivre. On lit souvent qu'un acte ou un dispositif peut être mis en œuvre ou suspendu lorsque l'« état de santé le nécessite »² ou qu'il est parfois nécessaire de poursuivre les soins ou un

1. L. 1122-1 CSP al. 8.

2. Cela est mentionné dès les principes généraux du code puisque l'article L. 1110-1 dispose que « les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins *nécessités* par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

Voir aussi concernant les alternatives aux cures de désintoxication l'article L. 3412-3 du code de la santé publique, pour les soins psychiatriques l'article L. 3214-3 du code de la santé publique, pour l'admission des accouchées en maison de repos l'article D. 6124-431 du code de la santé publique. Pour le transfert des patients grands brûlés l'article D. 6224-177-44 du code de la santé publique et leur prise en charge en soins de suite et de réadaptation l'article R. 6123-115 du code de la santé publique. Concernant la sortie d'hôpital et la mise en place d'une prise en charge sanitaire et sociale, voir l'article R. 6123-22 du code de la santé publique. Concernant l'admission en pouponnières, voir l'article R. 2324-1 du code de la santé publique.

traitement¹.

Il faut noter que l'utilisation par le code de la santé du nom « nécessité » est plus large. Il sert en effet à expliquer la cause d'un acte, à lui trouver une raison et sera suivi par un adjectif : la nécessité sera « médicale » ou « thérapeutique ». Ainsi, et mise à part la « nécessité thérapeutique » que nous étudierons comme renvoyant au soin de la personne², un acte peut être causé par un autre acte³ pour poursuivre des fins scientifiques⁴ ou assurer la biovigilance⁵.

La « nécessité » est parfois convoquée pour elle-même, c'est-à-dire sans qualificatif. Par exemple, l'article R. 1112-34 du code de la santé publique dispose que « l'admission d'un mineur est prononcée, sauf *nécessité*, à la demande d'une personne exerçant l'autorité parentale ou de l'autorité judiciaire⁶. » Nous pouvons nous étonner d'une telle utilisation de la nécessité puisque celle-ci est toujours tournée vers un effet, vers un but. Renvoyer à la nécessité seule n'a donc aucun sens, si ce n'est de confier au soignant un pouvoir discrétionnaire⁷. Il ne semble pas que le législateur ait souhaité conférer aux soignants un tel pouvoir. Il faudrait donc y voir une référence à la nécessité thérapeutique ou à la nécessité de protection des personnes. C'est la lecture de l'article L. 4351-7 du code de la santé publique qui nous le confirme. Il indique que les manipulateurs en électroradiologie « exercent leurs fonctions sous la responsabilité et la surveillance du radiologue, qui doit être en mesure de contrôler leur activité et d'intervenir immédiatement en cas de *nécessité*. » Cette *nécessité* ne peut être que la nécessité de prévenir un dommage, d'en limiter les conséquences. C'est donc une interprétation restreinte de la nécessité.

La nécessité est donc toujours accompagnée de la poursuite d'un but : il faut prouver que l'acte est nécessaire *en vue* de la poursuite de *tel* objectif. La nécessité est donc toujours une mise en balance.

488. Lettre de l'article 16-3 du code civil. Ce contexte étant précisé, venons-en à l'article 16-3 du code civil. L'exigence d'une nécessité y est incluse à plusieurs reprises. Il s'agit d'abord, pour tous les actes attentatoires à l'intégrité du corps humain, de démontrer un « cas de nécessité médicale pour la personne ». Ensuite, deux régimes dérogatoires sont mentionnés.

1. C'est spécialement le cas en matière de soins psychiatriques. Cf. les articles, L. 3211-12-2, L. 3211-12-4, L. 3211-12-5, L. 3212-1, L. 3212-4 du code de la santé publique.

2. Cf. *infra* n° 572, p. 283.

3. Art. R. 4351-3 CSP : « Dans le cadre de l'exécution des actes mentionnés à l'article R. 4351-2, le manipulateur d'électroradiologie médicale [...] participe à l'exécution des soins *nécessités* par l'acte réalisé ».

4. Art. L. 1121-2 CSP : « Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain [...] si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition [...] ».

5. Art. R. 1231-1-1 CSP : « Le donneur est également informé de la *nécessité* de prélever et de conserver des échantillons biologiques à visée de biovigilance ainsi que de leur possible utilisation à des fins scientifiques dans le respect des dispositions de l'article L. 1211-2. »

6. Nous soulignons. Voir aussi l'article D. 6124-61 du code de la santé publique qui dispose que « l'unité organise l'accueil, l'information et le soutien des parents, en cas de *nécessité* avec le concours d'un psychologue ou d'un psychiatre. » On trouve aussi une mention de la nécessité dans l'article L. 6112-6 du code de la santé publique.

7. Puisque l'on sait que les buts pouvant être poursuivis par la nécessité sont nombreux. Par exemple, le code de la santé publique mentionne les nécessités du service (par ex. art. L. 6143-7-2 CSP).

Premièrement, l'intégrité du corps humain peut être atteinte « à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »¹. Deuxièmement, il peut être fait exception à l'exigence du recueil du consentement du patient dans « le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

489. Nécessité pour la personne. Il est important de noter que la nécessité est orientée vers la personne puisque l'article 16-3 du code civil évoque la « nécessité médicale pour la personne ». Il faut voir dans cette formulation une mention de l'intérêt, rappelé juste après lorsque l'article évoque « l'intérêt thérapeutique d'autrui. » La poursuite du but doit donc être « dans l'intérêt » de la personne, ce qui rappelle la nécessité d'une adéquation de la poursuite du but à la personne. Cela interdit donc une évaluation de la proportionnalité purement théorique et désincarnée.

490. Définition provisoire de la nécessité. À première vue, l'interprétation de la nécessité telle qu'employée par l'article 16-3 du code civil est simple : il faut que l'acte soit nécessaire dans la poursuite du but et que cela soit conforme à l'intérêt du patient. À défaut, l'acte non nécessaire ne sera pas protégé par le jeu de l'article 16-3 et sera donc pénalement punissable au titre, notamment, des violences volontaires.

491. Origine théorique de l'exigence d'une proportion : la parenté avec l'état de nécessité. Cette exigence d'une « raison proportionnée » trouve un écho certain dans la proportionnalité qui est exigée en matière pénale en matière d'état de nécessité. En effet, la justification est subordonnée à la proportion entre la valeur protégée et celle qui est sacrifiée². Dès lors qu'est démontrée une disproportion entre les deux valeurs, la justification sera exclue, ce qui permettra au juge d'affirmer que la répression est, au moins pour partie, souhaitable. Nous retrouvons là l'origine du droit des actes médicaux : ce sont des dérogations à l'inviolabilité du corps humain. Il est assez intéressant que l'autorisation de la loi de l'article 16-3 du code civil et les autres autorisations de la loi, pourtant distinctes de l'état de nécessité, aient repris cette exigence de proportionnalité. La raison de cette parenté est que l'autorisation de la loi en matière d'actes médicaux est toujours orientée vers la réalisation d'une atteinte corporelle nécessaire et équilibrée. Cet équilibre est le produit d'une mise en balance entre plusieurs intérêts et cette mise en balance est caractéristique de la justification pénale qui est un mécanisme

1. Ici, il est juste fait mention d'un intérêt. Le terme « intérêt » est beaucoup plus utilisé dans le code de la santé publique. C'est un moyen pour le législateur de fixer un but à des dispositions. Il s'agit parfois de l'« intérêt » seul (Art. L. 1121-16-1 al. 2 CSP), mais le plus souvent, il s'agit de l'intérêt de quelque-chose ou de quelqu'un. D'abord, ce peut être l'intérêt d'une communauté de personne, d'une profession (art. L. 4312-7 CSP) ou d'un service (art. L. 6143-7-2 CSP). De plus, le code de la santé publique fait référence à l'intérêt de la santé publique (Par ex. Art. L. 1221-10-1 CSP.), des patients (Par ex. Art. L. 1131-6 CSP) ou de la recherche scientifique (Par ex. Art. L. 2151-5 CSP). Ce peut être ensuite l'intérêt d'une personne dénommée, le code visant parfois « l'intérêt des personnes » (Art. L. 1111-8-1 CSP) ou les « intérêts » de la personne (art. L. 1121-9 CSP), « l'intérêt thérapeutique » de la personne (Art. L. 1211-4 CSP) voire « l'intérêt thérapeutique direct » d'une personne, pour exiger que cet intérêt soit réel et vraiment thérapeutique. (Cf. Art. L. 1231-1 CSP).

2. Cf. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Référence, Editions Cujas, 2012, n° 352, p. 301.

permettant de désarmer la répression lorsqu'une valeur supérieure à une autre doit être préservée. Ce mécanisme correctif du droit est parfois théorique en matière d'autorisation de la loi, il est cependant majoritairement concret. La correction théorique par l'autorisation de la loi permet au législateur d'assurer que *dans tous les cas*, l'acte ne sera pas réprimé. C'est le cas de la majorité des autorisations de la loi. Cependant, l'autorisation de la loi issue de l'article 16-3 du code civil renvoie à une appréciation concrète de la balance des intérêts, ce qui l'écarte de l'autorisation de la loi et le rapproche de l'état de nécessité.

Reste cependant une différence majeure entre l'état de nécessité et l'autorisation de la loi de l'article 16-3 : l'état de nécessité ne désarme pas la responsabilité civile¹ alors que l'acte médical proportionné sera aussi justifié civilement et la responsabilité civile ne sera pas applicable. Cette différence tient à la nature de l'article 16-3. Inséré dans le code civil, il s'agit d'une autorisation de la loi et non un état de nécessité et il a des effets en droit pénal et, naturellement, en droit de la responsabilité civile. Et cette efficacité est nécessaire puisqu'il serait inconvenant de faire peser sur le praticien les conséquences civiles d'une action qui est bénéfique pour le patient. L'absurde de la situation confirme cette différence majeure.

Cette approche générale est néanmoins insuffisante puisque, mise à part la proportionnalité entre l'atteinte corporelle et le but, nous n'avons pas envisagé les éléments perturbateurs de cette proportionnalité. En effet, d'autres paramètres que l'atteinte corporelle et la poursuite d'un but peuvent entrer dans le calcul de proportionnalité.

492. La question de la possibilité de ne pas parvenir au résultat. Le premier élément est celui de la possibilité de parvenir au résultat. L'acte médical étant une obligation de moyen, le fait de ne pas parvenir au résultat ne pose généralement pas de problème. Il y a donc une chance que le but soit atteint et une chance pour qu'il ne le soit pas. Ce ratio doit être communiqué au patient, seul à même de consentir à l'acte. Un ratio déséquilibré n'est donc pas, en soi, suffisant pour permettre de qualifier l'acte de non nécessaire. En revanche, un ratio dans lequel il est très peu probable que l'acte permette de parvenir au résultat pourra être qualifié de non nécessaire. Les juges ont donc la possibilité de sanctionner le praticien pour avoir promis un résultat presque inatteignable, ce qui a pour effet de rendre l'acte non nécessaire.

493. La question des alternatives éventuelles. Le second élément perturbateur est celui des alternatives éventuelles à l'acte projeté. P. VÉRON interprète ainsi la nécessité comme incluant le fait de juger « si l'atteinte au corps s'impose véritablement compte tenu de l'ensemble des options ouvertes à l'action² ».

À première vue, cela se comprend du fait que la nécessité peut être relative. En effet,

1. L'état de nécessité ne supprime que la responsabilité pénale et l'auteur du délit reste tenu à l'indemnisation de la victime. (Cass. crim., *Champonnais c. Min. publ.*, 27 déc. 1884, *D.*, 1885.I.219, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57685632/f220.item>) La réparation se fait alors sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaire. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Référence, Editions Cujas, 2012, n° 353, p. 303.

2. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 458, p. 300.

la question posée est de savoir si *cet* acte dans *cette* situation est nécessaire. Concernant la comparaison avec d'autres actes, il faut déjà constater que celle-ci ne pourra avoir lieu qu'à la condition qu'ils existent¹. Deux cas de figure peuvent ainsi se présenter. *Premièrement*, le cas où un acte non attentatoire à l'intégrité corporelle existe — une psychothérapie par exemple —, il s'agira de savoir si celui-ci permet d'atteindre le même résultat et s'il présente des risques pouvant être comparés avec l'acte invasif envisagé. *Deuxièmement*, pour le cas où deux actes invasifs existent et sont en concurrence, l'acte envisagé sera alors comparé à l'autre notamment concernant la gravité du caractère invasif, sa fiabilité ainsi que les risques collatéraux.

Il n'existe donc pas à proprement parler de comparaison des actes. Cependant, si l'acte effectué présente, par contraste, les caractères d'un acte non nécessaire, alors, il pourra être sanctionné. Il faut d'ailleurs s'interroger sur la sanction de l'acte mal choisi. Si, nous venons de le voir, l'acte mal choisi peut ne pas être nécessaire, nous constatons que le choix des différents actes ressort d'une logique différente. L'obligation pour le praticien d'évoquer ces différentes options ressort des droits des patients² et la pratique de chaque acte fait l'objet de deux libertés qui doivent se rencontrer : la liberté thérapeutique du praticien et le consentement éclairé du patient. Ainsi, le fait pour le praticien de ne pas proposer d'autres actes ne fait-il pas partie de la nécessité médicale, mais pourra tout au plus être sanctionné sur le terrain du défaut de conseil³, à la condition que cela ne permette pas d'en déduire le caractère non nécessaire ou disproportionné de l'acte finalement effectué.

494. La question du caractère proportionné par rapport aux risques. Le dernier élément perturbateur est de savoir s'il faut assimiler l'évaluation de la nécessité médicale et la balance bénéfice-risque. Ces deux mécanismes partagent en effet le caractère d'être des calculs de proportionnalité entre le bénéfice escompté et les risques afférents, c'est-à-dire les effets non souhaités de l'acte médical.

La « balance bénéfice-risque » est instituée par l'article L. 1110-5 du code de la santé publique au terme duquel « [...] Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, [...] faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. [...] ». Il est précisé par l'article L. 1110-5-1 du même code instituant la prohibition de l'obstination déraisonnable imposant au praticien de ne pas entreprendre ou de cesser les actes médicaux apparaissant « inutiles [ou] disproportionnés »⁴.

1. Il faut aussi mentionner la comparaison entre l'action et la non action. Sur ce point, *cf. supra* n° 76, p. 47.

2. Art. L. 1111-2 CSP.

3. Sur ce point, l'analyse contractuelle peut être intéressante. En effet, l'obligation de conseil ne pourra être faite qu'à une personne apte à prendre une décision (ce qui écarte les questions relatives aux inconscients). Il faut par ailleurs noter que l'ANAES a publié sur ce sujet des recommandations en mars 2000 incitant les praticiens à informer sur les interventions envisagées et leurs alternatives. *Cf.* sur cette question A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale*, Dalloz référence, Dalloz, 2004, 2^e édition, n° 12.22, p. 17.

4. Voir aussi l'article R. 4127-37 disposant à son I.- « En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet

Ces normes trouvent un écho à l'article R. 4127-40 qui dispose 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. »

495. La « balance bénéfico-risque » pourrait apparaître comme une composante de la nécessité. Cette expression présente un problème lié à son imprécision. En effet, les textes font tantôt référence au « risque injustifié », tantôt au caractère « disproportionné ». Il s'agirait donc d'une balance particulièrement mal équilibrée. Cependant, cette balance peut être simplement déséquilibrée. Dans ce cas, elle n'est pas concernée par les dispositions relatives à la disproportion ou à l'injustification. En effet, l'activité médicale est, par nature, risquée. Dès lors, il ne saurait être soutenable de faire peser sur le praticien les conséquences de ces risques. Ceux-ci font l'objet d'une information préalable¹ et peuvent, le cas échéant, être indemnisés au titre de la solidarité nationale².

Reste à savoir s'il faut intégrer la balance des risques avec les avantages dans la nécessité. Mise à part la balance des risques et des avantages non disproportionnée qui est du ressort du patient et de lui seul, il semble que le régime de la balance entre les risques et les avantages soit le même que celui de la nécessité médicale.

496. Le régime est le même *d'abord* concernant le comportement attendu. Lorsque l'acte n'est pas nécessaire ou que la balance entre le risque et les bénéfices est disproportionnée, le praticien doit refuser les soins. Cela est particulièrement clair en matière d'obstination déraisonnable : ces actes « peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient³ ». Cela se comprend : ces actes, ne répondant plus à une nécessité puisque l'état de la personne ne justifie plus qu'ils soient pratiqués, ne peuvent être poursuivis.

497. Le régime est le même *ensuite* concernant la sanction possible. L'acte non nécessaire peut être sanctionné par la mise en œuvre de la responsabilité pénale du fait de l'absence d'autorisation de la loi. Lorsqu'un déséquilibre entre le bénéfice et les risques est démontré, l'acte ne doit pas être entrepris. Il semble alors qu'il ne bénéficie plus de l'autorisation de la loi.

Sous cet angle, la balance bénéfico-risque, lorsqu'elle est manifestement déséquilibrée, rejoint le régime de la nécessité. Néanmoins, il faut préciser à nouveau que lorsque la balance bénéfico-risque n'est pas manifestement déséquilibrée — et qu'un risque proportionné est donc pris —, la seule règle applicable est celle de l'information préalable à l'acte médical. La balance bénéfico-risque n'est donc un élément de la nécessité médicale qu'à condition qu'elle soit manifestement

ou effet que le maintien artificiel de la vie. »

1. Cf. *supra* n° 415, p. 214.

2. Art. L. 1142-1 II.- CSP.

3. Art. L. 1110-5-1 CSP. Cela se retrouve aussi à l'article L. 1110-5 qui dispose que « les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins *ne doivent pas*, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. » (Nous soulignons). L'impératif est ici clair : ces actes ne doivent pas être pratiqués.

déséquilibrée, ce que la doctrine appelle *raison proportionnée*¹.

Cela se comprend puisque l'acte dont les risques sont inconsidérés perd sa raison d'être, n'est plus nécessaire, et devient dangereux.

498. En jurisprudence, proposer un acte présentant un excès de risque revient *de facto* à proposer un acte non nécessaire car ne poursuivant pas la finalité envisagée. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rejeté le pourvoi critiquant une Cour d'appel d'avoir condamné un chirurgien esthétique ayant pratiqué une intervention sur une jeune patiente au motif que « l'indication opératoire n'était pas caractérisée », faisant que le praticien « a pris un risque indiscutable en pratiquant des actes de chirurgie majeure, réservée généralement à des personnes plus âgées, chez une jeune fille dont l'équilibre psychique était précaire et qui avait tendance à la dysmorphophobie, et qu'en définitive il était inévitable que cette intervention entraîne une décompensation psychologique même si le résultat morphologique avait été parfait² ».

Les juges du fond vont dans le même sens. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle retenu dans une affaire ayant pour objet l'indemnisation d'un préjudice consécutif à une intervention de chirurgie esthétique que « ce chirurgien devait non seulement attirer personnellement l'attention de la demoiselle Le Ligeour sur les risques des interventions envisagées, ce qu'il n'a pas fait, mais devait, quelle que soit la volonté de sa cliente, se refuser catégoriquement à l'opérer en raison de la disproportion manifeste entre les risques qu'elle encourait du fait de l'opération et les avantages qu'elle pouvait escompter³. »

Commentant cet arrêt, R. SAVATIER approuve la solution. En effet, « le médecin, dans la mission que lui attribue la Société et dans les pouvoirs qu'elle lui donne sur le corps du malade, a le devoir impérieux de ne pas jouer avec ces risques, et de se refuser catégoriquement à accomplir un acte médical où la disproportion est manifeste entre les dangers assumés et les avantages poursuivis⁴. »

Il faut donc distinguer les risques tellement importants qu'ils viennent rendre hypothétiques la réalisation du but ou qu'ils viennent relativiser l'avantage que pourrait constituer l'acte des autres risques qui pourraient être couverts par le consentement éclairé du patient. Cela revient à accepter que puisse être nécessaire un acte déséquilibré à la condition qu'il ne soit pas

1. Cf. notamment l'étude « Non assistance et refus » du Dictionnaire permanent de bioéthique et de biotechnologie des Editions législatives. Le paragraphe 3, intitulé « respect du principe de la raison proportionnée » est suivi d'un paragraphe intitulé « responsabilité » au sein duquel est précisé que la responsabilité civile, pénale et disciplinaire du praticien effectuant un acte ne respectant pas cette raison proportionnée pourra être engagée.

2. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1982, *inédit*, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007073652>. Pour une autre analyse de cet arrêt, cf. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 539, p. 345.

3. CA Paris, D^{lle} *Le Ligeour c. Dr. X*, 13 jan. 1959, *JCP G.*, 1959.1.11142.

4. R. SAVATIER, « Note sous CA Paris 13 janv. 1959, D^{lle} *Le Ligeour c. Dr. X* », *JCP G.*, 1959, I.11142. Il poursuit en disant que « la sauvegarde du corps humain est, pour le médecin, d'ordre public. Si sa liberté de prescription et de cure est la règle de la confiance que lui fait la loi, c'est seulement dans le sens de sa mission. Et la liberté du médecin a pour première limite la sauvegarde du malade lui-même contre les désirs et les volontés qui mettraient son intégrité corporelle en danger. Le médecin, comme l'indique l'arrêt ci dessus, doit se refuser catégoriquement à suivre les désirs du patient qui créeraient ce danger. C'est la règle même de son ministère. »

disproportionné. Dans ce cas, il faut et il suffit que le patient ait consenti après une information adaptée¹.

499. La modulation de l'acceptation du risque. Il faut noter que dans certains domaines, l'appréciation du risque pourra être modulée. L'exigence d'une proportionnalité peut être purement et simplement non exigée comme c'est le cas avec le risque vital² ou pour certains actes non thérapeutiques³. Cette exigence de proportionnalité peut aussi être faussée pour privilégier la préservation de l'intégrité physique comme c'est le cas en matière de recherches biomédicales⁴ ou de chirurgie esthétique⁵.

1. Sur ce point, cf. CA Montpellier, *M. J.-P. REYNAUD c. M. M. SANCHEZ*, 27 sept. 1995, n° Juris-data 1995-034101. Dans cet arrêt le praticien est sanctionné pour avoir insuffisamment informé le patient et non pour avoir proposé un traitement dont les risques excédaient les avantages. Pour une lecture divergente, cf. P. VÉRON, *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance, n° 539, p. 345.

2. En cas de danger vital, même la technique mortelle est admissible. Il n'y a donc pas d'acte qui puisse être disproportionné puisque le mal craint est énorme : la mort. Ainsi, lorsque la santé l'exige, l'exigence d'une pesée des intérêts est réduite à portion congrue.

3. En matière d'avortement volontaire, le praticien ne peut pas mettre en balance l'atteinte à l'intégrité physique de la mère et du fœtus avec l'intérêt de la mère à avorter puisqu'il ne peut pas demander à la femme les raisons de cette demande, sa seule volonté suffisant à permettre l'avortement. Le médecin peut tout au plus faire valoir sa mal dénommée « clause de conscience ». (La clause de conscience n'est que le prolongement de la liberté qu'ont les praticiens dans leur pratique (la liberté thérapeutique) et il est donc superflu de prévoir d'autres dispositions rappelant cette règle.) D'autre part, il ne s'agit aucunement d'une « clause » puisqu'aucun contrat ne la contient. Sur cette erreur de dénomination, cf. N. LEBRUN, *Les clauses de conscience dans le domaine médical*, sous la dir. de F. BELLIVIER, mém.de mast., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014.

4. La Déclaration d'Helsinki précise dans le second alinéa de son article 16 qu'« une recherche médicale impliquant des êtres humains ne peut être conduite que si l'importance de l'objectif dépasse les risques et inconvénients pour les personnes impliquées. » L'article 18 alinéa 2 conclut ainsi que « lorsque les risques s'avèrent dépasser les bénéfices potentiels ou dès l'instant où des conclusions définitives ont été démontrées, les médecins doivent évaluer s'ils continuent, modifient ou cessent immédiatement une recherche. » Par ailleurs, le code de la santé publique dispose que « l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale *prime toujours* les seuls intérêts de la science et de la société » (Art. L. 1121-3 al. 1 CSP, Nous soulignons.) Il faut cependant noter que si cet intérêt doit toujours primer, la recherche ne pourra jamais être menée puisque la moindre atteinte corporelle ou le moindre risque fera que l'intérêt de la recherche pourra primer. (Pour une mise en œuvre de cet article cf. TA Paris, *Société AB Science*, 3 avr. 2015, n° 1401975/6-1. Pour une recension de cet arrêt, cf. S. CHRÉTIEN et Th. ROCHE, *Le déséquilibre de la balance bénéfice/risque ne permet pas d'autoriser une recherche biomédicale*, 9 sept. 2015, URL : <http://www.delsolavocats.fr/sdv/en/le-desequilibre-de-la-balance-beneficerisque-ne-permet-pas-dautoriser-une-recherche-biomedicale/#more-1329> (visité le 26/11/2015)). Le code de la santé publique ajoute que « le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche [doit être] *hors de proportion* avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche. » (Art. L. 1121-3 al. 1 CSP) Lorsque la recherche porte sur des personnes vulnérables, « les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche *doivent présenter un caractère minimal* ». (Art. L. 1121-6 CSP). Cet article concerne « les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 qui ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 1121-8 et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celles de la recherche ».

5. La balance est aussi faussée en matière de chirurgie esthétique. Les juges du fond retiennent que « l'atteinte à l'intégrité physique du malade ne peut se justifier que si elle respecte l'existence d'un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré de sorte que le médecin ne doit pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré » (CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 17 jan. 1991 ; *JCP G*, II 21929, comm. G. MÉMETEAU.) Cette position est constante. Ainsi a-t-il été retenu en 1913 que « considérant, dès lors, que si, malgré cet inconvénient redoutable, le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement

500. L'exigence d'une nécessité, bilan. Entendue comme la mise en balance de la préservation de l'intégrité et de l'impératif de l'inviolabilité du corps humain, la nécessité apparaît bien circonscrite, à la condition que ses éléments perturbateurs soient rappelés. Ceux-ci sont les chances de parvenir au résultat, l'existence d'alternatives éventuelles et la question du caractère proportionné de l'acte par rapport aux risques.

Sous cet angle, la nécessité ne semble pas poser de soucis, étant rappelé que celle-ci ne peut s'analyser que par rapport à la personne elle-même, puisqu'il s'agit d'une « nécessité pour la personne ». C'est en ce sens qu'il faut entendre les différentes propositions de modifications de l'article 16-3 du code civil pour que celui-ci mentionne l'intérêt de la personne¹ et non la nécessité².

501. L'article 16-3 du code civil associe la nécessité à des buts légitimes et plus précisément à la poursuite d'une finalité médicale.

§ 2. L'exigence d'une finalité « médicale »

502. L'étude de l'utilisation de la finalité médicale par l'article 16-3 du code civil démontrant son inapplicabilité (A.), nous constatons que l'ancien système, fondé sur la finalité thérapeutique, survit (B.).

A. La finalité médicale de l'article 16-3 du code civil : une notion inapplicable

503. La création de la nécessité médicale par la Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle* avait pour but de légitimer des actes médicaux non thérapeutiques. Mais cette légitimation était inutile du fait de l'adage *specialia generalibus derogant*. Nous avons là un exemple typique de l'aspect incantatoire de la loi puisque cette modification visait avant tout à rassurer les praticiens médicaux et non à légaliser ces actes. Cela illustre aussi les rapports entre médecine et droit, rapports que l'on sait complexes³.

[radiothérapie] lorsque la santé du malade l'exige, et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il pouvait prévoir, mais qu'il a tout fait pour prévenir, il n'en est pas de même lorsque, comme dans l'espèce, le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler ; que, dans ce cas, ni l'intérêt de la science ni l'intérêt du malade n'exigent que, pour un si minime résultat, on risque, sinon de le faire mourir, tout au moins de changer son imperfection en un mal redoutable ou de l'aggraver ». (CA Paris, *D^r Delherm c. D^{lle} Calou*, 22 jan. 1913, *D.*, 1913.2.73). La précision qu'il s'agit ici d'un risque « hors de proportion » fait penser qu'un risque seulement proportionné n'est pas suffisant. Celui-ci doit donc être particulièrement bien pesé et envisagé. Il n'est ainsi pas admissible que le but esthétique soit recherché à tout prix et celui-ci doit céder le pas à l'impératif de conservation de l'intégrité corporelle.

1. Lire ainsi N. KLEIN, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Thèses numériques de la BNDS, n° 6, Les Etudes Hospitalières, 2010, n° 148 et s., p. 130 et s. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 695 et s., p. 436 et s.

2. Ce qu'il fait déjà en mentionnant « l'intérêt d'autrui ».

3. Sur ce sujet, cf. Fr. DEKEWER-DÉFOSSEZ, *De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine* in M.-C. ROUAULT, *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, Fr. DEMICHEL, *Médecine et*

504. La transformation de la « nécessité thérapeutique » en « nécessité médicale » rend l'article 16-3 inapplicable puisqu'elle ne permet plus de désigner clairement et efficacement les finalités autorisées pour les actes médicaux sur le corps humain. Cette expression, du fait qu'elle brouille la détermination des finalités légales à l'acte médical, est donc non seulement inutile (2.), mais surtout dangereuse (1.).

1. Les dangers des interprétations théoriques de la finalité médicale

505. La signification de la nécessité médicale varie selon le but poursuivi. Dès lors « c'est [...] l'intérêt qui sous-tend l'atteinte au corps humain qui donne son sens à la nécessité, et qui justifie l'acte, qualifié dans tous les cas de médical¹. »

Il est donc primordial de définir ce que le texte entend lorsqu'il vise l'adjectif « médical ». Nous pouvons avec B. MORON-PUECH² noter deux utilisations de l'adjectif « médical ». D'une part une acception personnelle : est médical l'acte des professionnels de la médecine. Cela revient à dire qu'est médical l'acte du professionnel médical tel que nous l'avons défini dans la première partie. D'autre part une acception matérielle : est médical l'acte de la médecine. Ce qui revient à qualifier un acte de médical *via* l'art médical.

Il nous faut donc étudier les deux acceptions pour savoir laquelle peut raisonnablement être utilisée pour définir la notion de « nécessité médicale ». Nous étudierons d'abord l'interprétation personnelle de l'adjectif « médical » avant d'en venir à l'étude de son acception matérielle.

506. Le danger de l'interprétation personnelle de l'adjectif médical. L'interprétation personnelle de l'adjectif « médical » revient à réserver au praticien la détermination du but acceptable. La personne autorisée à pratiquer la médecine devient donc celle qui détermine le contenu de la « médicalité » et avec elle l'autorisation de la loi.

La conséquence n'est donc pas neutre. Par exemple, lorsqu'un chirurgien-dentiste indiquera que la situation est « médicale », il sera fondé à agir et ne pourra pas être poursuivi pour violences volontaires. Le seul accord des volontés du médecin et du patient suffit donc pour que l'acte puisse être pratiqué librement. Il y a là une situation qui n'a pas manqué de surprendre la doctrine.

507. La réaction doctrinale à cette interprétation. Dans les mois qui ont suivi la promulgation de la Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, D. THOUVENIN a publié un important article critique³. Il a été précédé d'une note

droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique in Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992. Ces difficultés doivent donc générer un effort pédagogique constant. Sur cette question, cf. R. SAURY, Manuel de droit médical : à l'usage du médecin praticien et de l'étudiant en médecine, Masson, 1989.

1. P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

2. B. MORON-PUECH, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue droit et santé*, 2013, n° 50, p. 200-214.

3. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

de G. FAURÉ¹, suivi par un article de P. HENNION-JACQUET² et par les thèses de *La justification des atteintes médicales au corps humain*³ et L. DEGOY⁴. Tous ces auteurs s'accordent sur le caractère dangereux de la modification. Celle-ci reviendrait d'abord à confier aux médecins la question de la légitimité des actes médicaux⁵ et permettrait d'importantes dérives⁶, dont l'autorisation à plus ou moins long terme des actes actuellement expressément prohibés par le droit⁷.

Cette interprétation personnelle de l'adjectif « médical » a deux conséquences : d'une part, le droit est impuissant à réguler la médecine, d'autre part, seul l'accord de volontés entre la personne objet de l'acte médical et le praticien est requis.

508. *La probable impossibilité pour le droit de réguler la médecine.* La première conséquence de l'interprétation personnelle de l'adjectif médical est de remettre la détermination des frontières de la médecine entre les mains des praticiens de la médecine⁸. Cela revient à priver le droit de la faculté de limiter les frontières de la médecine, celles-ci étant remises aux praticiens de la médecine.

Au crédit de cette solution, on peut indiquer que remettre aux praticiens la détermination des buts légitimes de la médecine aurait l'avantage de la flexibilité. Ainsi, ceux-ci seraient à même de suivre au mieux les évolutions de la médecine. Les professions médicales disposent par ailleurs d'un avantage assez important de par leurs disciplines corporatistes qui, dotées d'un système de contrôle dans les juridictions ordinales, peuvent écarter des professions les éléments les plus dangereux. La détermination des buts légitimes de la médecine se ferait ainsi au sein des professions et de leurs instances, à moindres frais et de manière indépendante.

1. G. FAURÉ, « Que bien légiférer est un art difficile ! : Bref commentaire du nouvel alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 27 juillet 1999 », *Médecine & Droit*, 1999, vol. 38, p. 1-3.

2. P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

3. N. KLEIN, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Thèses numériques de la BNDS, n° 6, Les Etudes Hospitalières, 2010.

4. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013.

5. « Le texte établit donc les conditions permettant de qualifier la situation, sachant que la qualification sera opérée par référence aux critères médicaux. Or, ce sont les médecins qui en ont la maîtrise, et donc qui en déterminent le contenu. » D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485, Cf. aussi P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

6. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 706, p. 439.

7. *Ibid.*, n° 627, p. 387.

8. Si l'ensemble des commentateurs indique que les détenteurs d'un tel pouvoir seraient les médecins, il y a tout de même lieu de s'interroger sur le pouvoir que détiendraient les autres professions médicales, paramédicales et les autres professions nouvellement réglementées. (Cet argument se trouve aussi chez B. MORON-PUECH, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue droit et santé*, 2013, n° 50, p. 200-214.) On peut penser que l'omnivalence du diplôme médical serait un bon critère. Puisque les médecins ont l'autorisation de pratiquer tous les actes médicaux, ils seraient les seuls à pouvoir « innover » en effectuant des actes nouveaux. Mais serait-ce suffisant pour dénier à tous les autres professionnels des actes médicaux, toute aptitude à innover et à effectuer des actes médicaux ? Ce questionnement fait ressortir le caractère instable de l'interprétation personnelle de l'acte médical.

509. Mais c'est peut être justement cette indépendance qui choque. La détermination de la frontière entre le comportement asocial et le comportement légitime — c'est-à-dire la frontière entre le comportement pénalement punissable et le comportement légitime — ne semble pas pouvoir être détenue par un groupe social dépourvu de légitimité démocratique. Il n'a jamais été question pour le législateur d'œuvrer dans ce sens. L'interprétation prétorienne en témoigne.

Ainsi pouvons-nous constater avec B. MORON-PUECH que, dès 1905, le juge contrôle les buts des actes médicaux réalisés par les médecins¹. L'esprit ayant présidé à la création de l'article 16-3 subordonnait toujours la légalité de l'acte médical à une « nécessité thérapeutique ». Partant, le médecin voyait son action subordonnée à un but légitime désigné par la loi. L'idée de la création de l'article 16-3 du code civil était seulement de traduire le but principal de la médecine : soigner². Nous le verrons, la modification de l'article 16-3 du code civil s'est incluse dans cette lignée et n'a consisté qu'en une extension du domaine des actes légitimes aux actes non thérapeutiques, et spécialement aux actes de « prévention » dont fait partie l'acte de stérilisation chirurgicale. Il s'agissait ainsi de faire baisser le risque judiciaire pesant sur les médecins en assurant que des actes non thérapeutiques peuvent être pratiqués. La *ratio legis* n'est donc pas dans le sens d'une délégation aux médecins de la légitimité de leur action. On peut conclure que l'acception personnelle est rejetée par l'esprit de la loi, et force est de constater que l'utilisation qui est actuellement faite de l'article 16-3 va dans ce sens.

510. Politiquement, on peut penser qu'en France il existe des réticences à une gestion libérale du but de la médecine³. Il semble qu'un contrôle *a priori* de la médecine et de ses buts soit nécessaire, ce qui est cohérent sur le plan de la politique pénale. Cela rejoint en effet la question de l'aptitude du consentement à être un fait justificatif pénal⁴ aujourd'hui refusé en droit français. Le droit pénal, parce qu'il protège le corps et spécialement son inviolabilité, ne peut en effet admettre qu'une simple volonté le mette hors jeu. Pour être légitime, l'acte

1. Dans un arrêt, le but expérimental était parfaitement retenu par la Cour d'appel (CA Aix-en-Provence, *Chini c. Cocconi*, 22 oct. 1906, *S.*, 1909.2.321). Dans un autre arrêt, a été reconnue nulle et illicite la convention par laquelle une femme accepte contre rémunération de subir une opération de chirurgie esthétique puis de se présenter à des congrès pour en faire la promotion. Les juges ont notamment retenu « que le traitement auquel la dame R... allait ainsi être soumise n'avait aucun rapport avec l'amélioration de sa santé ; qu'il s'agissait uniquement d'expérimenter sur elle la méthode exposée dans la brochure anonyme publiée par les soins du docteur P... sous le titre *Chirurgie esthétique* tendant à effacer les rides du visage et du cou, et, plus spécialement dissimuler l'abaissement ou l'allongement des seins ». Par ailleurs les juges indiquent « que l'on doit considérer comme illicite et contraire aux bonnes mœurs une convention qui avait uniquement pour objet ces pratiques de vivisection sur une femme âgée et besogneuse ; qu'une telle convention ne pourrait être admise comme compatible avec la dignité humaine, alors que, par l'appât d'un gain des plus intimes, l'appelante se déterminait à trafiquer de son corps et à le faire servir à des expériences inutiles pour elle, sinon dangereuse, qui n'étaient entreprises qu'en vue des profits que leur auteur escomptait ». CA Lyon, 27 juin 1913, *Gaz. Pal.*, 1, p. 506. B. MORON-PUECH, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue droit et santé*, 2013, n° 50, p. 200–214.

2. Cf. *supra* n° 388, p. 199.

3. Nous entendons « libéral » au sens premier, c'est-à-dire ce « qui ne rencontre ou qui ne s'impose pas de contraintes, de limites. » *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : www.cnrtl.fr/definition, v° Libéral.

4. Cf., *supra* n° 445 et s., p. 228 et s.

médical sur le corps doit cumuler deux légitimités. D'une part, une légitimité théorique qui veut que l'acte soit jugé, *in abstracto*, possible par une règle extérieure à l'auteur de l'acte médical qu'est le praticien. Ensuite, une légitimité concrète propre à l'individu, qui est le consentement. Tant que le consentement ne pourra pas être seul à légitimer l'atteinte, il restera nécessaire de poursuivre un but légalement désigné.

À titre d'illustration, le projet de loi relatif au corps humain de 1994 prévoyait au sujet du don d'organe que « le consentement ne justifie l'atteinte à l'intégrité du corps que si elle est fondée sur un intérêt légitime¹. » Suivait une liste des intérêts légitimes. Dès lors que ces intérêts et que les actes — en l'espèce, il s'agissait du don — sont considérés comme légitimes, l'acte est en quelque sorte *ouvert* au consentement des personnes. Ainsi, « le consentement n'est licite que dans la limite de l'autorisation de la loi, ou de l'ordre public² » et il y a un nécessaire contrôle préalable de l'acte³.

511. L'interprétation personnelle de la nécessité médicale : une réalité ? Certains considèrent que l'interprétation personnelle de la nécessité médicale prévaut aujourd'hui. Il a ainsi été écrit qu'« il sera dorénavant plus difficile à une personne de contester la légitimité de l'intervention, car *le moyen devient la fin* : dès qu'un médecin intervient sur un patient, l'atteinte est légitime⁴. » Par ailleurs, L. DEGOY a avancé que « la substitution du terme médical au terme thérapeutique a eu pour effet immédiat de remettre l'entière appréciation de la légalité des actes entre les mains du corps médical⁵ ».

1. Cité par D. THOUVENIN, « La construction juridique d'une atteinte au corps humain », *Hors-Série Justices*, 2001.

2. A. BATTEUR, *Le consentement sur le corps en matière médicale* in J.-M. LARRALDE, *La libre disposition de son corps*, Droit et justice, Bruylant-Nemesis, 2009, n° 18 p. 54.

3. Nous avons là un exemple de la vision communautaire et solidariste du corps. Celle-ci suit ROUSSEAU qui dans *Le contrat social* écrit « quand le Prince dit [au citoyen] : il est expédient à l'État que tu meures, il doit mourir, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors, et que sa vie n'est pas seulement un bienfait de la nature, mais un *don conditionnel de l'État*. » (ROUSSEAU, *Le contrat social*, Garnier-Flammarion, 1762, Livre II, chapitre 5, p. 72. Nous soulignons.) Cela illustre l'affirmation selon laquelle la personne n'a pas tous les droits sur son corps. Ces droits lui sont donnés par l'État et il ne peut les prendre d'autorité. La vision libérale du corps est quant à elle plus encline à permettre l'action de la personne sur son corps sans que l'État vienne interférer dans celle-ci. On note cependant chez J. LOCKE que la liberté de la personne sur son corps ne comprend pas l'*abusus*. (J. LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, trad. par GILSON, Vrin, 1977, ch. II, §6, p. 78.) Des positions modernes reconnaissent cependant cette faculté aux personnes, notamment *via* la demande euthanasique. Voir sur la question de l'opposition entre vision communautaire et vision libérale du corps Cl. CRIGNON-DE OLIVEIRA et M. GAILLE-NIKODIMOV, *À qui appartient le corps humain ? : Médecine, politique et droit*, Les Belles Lettres, 2004, p. 70 et s. Pour un argumentaire en faveur d'une vision libérale du corps, cf. B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, 1991, n° 13, p. 111. Celui-ci énonce que les législations de bioéthique sont *d'une part* socialement nuisibles puisque c'est priver les scientifiques des moyens permettant de préserver nos vies dans un environnement hostile ; *ensuite* philosophiquement mal fondées puisqu'elles reposent sur l'inviolabilité de la personne humaine, concept qui repose lui-même sur la notion de personne humaine qui ne se confond pas avec l'être humain (il faut donc être cohérent selon lui : si on protège le corps humain, il faut protéger tout le corps humain et tous les corps humains — fœtus compris — et ne tolérer aucune atteinte) ; et *enfin* qu'elles opèrent une confusion entre morale et droit.

4. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

5. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 705, p. 439.

Nous n'allons pas dans ce sens puisque nous constatons que ces risques ne se sont pas réalisés. Ainsi nous n'avons pas rencontré d'intervention non thérapeutique qui fût justifiée par l'article 16-3 du code civil seul. Toutes les interventions non thérapeutiques ont en effet été autorisées par des textes spéciaux comme nous le démontrerons après¹.

Nous pouvons mettre au crédit des commentateurs qu'il s'agit bien d'une menace potentielle. Cependant, devant la dangerosité potentielle de l'interprétation personnelle de l'adjectif « médical », la solution se trouve dans une interprétation matérielle de cet adjectif, interprétation plus modérée.

512. L'illusoire modération de l'interprétation matérielle de l'adjectif « médical ». La détermination de la finalité ne peut donc se faire par une interprétation personnelle. Il reste donc la détermination par renvoi à la matière elle-même : la médecine. La modification de l'article 16-3 du code civil avait pour objectif de permettre certaines interventions non thérapeutiques et principalement la stérilisation contraceptive. Or, cette intervention n'a été pratiquée à l'origine que parce que certains praticiens ont répondu favorablement à la demande de certaines personnes. Ce faisant, ils ont jugé légitime leur demande². Il en va de même pour toutes les interventions non thérapeutiques sur le corps : il y a toujours à l'origine du processus une acceptation de l'intervention par des praticiens.

Nous retrouvons ce travers que nous venons de dénoncer : si nous faisons référence à l'interprétation matérielle de la nécessité, nous faisons référence à des pratiques professionnelles et donc à ce que font les médecins et les autres praticiens. Dès lors, nous revenons au premier critère puisque nous constatons qu'*in fine*, ceux qui déterminent ce qui est médical, c'est-à-dire la matérialité de l'acte, sont ceux qui la pratiquent.

513. Si l'on veut assujettir la science médicale au droit, il faut donc trouver un autre moyen. Il y a pour cela deux manières. La première manière est que le droit fasse une incursion dans la détermination de ce qui est médical. Nous pourrions par exemple imaginer une liste exhaustive des actes ayant une finalité médicale. Cela supposerait une machinerie administrative conséquente à l'instar de celle qui a été mise en place pour la construction de la Classification commune des actes médicaux. Cependant, nous constatons que le droit ne semble pas souhaiter déterminer le contenu de la médecine, comme en témoigne son renvoi aux données acquises de la science pour la détermination de l'action fautive. La seconde manière de réguler juridiquement la médecine serait de lister les buts légaux de la médecine. La modification de l'article 16-3 du code civil vient apparemment anéantir ce mode de régulation puisque l'article 16-3 modifié du code civil indique que le but de la médecine correspond à ce que décident de faire les praticiens de la médecine ou à ce qu'ils déterminent comme faisant partie de « la médecine ». Dès lors, il

1. Cf. *infra* n° 542 et s., p. 270 et s.

2. En témoigne la fixation par le SYNGOF d'un « cadre éthique » antérieurement à la réforme de l'article 16-3. Cf. *infra* n° 536, p. 267. En témoigne aussi la réglementation de la chirurgie esthétique, cf. *infra* n° 646 et s., p. 311 et s.

n'y a plus de but réel et ce mode de régulation par une autorisation des actes en mentionnant leur but est mis en échec.

Comme le souligne D. THOUVENIN, il y a là une « stratégie de défense des intérêts de certains professionnels médecins¹ » puisque, dans un grand paradoxe, la lecture de l'article 16-3 du code civil ne permettrait l'atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de décision d'intervention d'un praticien de la médecine. Une telle lecture serait alors totalement nouvelle puisqu'elle impliquerait de confier à des potentiels délinquants la détermination de la géométrie d'une cause d'irresponsabilité pénale objective. Ecrire qu'une cause d'irresponsabilité pénale objective voit sa géométrie varier selon la volonté d'une catégorie de personnes ne peut alors que nous faire conclure à l'instauration d'une cause d'irresponsabilité pénale subjective et cela est incompatible avec notre droit actuel, puisqu'il ne réserve ces causes qu'aux personnes chez qui sont altérés le discernement ou le libre arbitre.

514. C'est donc que l'article 16-3 est mauvais puisque son exégèse ne mène nulle part : l'interprétation personnelle est incompatible avec la *ratio legis*, tandis que l'interprétation matérielle renvoie à l'interprétation personnelle. Ce raisonnement ne laisse donc aucune prise au juriste et nous fait penser que le législateur n'a justement pas voulu une telle exégèse de l'article 16-3 du code civil². Souhaitant rassurer les médecins pour ce qui concerne les actes non thérapeutiques, il a construit un système dans lequel l'article 16-3 du code civil est purement incantatoire et juridiquement inutile.

2. L'inutilité juridique de l'adoption de la finalité médicale

515. L'article 16-3 du code civil prend place dans l'environnement particulier qu'est le titre premier du livre premier du code civil. Ce titre, créé par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* s'intitule « des droits civils ». Placé en exergue du code civil, juste après le titre préliminaire³, cet article côtoie donc dans ce titre la vie privée⁴, la présomption d'innocence⁵, l'obligation de contribuer à la manifestation de la vérité⁶, la jouissance par les étrangers des droits civils reconnus aux Français⁷, etc. Il est cependant placé dans le chapitre II intitulé « du respect du corps humain » à la suite de l'article 16 et créé par

1. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

2. Si l'exégèse du terme médical est ici sauvée par l'inutilité de la « nécessité médicale » en matière de régulation des actes médicaux, il y a cependant lieu de s'inquiéter de l'utilisation de la notion de « finalité médicale » dans des articles pourtant névralgiques. Ainsi, l'article 16-4 du code civil autorise-t-il les techniques d'imagerie cérébrale lorsque celles-ci sont « employées [...] à des fins médicales ». Or, nous pouvons affirmer qu'il y a là un risque potentiel du fait de l'indétermination de la notion de « finalité médicale », la médecine n'ayant, en elle-même, aucune finalité. Nous pensons cependant que dans cet exemple, la « finalité médicale » doit s'entendre strictement comme synonyme de « nécessité thérapeutique ».

3. Son insertion a donc nécessité de déplacer les dispositions relatives à la nationalité française après par la création d'un titre I^{bis}.

4. Art. 9 code civil.

5. Art. 9-1 code civil.

6. Art. 10 code civil.

7. Art. 11 code civil.

la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*. Cet article 16 institue la matrice de tout le chapitre en disposant que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » Suivent ensuite l'inviolabilité et la non patrimonialité du corps¹, le respect dû au cadavre² et l'article 16-2 qui permet au juge de faire cesser des atteintes illicites au corps humain. L'article 16-3 est suivi par des articles interdisant l'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine³, déclarant nulles les conventions conférant une valeur patrimoniale au corps humain⁴ et celles portant sur la procréation ou la gestion pour le compte d'autrui⁵, instaurant la non rémunération des activités de recherches et de prélèvement⁶ et leur anonymat⁷. L'article 16-9 qui clôt ce chapitre dispose que les dispositions qui précèdent sont d'ordre public. Suivent deux courts chapitres ajoutés respectivement par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* et la Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique* et portant sur l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et son identification par celles-ci, et sur l'interdiction d'utilisation des techniques d'imagerie médicale autrement qu'à des fins « médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires⁸. »

516. La description de l'environnement de l'article 16-3 permet de conclure que celui-ci est placé dans un chapitre du code civil qui a vocation à fixer les règles relatives aux actes pratiqués sur le corps humain.

517. Dès lors, après avoir démontré que la modification de l'article 16-3 du code civil visait à répondre à une peur (a.) plus qu'à résoudre un vrai problème, nous soutiendrons que la situation était déjà résolue par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* (b.).

a. Les circonstances de la création de la notion de nécessité médicale : la volonté de répondre à la peur des médecins

518. Pour comprendre comment le législateur en est venu à créer la notion de « nécessité médicale », il faut envisager les arguments à l'origine de cette modification (i.) avant d'en venir à ses causes (ii.).

i. Arguments à l'origine de la modification de l'article 16-3 du code civil

-
1. Art. 16-1 code civil.
 2. Art. 16-1-1 code civil.
 3. Art. 16-4 code civil.
 4. Art. 16-5 code civil.
 5. Art. 16-7 code civil.
 6. Art. 16-6 code civil.
 7. Art. 16-8 code civil.
 8. Art. 16-14 code civil.

519. L'amendement modificateur initial. Le 3 juin 1999 se discute au Sénat le projet de loi n° 1977 et n° 1984 *portant création d'une couverture médicale universelle*. Est proposé en première lecture un amendement¹ par le Sénateur Fr. AUTAIN². Celui-ci est ainsi rédigé :

« Dans le premier alinéa de l'article 16-3 du code civil, le mot "thérapeutique" est remplacé par le mot : "médicale".³ »

Fr. AUTAIN soutient son amendement par une rhétorique simple. L'article 16-3 « conduit à rendre illégale toute intervention portant atteinte au corps humain dès lors qu'il s'agit, non pas de soigner, mais de prévenir une maladie⁴. Ces interventions peuvent être en effet considérées comme des blessures volontaires imputables au praticien et sanctionnées en application des articles 222-9 et 222-10 du code pénal⁵. » Or, il arguait du fait que le projet de loi initial visait la « nécessité médicale » et non la « nécessité thérapeutique », d'où la nécessité de « réparer ce que l'on pourrait appeler une "coquille" dans la loi sur la bioéthique⁶ ».

Le Sénateur poursuit en évoquant les débats ayant mené au choix de la « nécessité thérapeutique ». Selon lui, la jurisprudence a défini la nécessité thérapeutique comme n'incluant pas les actes préventifs, contrairement à ce qu'avancait J.-Fr. MATTEI. Le rapporteur, M. Cl. HURIET, intervient alors. Il se dit convaincu, mais dit avoir quelques états d'âme à toucher au code civil. Il s'interroge ensuite sur la licéité des opérations de chirurgie esthétique au vu de l'ancienne rédaction de l'article 16-3, tout en doutant de l'efficacité de la modification de l'amendement sur ce point. Il accepte cependant l'amendement. Le secrétaire d'État intervient ensuite. Il va dans le sens de Fr. AUTAIN pour l'exclusion de la prévention de la notion de « nécessité thérapeutique ». Il demande seulement à en savoir plus en consultant les services du ministère de la Justice. Fr. AUTAIN lui répond en citant l'article 16-10 du code civil. Celui-ci distingue fins médicales et de recherche scientifique. Il propose alors de rectifier son amendement en ajoutant « ou thérapeutique » après « nécessité médicale ». Interrogé plus loin, il dit ne pas vouloir modifier son amendement. Il finit en précisant que la rectification est attendue avec impatience par de nombreux spécialistes, dont des chirurgiens esthétiques et des gynécologues. Le secrétaire d'État campe sur sa position et contredit l'exemple de l'article 16-10 du code civil en précisant que « le mot "médicale", contrairement au mot "thérapeutique", inclut la recherche. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, que la science médicale s'exclue elle-même de la recherche⁷. » Le Gouvernement repousse donc l'amendement.

1. Amendement n° 213.

2. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014), p. 35.

3. *Ibid.*, p. 35.

4. L'interprétation de la thérapeutique fondée dans les nosologies résoud cette question puisque la douleur est aujourd'hui considérée comme une maladie. *supra* n° 103, p. 61.

5. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014), p. 35.

6. *Ibid.*, p. 35.

7. *Ibid.*, p. 35.

520. Devenir de l'amendement. In fine, l'amendement est adopté au Sénat, et, après l'échec d'une commission mixte paritaire, il passe sans commentaire devant l'Assemblée nationale¹. Il se trouvera alors définitivement à l'article 70 de la loi sous la forme suivante : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. »

521. Le peu d'importance accordée à cette modification explique pourquoi les débats sont parsemés d'erreurs. Celles-ci sont de deux ordres. D'une part, a été invoqué le fait que l'inclusion de la « nécessité thérapeutique » dans l'article 16-3 résulterait d'une erreur matérielle du législateur qu'il s'agit de réparer. D'autre part, il a été argué que l'état du droit d'alors n'inclurait pas les actes préventifs et rend difficile l'autorisation des recherches biomédicales.

522. Le mythe de l'erreur matérielle. Concernant l'argument d'une erreur matérielle, deux objections peuvent être formulées. D'une part, le projet de loi ayant conduit à la création de l'article 16-3 du code civil ne comportait pas de référence à la « nécessité médicale ». Celle-ci n'a été évoquée qu'au Sénat où la formulation renvoyait à la « nécessité thérapeutique ou médicale »². Il était donc erroné de la part de Fr. AUTAIN de soutenir le contraire.

D'autre part, l'étude des débats parlementaires prouve que l'option d'inscrire dans la loi la « nécessité médicale » a été évoquée³ et votée au Sénat, avant d'être modifiée par l'Assemblée

1. *Assemblée nationale, troisième séance du 16 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/1998-1999-ordinaire1/277.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 06042.

2. En votant l'amendement n° 9 en première lecture, le Sénat adopte une formulation condensée. L'article était rédigé comme suit : « Art. 16.3. - Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique ou médicale et après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli à moins que l'état de celui-ci rende nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. » *Assemblée Nationale, 1^{re} séance du 19 avril 1994, compte rendu intégral*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/10/cri/1993-1994-ordinaire2/015.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 922.

3. Et même longuement ! Défendant un amendement, Fr. SELIGMANN explique sa volonté d'inscrire « ou médicale » après les mots « nécessité thérapeutique » en expliquant qu'« Il s'agit de compléter la finalité thérapeutique par l'ajout de la finalité médicale. Il convient que les recherches biomédicales, telles qu'elles sont organisées par la loi du 20 décembre 1988, notamment quand elles n'ont pas un bénéfice individuel direct, ne se trouvent pas en contradiction avec cet article du code civil. » Le rapporteur, G. CABANEL, se montre défavorable, arguant du fait que « La référence à la nécessité médicale va beaucoup plus loin : ce peut être un prélèvement ou tout autre examen n'ayant pas pour objet l'intérêt direct du patient. On élargirait dangereusement le champ de la dérogation. » Cette position est suivie par le Gouvernement.

Le sous-amendement de l'amendement n° 9, qui sera retenu, est défendu par M. DREYFUS-SCHMIDT qui explique que « l'atteinte à l'intégrité du corps humain peut être nécessitée non seulement par la thérapeutique, c'est-à-dire par le soin, mais aussi, plus généralement, par la recherche, la prévention, ce qui n'est plus thérapeutique. » (*Sénat, séance du 20 janvier 1994, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1994/01/s19940120_0347_0415.pdf (visité le 02/10/2014), p. 369) Là encore, G. CABANEL reprend les mêmes arguments : « L'avis de la commission doit être clair : les mots "thérapeutique" et "médical" n'ont pas la même signification. Un geste thérapeutique qui doit être décidé d'urgence, alors que le patient ne peut pas y consentir, c'est une intervention curatrice, salvatrice, généralement précédée d'examens permettant d'établir le diagnostic. Une intervention médicale, cela peut être un prélèvement opéré afin de faire une recherche qui n'a pas pour objet de soigner le patient. Pour ma part, je reste fidèle à la définition étroite de "thérapeutique". » (*Ibid.*, p. 370)

Sur ces entrefaites, Cl. HURIET intervient et précise qu'« en dehors des procédés thérapeutiques et des prélèvements, il existe des techniques de diagnostic qui mettent en cause l'intégrité physique de la personne, et qui peuvent d'ailleurs comporter des dangers. Cela signifie que les termes "nécessité médicale" sont préférables

en seconde lecture. Ainsi, et nous suivons en cela L. DEGOY, si une erreur matérielle s'était glissée dans le texte de l'article 16-3, il eût fallu que l'alinéa 2 de l'article 16-8¹ subisse la même correction². Donc, et contrairement à ce qui a été affirmé, le choix de l'expression « nécessité thérapeutique » par le législateur lors des débats ayant conduit à la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* était bien conscient et il ne s'agissait pas d'une coquille, les parlementaires ayant bien délibéré sur la question.

523. La confusion entre acte préventif thérapeutique et acte contraceptif. Le second argument soutenant la modification de l'article 16-3 du code civil était que les actes préventifs ne sont pas inclus dans l'acception d'« acte médical thérapeutique »³. Fr. AUTAIN et le secrétaire d'État sont d'accord sur ce point.

Il faut remarquer que la crainte de Fr. AUTAIN était juridiquement infondée. Un acte médical thérapeutique peut parfaitement être préventif, et cela était accepté de longue date. Une simple lecture *a contrario* de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 nous apprend qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle que la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en vue d'une nécessité thérapeutique, et à des fins pouvant être contraceptives, est autorisée par l'article 16-3 du code civil. C'est-à-dire que le but thérapeutique est indépendant du fait que l'intervention cherche à *réparer* — acte curatif — ou à *prévenir* — acte préventif — une pathologie. Il en allait de même pour l'avortement qui, avant d'être autorisé sur le fondement de la volonté de la femme, était bien entendu autorisé pour sauver la vie de la femme⁴. Il est donc difficilement compréhensible qu'il n'y ait pas eu plus de contestation sur ce point puisque ce qu'affirmait Fr. AUTAIN était manifestement faux. La seule explication se trouve dans l'assimilation confuse des stérilisations contraceptives et des stérilisations préventives. Il s'agissait ici de préciser ce que prévenait la stérilisation : la survenue d'un accident ou d'une simple grossesse ? Or, la question avait été tranchée bien avant par un arrêt de la Cour de cassation de 1983⁵.

En tout cas, il aurait été possible pour le législateur de préciser qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique ou préventive [...] ». Mais il est vrai que nous nous trouvons dans un titre qui contient un ensemble de principes fondamentaux importants. Dès lors, la cohérence du texte et sa concision ont pu apparaître

aux termes « nécessité thérapeutique », car ils ont manifestement une signification plus large, qui peut inclure les procédés thérapeutiques ou les techniques de diagnostic... » (*Ibid.*, p. 370).

Ces débats sont symptomatiques des hésitations entre ces deux adjectifs. Nous pouvons affirmer qu'à compter de ce débat, les deux adjectifs sont clairement distingués : est « thérapeutique » l'acte ayant pour but de guérir tandis que l'adjectif « médical » inclurait, en plus du but thérapeutique, tous les autres buts.

1. Celui-ci dispose qu'« En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »

2. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 170, p. 126.

3. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014).

4. *Cf. infra* n° 547, p. 272.

5. Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1983, n° 82-12227. *Cf. infra* n° 536, p. 267.

comme essentiels. Et c'est d'ailleurs la modification d'un texte aussi fondamental par une loi assez technique qui interroge : n'y a-t-il pas un décalage à modifier un article du titre I^{er} du code civil à l'aide d'une loi *portant création d'une couverture maladie universelle* ?

524. Un cavalier législatif ? Des parlementaires de l'opposition ont saisi le Conseil constitutionnel en arguant de ce que le titre V de la loi « au nom volontairement imprécis de “modernisation sanitaire et sociale” » comporte de nombreux cavaliers législatifs. Ils constatent que « l'énoncé des champs de compétence des articles de ce titre prouve à lui seul l'étendue des secteurs visés et la mise en œuvre d'un véritable projet de loi sanitaire et sociale et sans lien réel avec l'objet même de la présente loi, à savoir la création d'une couverture maladie universelle¹. » Après une énumération à la *Prévert* des thèmes de ce titre, ils concluent en écrivant que « le titre V apparaît donc bien comme un véritable projet de loi adopté en totale contradiction avec les règles tant de présentation que d'examen des projets de loi ordinaires. Il doit être, en conséquence, considéré comme contraire aux articles 39 et 44 de notre Constitution, ainsi qu'aux droits fondamentaux reconnus des parlementaires². » Il faut noter que, dans cette saisine, il n'est pas fait référence expresse à l'article qui nous préoccupe. Il n'est qu'évoqué dans la liste des thèmes visés au titre du « respect du corps humain »³.

Le Conseil, se rangeant du côté des conclusions du Gouvernement, répond à ces observations de manière lapidaire en considérant que ces dispositions, introduites par voie d'amendement, « ne sont pas dénuées de lien avec le texte en discussion et ne dépassent pas, par leur objet ou leur portée, les limites inhérentes au droit d'amendement⁴ ».

525. Nous pouvons cependant nous interroger sur le point de savoir si cette modification n'est pas constitutive d'un cavalier législatif. Le cavalier législatif est défini comme une « mesure introduite [...] par un amendement dépourvu de lien avec le projet ou la proposition de loi déposée sur le bureau de la première assemblée saisie, en méconnaissance des règles induites par les dispositions combinées du premier alinéa des articles 39 et 44 de la Constitution⁵. » Nous nous situons bien dans ce cas, la disposition ayant été introduite par amendement. En matière de cavaliers sociaux, le Conseil constitutionnel veillait jusqu'en 2000 à ce que la question ait été soulevée préalablement au Parlement. Depuis 2006⁶, il fait de même avec les cavaliers législatifs.

Qu'aurait décidé le Conseil dans cette situation si elle s'était présentée après 2006 ? Certes, le projet de loi ayant mené à la Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture*

1. *Saisine par 60 députés - 99-416 DC*, Conseil constitutionnel, 1^{er} juil. 1999, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416dc.htm (visité le 13/09/2013).

2. *Ibid.*

3. Il faut y voir ici un exemple supplémentaire de l'absolue discrétion du changement majeur de l'article 16-3 du code civil.

4. Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC.

5. R. DÉCHAUX, « L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de “cavalier” entre 1996 et 2006 », URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cavaliers.pdf (visité le 31/07/2014).

6. Cons. const., *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, 30 mar. 2006, n° 2006-535 DC.

maladie universelle visait un domaine de la santé, plus précisément la création de la « couverture maladie universelle ». Cependant, ce projet ne concernait pas le droit pénal ou la légalité des actes médicaux. Il faut aussi noter que l'article 70 s'insère à la fin du texte entre des dispositions relatives aux officines et des dispositions visant à adapter les caisses de sécurité sociale. Il y a fort à parier que cet article, succinct et au fond assez éloigné de l'objet initial du projet de loi, aurait pu être censuré par le Conseil constitutionnel. Ainsi, dans sa décision relative à la *Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009* portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires¹, le Conseil censure un ensemble de dispositions de la Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* au motif qu'elles n'ont pas de lien avec la proposition de loi initiale².

Il est donc assez étonnant qu'une telle disposition ait été tolérée dans un projet relatif à une modalité spéciale de financement des actes médicaux³.

526. Ces arguments n'expliquent donc pas cette modification et nous devons alors en trouver les causes (ii.) pour tenter d'en expliquer l'existence.

ii. Causes de la modification de l'article 16-3 du code civil

527. Nous pouvons trouver deux causes à cette modification : d'une part, un contexte de diversification des buts de la médecine forme une cause lointaine à la modification (α .) et d'autre part, la croyance d'un blocage par l'article 16-3 du code civil de la possibilité de décriminaliser la stérilisation thérapeutique a joué le rôle de déclencheur de cette modification (β .).

α . Les *causa remota* de la modification de l'article 16-3 du code civil

528. Les changements de la médecine forment pour une grande part la cause de cette modification, *via* l'influence politique du corps médical.

529. L'effet d'une influence politique. Un premier élément de contexte de la modification de l'article 16-3 du code civil peut être trouvé dans la pression de certains médecins qui y voyaient un risque « médico-légal » pour leur pratique. C'est ce qui ressort de la prise de parole de Fr. AUTAIN. Celui-ci, défendant son amendement, dit ainsi que depuis « des années que nous discutons de ce problème [,] je souhaiterais que vous puissiez émettre un avis favorable sur une modification qui est attendue avec impatience par un certain nombre de spécialistes,

1. Cons. const., *Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009* portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, 4 août 2011, n° 2011-640 DC.

2. Ces dispositions étaient très variées et portaient notamment sur la création d'une agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, sur la composition du conseil supérieur de la mutualité, sur les conditions d'inscription sur la liste nationale des experts en accidents médicaux ou encore sur les conditions d'utilisation du titre de nutritionniste.

3. Nous suivons ainsi L. DEGOY qui précise que la loi de 1999 est bien une loi « fourre-tout » L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 17, p. 21.

et pas seulement par les chirurgiens esthétiques, qui ont été évoqués, mais également par les gynéco-obstétriciens¹. » D. THOUVENIN dans son article de référence sur le sujet, intitulé « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », dit clairement que « la modification du texte n'a nullement été estimée nécessaire, parce que le recul du temps aidant, le législateur aurait pris conscience que les droits subjectifs reconnus à la personne étaient mal protégés, mais bien parce que certains médecins, développant une activité de lobbying efficace, ont estimé que la rédaction de l'art. 16-3 ne leur convenait pas, faute de leur assurer la protection totale à laquelle ils aspirent². » Le but caché de ce texte est ainsi de rassurer la profession médicale en limitant les risques judiciaires — *médico-légaux* dans le jargon médical — pouvant peser sur les actes dont la légitimité est contestée par certains — au sein même de la profession médicale.

Cette demande provient d'un sentiment diffus de l'augmentation de la pression judiciaire, ou, plus précisément, un sentiment d'excès de la responsabilité qui pèse sur les médecins. M.-A. HERMITTE pense qu'il s'agit là d'une incompatibilité entre médecine et responsabilité³. Selon l'auteur, la responsabilité ne peut se comprendre que lorsque le professionnel est sorti de sa mission. C'est ce que dit PLATON : « celui qui se trompe le fait quand sa science l'abandonne, dans le moment où il n'est plus artisan ; ainsi, artisan, sage ou gouvernant, personne ne se trompe dans l'exercice même de ses fonctions, quoique tout le monde dise que le médecin s'est trompé, que le gouvernant s'est trompé⁴ ». Plus précisément, leur responsabilité reposerait sur leur indépendance. En somme, « à rationalités indépendantes, responsabilités indépendantes⁵. » Elle développe parallèlement l'argument selon lequel trop de responsabilités présenteraient l'inconvénient de pousser le médecin à ne pas soigner. Cela reprend les arguments de la médecine défensive, que P. LOISEAU définit comme « une altération de la pratique médicale par anticipation de la mise en jeu de la responsabilité médicale⁶. » Celle-ci prend deux formes. La forme positive est l'excès de diagnostics ou de traitements pour éviter la menace d'une responsabilité. La seconde, négative, est le refus de « conduire un protocole ou de réaliser un test par crainte de poursuite ultérieure⁷. » Au sein de cette forme, il faut distinguer les abstentions catégorielles, reposant sur le risque subjectivement ressenti par le praticien pour un type d'intervention, au vu de la situation du patient et les abstentions circonstanciées⁸. « Ce qui est visé [...] est l'acte

1. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014), p. 35.

2. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

3. M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996, p. 53. Elle écrit en effet que « cette opposition entre une médecine qui se voudrait irresponsable par nature et le droit qui lui applique la responsabilité de droit commun va affecter la forme d'un véritable combat. »

4. PLATON, *La République*, trad. par R. BACOU, Garnier-Flammarion, 1966, I/30b-34Ib cité par : A. JAUNAIT, *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes français de déontologie médicale*, avec une préf. de M. SADOUN, Nouvelle bibliothèque de thèses, science politique, Dalloz, 2005, p. 295.

5. *Ibid.*, p. 325.

6. P. LOISEAU, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, Collection de droit de la santé, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 255.

7. *Ibid.*, p. 256.

8. Celles-ci sont définies en vertu des circonstances. Par exemple, un praticien anesthésiste se fondera sur un des scores anesthésiques (ASA1 à ASA5).

médical lui-même. Au sein d'une spécialité donnée, tel ou tel acte ne sera plus pratiqué, car jugé trop "dangereux" d'un point de vue médico-légal. [...] Dès lors qu'une intervention n'est plus pratiquée, son indication n'est plus posée. Tout se passe comme si cette avancée de la science médicale n'avait pas eu lieu. L'affection en cause devient tout simplement "incurable"¹. »

530. Cette thèse est invalidée par A. JAUNAIT. Selon lui, c'est « parce que les médecins sont responsables de leurs actes devant les individus et devant la société qu'il faut préserver cette responsabilité en la modérant, sans quoi le *sentiment* de responsabilité se délitéra et les patients seront moins soignés². » Sa pensée se poursuit lorsqu'il précise que les médecins — ici représentés par le Conseil national de l'Ordre des médecins — considèrent que « la responsabilité est abusive lorsque l'imputation [de la responsabilité] repose sur le transfert d'une fonction sociale à la médecine. » Cette position est traduite dans le rapport public du Conseil d'État sur le droit de la santé. Celui-ci précise que, « sous couvert de traquer la responsabilité d'autrui là où ne sont que des aléas de la vie, la société aurait échangé la sécurité juridique contre l'insécurité médicale³. »

531. Ainsi, ce sentiment d'injustice est-il particulièrement exacerbé en ce qui concerne les actes médicaux non thérapeutiques, pour lesquels le médecin est institué en régulateur social. Si l'on demandait en effet au médecin à la fois de répondre à une demande des patients et de juger de leur opportunité — et donc d'assumer les risques de ce jugement —, comme c'est le cas pour l'avortement ou la stérilisation non thérapeutique, cela apparaîtrait disproportionné.

532. Une crainte infondée. Au-delà des questions de responsabilité et de régulation sociale, il faut noter qu'une étude récente nous permet d'affirmer que l'augmentation du « risque médico-légal » souvent dénoncée par les praticiens, est une illusion. En effet, l'étude contredit l'idée d'une dérive « à l'américaine » et note une sinistralité constante en matière médicale⁴. Il n'est donc pas objectivement soutenable d'affirmer que les médecins seraient soumis à une augmentation radicale du « risque médico-légal »⁵.

533. Le sentiment d'une désuétude de la cause thérapeutique par les praticiens. Le second élément de contexte est la concurrence que subit la finalité thérapeutique. La médecine

1. *Ibid.*, p. 269-279.

2. A. JAUNAIT, *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes français de déontologie médicale*, avec une préf. de M. SADOUN, Nouvelle bibliothèque de thèses, science politique, Dalloz, 2005, p. 326.

3. *Réflexions sur le droit de la santé*, Rapport public n° 49, Conseil d'État, fév. 1998, cité par : A. JAUNAIT, *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes français de déontologie médicale*, avec une préf. de M. SADOUN, Nouvelle bibliothèque de thèses, science politique, Dalloz, 2005, p. 328.

4. A. LAUDE, « La judiciarisation de la santé », *Questions en santé publique*, mar. 2013, 20, URL : <http://www.iresp.net/iresp/files/2013/04/judiciarisation-sante-n20.pdf> (visité le 21/09/2015).

5. Cependant, on peut noter une tendance à l'augmentation du montant des indemnités. A. BAYLE-INGUEZ, « Responsabilité civile : à 273 000 euros, le coût moyen des condamnations des hôpitaux a grimpé de 6,3 % en 2014 », *Le quotidien du Médecin*, 6 oct. 2015, URL : http://www.lequotidiendumedecin.fr/actualites/article/2015/10/06/responsabilite-civile-273-000-euros-le-cout-moyen-des-condamnations-des-hopitaux-grimpe-de-63-en-2014_774036#sthash.Bj05o1qn.dpuf (visité le 07/10/2015).

est en effet de plus en plus chargée de missions qui sortent du cadre thérapeutique.

Ab initio, la médecine est entièrement tournée vers le but thérapeutique et l'on ne peut pas lire les anciens arrêts autrement qu'en se rappelant cette parfaite homonymie entre les adjectifs « médical » et « thérapeutique¹ ».

Cependant, la multiplication des finalités licites va être admise. L'adoption dans la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé d'une définition très innovante et englobante de la santé abonde dans ce sens²

Particulièrement flou, le débat au Sénat témoigne de la multiplication de ces buts admissibles. Bien que les questions du statut des recherches médicales et des soins préventifs aient été posées et semblent être le pivot des discussions, les spécialités de chirurgie esthétique et de gynécologie sont citées. C'est ainsi que Cl. HURIET déclare qu'il s'est « toujours demandé si certaines interventions de chirurgie esthétique ne se trouvaient pas mises en cause par cet article du code civil³. » Cette question presque rhétorique peut être étendue aux activités socialement tolérées comme la circoncision, voire aux activités légalement autorisées comme la procréation médicalement assistée.

Il est donc évident que ce flou artistique dans les débats provient de la gêne provoquée par les nouvelles missions de la médecine, spécialement les missions non thérapeutiques. Parmi celles-ci se trouvent les stérilisations thérapeutiques, la chirurgie esthétique — à distinguer de la chirurgie reconstructrice —, l'avortement volontaire, la PMA, etc.⁴.

534. Ces données montrent que, plus que les affirmations dans l'hémicycle, les raisons de la modification de l'article 16-3 du code civil sont la cause d'un climat global. Il ne paraissait plus pertinent d'instituer l'intérêt thérapeutique en condition de l'acte médical. L'évidence sur laquelle était assise la médecine s'est donc fissurée.

535. Renvoi à la croyance selon laquelle la loi ne peut pas se contredire. Dès lors, il ne semblait pas cohérent qu'un texte institue toujours, en principe et en condition, la nécessité thérapeutique. Cela a pu donc paraître incohérent aux médecins, ignorants du mécanisme de base du droit qu'est l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*⁵. Ceux-ci croyaient donc en la nécessité absolue de modifier cet article. Cet absolu l'était d'autant plus pour la matière hautement sensible qu'était la stérilisation contraceptive.

1. Cf. sur ce point, et par exemple, Cass. crim., *Mongenot*, 13 août 1813, *S.*, 1913.I.417.

2. Mais nous appelons à une modération dans l'utilisation de cette définition. Cf. *supra* n° 89, p. 53.

3. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014), p. 35.

4. C'est, selon G. FAURÉ, la première raison de la modification de l'article 16-3 du code civil : « la première [finalité], générale et explicite, traduit la volonté du législateur de considérer comme licite tout acte médical ayant un but thérapeutique ou préventif. » À cette époque, une partie de la doctrine considérait comme non thérapeutique l'acte préventif. G. FAURÉ, « Que bien légiférer est un art difficile ! : Bref commentaire du nouvel alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 27 juillet 1999 », *Médecine & Droit*, 1999, vol. 38, p. 1-3.

5. Cf. sur ce point *infra* n° 566, p. 281.

β. La *causa proxima* de la modification de l'article 16-3 du code civil : la stérilisation contraceptive non thérapeutique

536. Origine de la législation sur la stérilisation contraceptive. On peut dater l'origine de l'évolution de la législation en France avec la résolution du Comité des ministres de l'Europe du 14 novembre 1975 qui dispose que « la stérilisation volontaire doit être rendue possible en tant qu'acte médical¹ ». Une résolution du 28 janvier 1983 du Conseil national de l'Ordre des médecins précise que « la stérilisation masculine et féminine est une intervention mutilante [...] dont les conséquences psychiques et morales sont imprévisibles », ainsi « elle ne pourra être pratiquée que pour des motifs très sérieux, qui amènent à déconseiller formellement et définitivement la grossesse² ». Cette formulation est en phase avec la conception classique de la thérapeutique. Le 9 mai 1983, la chambre civile de la Cour de cassation³ confirme la licéité d'une stérilisation pratiquée sur une mère de 28 ans, intolérante à toute forme de contraception, ayant quatre enfants et dont la situation familiale était passablement complexe. Au sujet de cette décision, A.-M. DOURLLEN-ROLLIER note qu'il s'agit d'un tournant, celle-ci reconnaissant pour la première fois des indications médico-sociales comme étant de nature à justifier l'intervention⁴.

Au moment du vote des lois dites « de bioéthique » en 1994, un amendement allant dans le sens de l'autorisation de la stérilisation contraceptive est déposé et rejeté⁵. La position de la doctrine⁶ et, semble-t-il, de la jurisprudence, est d'exiger une cause médicale très sérieuse pour justifier les mutilations. L'époque est donc à l'invocation de la cause thérapeutique. Ces réflexions ont lieu au moment de la rédaction de l'article 16-3 du code civil. Cet article intègre bien cette vision : ne sont légaux que les actes médicaux thérapeutiques. Cette vision inclut donc, nous l'avons vu, les stérilisations « collatérales », nécessaires à la réalisation d'un acte comme l'hystérectomie, mais exclut les stérilisations « principales » poursuivant uniquement la finalité de la stérilisation.

1. A.-M. DOURLLEN-ROLLIER, *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés* in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000, p. 147.

2. *Bulletin de l'Ordre des médecins*, n° 1 1983, p. 167.

3. Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1983, *Bull. civ.*, n° 140, n° 82-12227.

4. A.-M. DOURLLEN-ROLLIER, *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés* in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000, p. 147.

5. Un amendement de M. MILLAUD était rédigé comme suit : « toute femme a le droit de se faire ligaturer les trompes à une fin contraceptive. Les articles 309 et 310 du code pénal ne sont pas applicables après consentement de l'intéressée. » *Sénat, séance du 21 janvier 1994, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1994/01/s19940121_0417_0436.pdf (visité le 02/10/2014), p. 385 Cet amendement a été rejeté après que le garde des Sceaux a précisé que la stérilisation thérapeutique restait possible. *Ibid.*, p. 386. Cf. sur la question G. MÉMETEAU, « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois de bioéthique », *JCP*, 1995, I, p. 3838.

6. *Ibid.*

537. Cependant, certains ont tenté de conférer à toute stérilisation la qualité de thérapeutique pour contourner le problème en jouant sur la plasticité de la thérapeutique¹. Ainsi, le collège national des gynécologues et obstétriciens français a-t-il émis l'idée selon laquelle « une thérapeutique préventive reste une thérapeutique et toute stérilisation est une thérapeutique si l'on se réfère à la définition de la santé, selon la Charte de l'Organisation mondiale de la Santé signée par la France² ». Aussi logique soit cette position, celle-ci n'a pas été retenue par le Comité consultatif national d'éthique. Ce comité a été amené à retenir que l'admission de la stérilisation contraceptive revenait à « admettre que certains actes médicaux ne répondent pas à la qualification d'acte thérapeutique, mais peuvent néanmoins être sollicités à bon escient par le patient³. » C'est donc à une position plus pragmatique qu'appelle le Comité consultatif national d'éthique.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins fixa alors un « cadre déontologique⁴ ». Selon celui-ci, l'intervention ne peut être pratiquée que pour un motif très sérieux d'ordre médical ou contraceptif, ce motif devant être précisé. Le consentement de l'intéressé est requis, après délivrance d'une information claire, précise et complète. Il faut un délai de réflexion de deux mois et le médecin doit disposer de la liberté d'appréciation de la nécessité d'intervention.

538. L'avis de la Cour de cassation sur la stérilisation thérapeutique. En 1998, en plein désaccord des médecins sur les conditions de réalisation de cette intervention⁵, la Cour de cassation rend un avis sur la stérilisation contraceptive⁶. Elle dit « qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil. »

Il n'y a ici rien de surprenant eu égard à l'ancienne formulation de l'article 16-3 du code civil. Mais cet avis est très mal interprété par les médecins et met le feu aux poudres. Ceux-ci, alors qu'ils étaient dans l'incertitude vis-à-vis des règles à adopter pour les interventions de stérilisations contraceptives, au lieu de demander une loi spéciale — qui, comme nous le démontrerons⁷, n'est pas gênée par l'article 16-3 du code civil — requièrent l'abandon de l'exigence thérapeutique et donc la modification de l'article 16-3 du code civil. En somme :

1. Cf. sur cette plasticité : *infra* n° 572 et s., p. 283 et s. Il faut noter que cette plasticité de la thérapeutique a été utilisée pour légitimer les actes de transformation sexuelle permettant de soigner le transsexualisme.

2. *Lettre du collège national des gynécologues et obstétriciens français*, mar. 1995, n° 9, p. 1, cité par : A.-M. DOURLLEN-ROLLIER, *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés* in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000, p. 151.

3. *Avis n° 50 : Avis sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Comité consultatif national d'éthique, 3 avr. 1996, URL : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis050.pdf> (visité le 29/08/2013).

4. *Bulletin de l'Ordre des médecins*, n° 7 1997, p. 3 Cité par : A.-M. DOURLLEN-ROLLIER, *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés* in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000, p. 151.

5. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

6. Avis de la Cour de cassation, 6 juil. 1998, n° 9820012 P.

7. Cf. *infra* n° 542 et s., p. 270 et s.

supprimer la gêne au lieu de la contourner et prévoir un texte spécial. Il a ainsi fallu modifier le texte contenant le principe général.

L'espèce de l'avis concernait le cas d'une tutrice envisageant pour sa fille, incapable majeure, une ligature des trompes pour éviter qu'elle ne procréé. Le contexte de la question devait être pris en compte : celui des pouvoirs du tuteur sur l'incapable majeur dont les facultés mentales sont altérées. L'avis est donc critiquable en ce qu'il décontextualise totalement sa réponse. La Cour s'est contentée de répondre à la question liminaire du juge des tutelles, et à cette question seule¹.

La question ne concernait ici que les stérilisations contraceptives. Celles-ci, comme nous l'avons vu *supra*², se caractérisent par l'impossibilité prévue de supporter une grossesse future. Les stérilisations contraceptives se placent dans une optique similaire aux techniques de contraception jusque-là utilisées.

539. L'impact dans les débats. C'est là encore Fr. AUTAIN qui met la puce à l'oreille lorsqu'il dit que cette modification est très attendue par les « gynéco-obstétriciens »³. Il a été précédé en cela par le secrétaire d'État, M. KOUCHNER qui, évoquant sa volonté de consulter les services du ministère de la Justice pour ce qui concerne « certaines interventions chirurgicales de prévention » donne comme exemple la « ligature des trompes ».

La doctrine est unanime pour affirmer que ces événements sont à l'origine de la modification de l'article 16-3 du code civil⁴. Ainsi, D. THOUVENIN, après avoir écarté la thèse de l'erreur matérielle dans la loi de 1994, dit que la seule raison plausible de cette modification réside dans l'atteinte de l'« objectif revendiqué par ses instigateurs de rendre légitime la ligature des trompes, de telle façon que les chirurgiens qui la pratiquent ne risquent pas des poursuites pour blessures ou homicide volontaire⁵. » G. FAURÉ dit quant à lui que la seconde raison de la modification de l'article 16-3 du code civil est « la reconnaissance de la stérilisation préventive⁶. » Et L. DEGOY considère que « le choix du législateur, en 1999, résulte d'une réaction inadéquate et d'une mauvaise appréciation de l'avis de la Cour de cassation sur la stérilisation à visée contraceptive⁷. »

1. Nous suivons en ce point la critique émise par D. THOUVENIN in D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

2. Cf. *supra* n° 536, p. 267.

3. *Sénat, séance du 3 juin 1999, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/seances/s199906/s19990603/s19990603_mono.html (visité le 02/10/2014), p. 35.

4. G. MÉMETEAU quant à lui considère qu'il s'agit plus d'une manière de préparer le terrain à la recherche non thérapeutique sur l'embryon G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, n° 593, p. 460.

5. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

6. G. FAURÉ, « Que bien légiférer est un art difficile ! : Bref commentaire du nouvel alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 27 juillet 1999 », *Médecine & Droit*, 1999, vol. 38, p. 1-3.

7. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, p. 494.

540. Réglementation ultérieure de la stérilisation contraceptive. Il faudra attendre l'article 26 de la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* pour que soit créé l'article L. 2123-1 du code de la santé publique explicitant les conditions de ces interventions. La présence de cet article aurait permis, en-lui-même, de résoudre la question posée par l'inquiétude des médecins vis-à-vis du « risque médico-légal » de ces interventions.

541. Tant le contexte général que la volonté d'une autorisation de la stérilisation thérapeutique montrent que la modification de l'article 16-3 du code civil trouve son origine dans une volonté plus générale de prendre en compte les évolutions de la médecine. Cependant, le droit ne rendait absolument pas obligatoire une telle modification puisque, pour autoriser les actes non thérapeutiques, une loi spéciale suffisait amplement à les autoriser et à sécuriser juridiquement leur exercice en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*.

b. La solution : l'application de l'adage *specialia generalibus*

542. La modification de l'article 16-3 était-elle réellement et juridiquement nécessaire ? Nous l'avons vu, cette modification trouve sa source dans une inquiétude globale des praticiens et cette inquiétude a été catalysée par la non-régulation des actes de stérilisation thérapeutique. Mais fallait-il en venir à modifier le principe général des actes médicaux ?

Nous soutenons que la mise en œuvre d'une loi spéciale dérogeant au principe général autorisant les actes thérapeutiques aurait suffi à autoriser les actes non thérapeutiques. Cela revient donc à soutenir la mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant* puisque « l'utilisation de cet adage aurait suffi pour résoudre les questions posées par les actes non thérapeutiques ». Il peut être traduit comme suit : « les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales¹. » Il trouve son fondement dans le parallélisme des formes² qui exige que la modification d'une norme le soit par une autre de valeur égale ou supérieure à celle-ci. Il est ainsi impossible de modifier une norme par une autre qui lui est inférieure. Dès lors, si l'on souhaite modifier ou abroger une norme, il est nécessaire que cette correction soit faite par une norme au rang égal ou supérieur à celle qui est modifiée.

543. Ainsi, dans ce mouvement, deux normes entrent en concurrence, ce qui pose la question de la survie de la norme ancienne. S'il y a conflit entre les deux normes, nous nous trouvons dans les cas d'abrogation tacite ou expresse³. L'abrogation tacite n'est possible que

1. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008, Cf. Maximes et adages du droit français.

2. Il est lui-même une conséquence de la hiérarchisation des normes théorisée par H. KELSEN (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Dalloz, 1962, URL : <http://www.scribd.com/doc/61470451/Theorie-pure-du-droit-1962-Hans-Kelsen> (visité le 07/10/2015), Traduction française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre »). En effet, dans son analyse pyramidale, la norme inférieure doit nécessairement être conforme à la norme supérieure. Dès lors, seule une norme au moins égale à celle que nous souhaitons modifier peut la modifier.

3. Dans ce dernier cas, le conflit est clair : la norme nouvelle anéantit la norme ancienne.

« lorsque les dispositions nouvelles sont inconciliables avec les anciennes et incompatibles avec leur maintien¹. » La difficulté survient lorsqu'il faut déterminer l'ampleur de l'incompatibilité. Ainsi, pour un texte contenant plusieurs règles, lorsqu'il vient à être concurrencé par un autre texte contenant lui-même plusieurs règles, il s'agit de savoir si l'ancien texte est remis en cause *dans son ensemble* ou s'il est *partiellement* contesté. Le point essentiel est donc de déterminer l'ampleur de la contestation provoquée par le texte nouveau. Ainsi, une norme qui vient contester une norme antérieure incluse dans un texte en contenant d'autres n'abroge-t-elle tacitement que la norme antérieure et non tout le texte.

La seconde difficulté survient avec les normes spéciales. Lorsqu'une norme générale est contestée par une norme spéciale, alors il y a contestation partielle de la norme générale. Ainsi, si la norme 1 interdit les comportements A à C et qu'elle est contestée par une norme 2 autorisant le comportement B, alors, les comportements A et C resteront interdits. Ainsi, la norme plus précise — spéciale — n'emporte-t-elle abrogation que d'une partie de la norme 1, celle concernant le comportement B par application de l'adage *specialia generalibus derogant*. C'est le cas pour l'article 16-3 du code civil².

Les deux adages sont en fait les deux faces de l'adage *in toto jure generis per speciem derogatur* qui peut se traduire par « en droit, l'espèce déroge au genre³ ». Les normes instituant les buts de l'acte médical sont un exemple particulièrement frappant du double fonctionnement de l'adage *in toto jure* : avant 1994, il n'existait qu'une coutume autorisant les actes thérapeutiques et que quelques dispositions autorisant certains actes non thérapeutiques. La coutume est traduite dans la loi en 1994. À cette date, il n'existe donc que des dispositions spéciales dérogeant à l'interdiction générale de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui. Intervient en 2000⁴ une disposition générale qui serait censée autoriser tous les actes non thérapeutiques, ce qui rendrait inutiles toutes les dispositions spéciales antérieures. Il n'en est rien puisque, même postérieurement à ce texte général, des normes spéciales sont prises.

544. Cela pose dès lors la question de la réalité de l'existence d'un principe général qui serait la « nécessité médicale ». Une étude des manifestations concrètes de ce phénomène permettra de mieux le comprendre. Ainsi, avant 2000 existait-il des actes non thérapeutiques licites organisés

1. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994, n° 356.

2. Et il en irait de même si la norme spéciale était contestée par une norme générale. Reprenons le même exemple : il existe une norme 2 qui autorise le comportement B. Or, survient une norme 3 qui interdit les comportements A à C. Doit-on en conclure que le comportement B est dorénavant interdit ? Là intervient l'adage *generalia specialibus non derogant* selon lequel « les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales. » (G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008, Cf. Maximes et adages du droit français), puisqu'il permet de conclure que « l'adoption d'une loi générale n'entraîne pas forcément l'abrogation d'une loi spéciale plus ancienne qui subsiste alors comme une exception à la règle nouvelle. » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994, n° 356.).

3. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008, Cf. Maximes et adages du droit français.

4. La Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle n'était applicable qu'à compter du 1^{er} janvier 2000 (cf. art. 72).

par des textes spéciaux (i.). Après 2000, cette pratique des textes dérogeant explicitement à l'article 16-3 a perduré (ii.).

i. L'application de l'adage *specialia generalibus derogant* avant 2000

545. *Specialia generalibus derogant.* Antérieurement à la modification de l'article 16-3 du code civil, il était techniquement possible d'autoriser des actes non thérapeutiques et dérogeant à ce même article 16-3 par un texte spécial. Ce texte spécial permettait ainsi de passer outre l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité corporelle protégée par la loi pénale. Ces lois mettaient donc en application l'adage *specialia generalibus derogant*.

Notre objectif est de montrer que l'on n'a pas attendu la création de l'article 16-3 et sa modification pour autoriser des actes non thérapeutiques. Nous procéderons par ordre chronologique.

546. La première époque ayant conduit à l'autorisation spéciale d'actes médicaux non thérapeutiques est celle qui a vu l'autorisation successive des avortements volontaires et de la contraception hormonale. Cela correspond à une politique libérale visant à autoriser des actes permettant la maîtrise de la procréation.

547. Avortement. L'avortement nécessaire au maintien de la vie de la femme est évidemment thérapeutique¹. S'il a pour cause une malformation fœtale, il n'est pas thérapeutique, car l'avortement n'est pas un moyen de traiter la maladie ou la malformation. Dans ce cas, il peut être compris comme étant justifié par une cause médicale, la cause étant ici le constat *médical* de la malformation ou de la maladie du fœtus².

Cependant, l'« interruption volontaire de grossesse », n'a aucune cause médicale et aucun but thérapeutique déclaré³. Il s'agit donc d'un acte médical non thérapeutique. Il est autorisé spécialement par la Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*⁴ qui commence par un titre de politique générale annonçant un principe général de garantie de la vie « de tout être humain dès le commencement de la vie » et donnant à cette loi un caractère provisoire de 5 ans⁵. La manière dont le caractère provisoire est assuré est

1. Cela n'a pas toujours été évident. Ainsi, tout avortement quel qu'il soit — y compris « thérapeutique » — était-il réprimé par l'article 317 du code pénal de 1810. Il fallut attendre le 30 mars 1852 pour que l'académie de Médecine, au terme de six séances passionnées, reconnaisse l'avortement thérapeutique. (J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement XIX^e-XX^e siècle*, L'Univers historique, Paris : Éd. du Seuil, 2003, p. 28) L'avortement nécessaire à la vie de la mère a été définitivement autorisé par le *Décret-loi du 29 juillet 1939* relatif à la famille et à la natalité française, *JORF*, t. du 30 juillet 1939, p. 9607, arts. 84 à 89.

2. Et il a fallu attendre les lois de bioéthique pour qu'il soit autorisé.

3. La cause non déclarée peut être médicale, par exemple, la connaissance par la femme d'une affection du fœtus qu'elle ne souhaite pas. Cette possibilité sera de plus en plus fréquente avec l'autorisation des dépistages de la trisomie 21 dans le sang maternel par filtrage.

4. Révisée par la *Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001* relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

5. *Cf. Ibid.*, art. 2. Celui-ci disposait qu'« est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions » du code pénal relatives à la prohibition de l'avortement.

assez efficace puisqu'il s'agit d'une suspension de l'incrimination pénale d'avortement pendant 5 ans. Ainsi, passé ce délai et faute de nouvelle loi, cette incrimination reprendrait-elle toute sa vigueur. L'effet recherché est cependant atteint : l'inefficacité de l'article 317 du code pénal¹.

Cette loi crée l'article L. 162-1 du code de la santé publique² qui dispose que « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. » Il est immédiatement précisé³ que cette intervention ne peut être pratiquée que par un médecin dans certains établissements de santé.

Il y a ainsi suspension de l'incrimination pénale spéciale et autorisation tacite de l'acte. L'article L. 162-1 indique que « la femme enceinte [...] peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse ». Cela revient *de facto* à l'autoriser puisque, parce qu'un patient peut la demander, un praticien peut répondre à cette demande en effectuant l'acte. L'article aurait ainsi tout à fait pu commencer par la phrase suivante : « l'interruption de la grossesse est autorisée dans les conditions de la présente loi. » Mais personne à la lecture de cette loi n'a douté de l'autorisation de principe de l'avortement, *ratio legis* de cette loi comme en témoignent l'ensemble des débats parlementaires⁴.

548. Contraception. La contraception a été autorisée par la Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 *relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique*. L'article 1^{er} commence par abroger les articles 645⁵ et 649⁶ de l'ancien code de la santé publique, ce qui revient à supprimer une répression spécifique. Reste à l'autoriser spécialement, car elle ne peut bénéficier de l'article 16-3 du code civil qui, à l'époque, ne visait que les actes thérapeutiques.

Plusieurs méthodes contraceptives sont disponibles, mais la méthode hormonale, réversible,

1. Art. 317 al. 1^{er} « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté [*tentative*] de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de 1800 F à 100 000 F. » Article abrogé par la *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992* relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

2. Devenu l'article L. 2212-1 du code de la santé publique.

3. Par l'article L. 162-1 devenu l'article L. 2212-2 du code de la santé publique.

4. Il faut aussi noter l'influence considérable des mouvements féministes souhaitant une libéralisation de la contraception et de l'avortement. Cf. ainsi la très significative préface de S. DE BEAUVOIR in ASSOCIATION CHOISIR, *Avortement : une loi en procès : L'affaire Bobigny*, avec une préf. de S. DE BEAUVOIR, N.R.F., Gallimard, 1973. Voir aussi B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil contraception 1974, IVG 1975*, Collection U, En appendice, choix de documents. Chronologie, Paris : A. Colin, 2012,.

5. Cet article disposait : « Il est interdit à toutes personnes d'exposer, d'offrir, de faire offrir, de vendre, de mettre en vente, de faire vendre, de distribuer, de faire distribuer, de quelque manière que ce soit, les remèdes et substances, sondes intra-utérines et autres objets analogues, susceptibles de provoquer ou de valoriser l'avortement[...]. »

6. Celui-ci disposait que « conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi du 31 juillet 1920, lorsque l'avortement a été consommé à la suite des manœuvres ou pratiques prévues à l'article 2 de la dite loi rappelée à l'article 648 ci-dessus, les dispositions de l'article 317 du code pénal seront appliquées aux auteurs desdites manœuvres ou pratiques. »

était la seule concernée. L'hormone peut être diffusée par voie orale ou par voie intra-utérine¹. Dès lors, l'article 3 prévoit que des « produits, médicaments et objets contraceptifs² » peuvent être autorisés sous réserve de leur autorisation de mise sur le marché, de la distribution en pharmacie et de leur délivrance par ordonnance. L'alinéa 4 vise les dispositifs intra-utérins et dispose que « l'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin, dans un établissement hospitalier, un centre de soins agréés ou conformément à des conditions fixées par un règlement d'administration publique. » La contraception, lorsqu'elle répond à ces critères, est dès lors tout à fait légale, bien qu'elle déroge au principe thérapeutique par application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

549. Les questions de droits reproductifs vont ensuite évoluer, mais les autorisations de principe et donc les autorisations de la loi sont données. Le second mouvement que nous constatons va trouver son apogée dans les lois de bioéthique et concerne les utilisations du corps alliant biologie et médecine. Les deux autorisations précurseurs sont celles relatives au prélèvement d'organe et à la recherche. Viendront ensuite les lois dites « de bioéthique ».

550. Prélèvement d'organes et de tissus. Le prélèvement d'organes n'est pas un acte thérapeutique pour la personne vivante dont les organes sont prélevés³. Dans la grande majorité des cas, prélever un organe sain⁴ n'est pas thérapeutique⁵. Dans les faits, la majorité des prélèvements d'organes sains sont à destination de greffe chez des personnes malades.

La Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 *relative aux prélèvements d'organes* a pour objectif d'autoriser le prélèvement d'organe chez une personne saine. Celle-ci vise donc à autoriser un acte non thérapeutique. L'article 1^{er} indique ainsi qu'« en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement *peut être effectué* sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti⁶. »

Avec cette nouvelle autorisation, nous pouvons constater qu'il est tout à fait possible qu'un texte serve de fondement à une autorisation de la loi visant à justifier une mutilation corporelle. Antérieurement à ce texte, le prélèvement d'organe était passible d'une répression sur le fondement des violences volontaires assorties de l'élément aggravant de mutilation⁷.

1. Via notamment des dispositifs intra utérins aussi connus sous le nom de « stérilets ».

2. L'alinéa 2 précise *in fine* qu'« aucun médicalement abortif ne pourra être inscrit sur ce tableau spécial. » Le tableau recense les spécialités contraceptives.

3. Il existe un régime spécial pour les prélèvements sur les cadavres « frais ». Mais ceux-ci sont des personnes décédées.

4. On exclut donc les organes malades. Ainsi, une amputation pour cause de gangrène n'est-elle pas concernée par ce régime, l'amputation étant à but thérapeutique préventif, car visant à éviter que l'affection ne se propage aux parties du corps restant saines.

5. Ça l'est dans certains cas. On trouve ainsi les autogreffes de peau, d'os ou autres organes. Il existe aussi des situations complexes de mutilation de membres sains réalisées à la demande d'un patient. Cf. not. J. JOHNSTON et C. ELIOTT, « Healthy limb amputation : ethical and legal aspects », *Royal College of Physicians*, 2002, vol. 2, 5, p. 431-435.

6. Nous soulignons.

7. Cette aggravation est prévue à l'article 222-9 du code pénal et est passible de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

551. Recherches scientifiques. Les recherches scientifiques ont été autorisées par la Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 *relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales*¹. À leur égard, on ne peut parler que d'« encadrement » puisqu'elles préexistaient à cette loi. Leur légalité était donc relative puisque soumise à l'exigence d'une finalité thérapeutique directe². La situation a été complexifiée par la promulgation d'une directive européenne prévoyant et réglementant les essais pharmacologiques³. La Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 *relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales* vise à résoudre ces contradictions.

Le but poursuivi par ce texte n'est évidemment pas thérapeutique. Il s'agit, selon l'alinéa 2 de l'article L. 209-1 du code de la santé publique⁴, de mener des « essais, études ou expérimentations » sur « l'être humain [...] en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales. » Ce texte est particulièrement intéressant en ce qu'il précise que ces recherches « sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre », créé pour l'occasion⁵.

Br. PY note que le caractère thérapeutique n'est jamais loin, mais il n'est plus en condition *sine qua non*. Il est toujours présent, soit comme but lointain de la recherche — la recherche a pour objectif de faire naître une *thérapeutique* —, soit comme objectif immédiat de la recherche — l'acte de recherche a pour objectif de guérir le patient qui en est l'objet⁶.

552. 1994 : les « lois bioéthique », application majeure de l'adage *specialia generalibus derogant*. La cohérence manquant, il devint nécessaire de procéder à une synthèse. Celle-ci prit la forme des « lois de bioéthique » de 1994. Ces lois visent pour la première à instaurer les principes généraux⁷ et pour la seconde à autoriser le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation et le diagnostic prénatal⁸.

Ce faisant, elles autorisent un grand nombre de pratiques, positivement et négativement.

1. Révisée par la *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004* relative à la politique de santé publique.

2. Ils étaient réprimés sur le fondement des articles 309 du code pénal. L'article 19 du code de déontologie médicale s'opposait aussi à de telles pratiques. A. DEMICHEL, *Le droit de la santé*, Les Études Hospitalières, 2011, p. 115.

3. Directive 75/318/CEE du Conseil, du 20 mai 1975 *relative au rapprochement des législations des États membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais de spécialités pharmaceutiques* transposée par divers textes. Cf. sur ce point a liste des textes de transpositions <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000319780>. (Consulté le 31 août 2016).

4. Devenu l'article L. 1121-1 du code de la santé publique.

5. L'autorisation de la loi est ainsi expresse et parfaitement claire. L'autorisation est encore actuelle et a même été inscrite au début du premier article relatif aux recherches biomédicales (Art. L. 1121-1 CSP) qui dispose que « les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre ». Suit un ensemble de dispositions réglementant les recherches.

6. Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 424. Il faut d'ailleurs s'interroger sur la légalité des actes de recherche en matière de chirurgie esthétique. En effet, ceux-ci sont dépourvus de tout lien avec la thérapeutique. Ainsi, dans un arrêt ancien, la Cour d'appel de Lyon avait condamné un praticien s'étant livré à des actes de recherche en matière de chirurgie esthétique (CA Lyon, 27 juin 1913, *Gaz. Pal.*, 1, p. 506).

7. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain.

8. *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.

Négativement, la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* va permettre certaines pratiques en créant des sanctions pénales. Ainsi vient-elle réguler l'étude des caractéristiques génétiques et donc les autoriser négativement¹. Positivement, ces lois vont autoriser l'« assistance médicale à la procréation² » qui « s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel³. » Pour réguler cette assistance, la loi va définir ses buts⁴ avant de disposer qu'« un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2 [...]»⁵. Cette interdiction est doublée de peines pénales réprimant la conception d'embryons à d'autres fins⁶.

Nous pouvons donc constater que de nombreux actes non thérapeutiques étaient parfaitement légaux et organisés avant même la modification de l'article 16-3 du code civil. En règle générale, cela consiste en une désactivation des hypothétiques répressions pénales spéciales, en une autorisation expresse ou tacite de la loi à pratiquer ces actes et, enfin, en l'établissement d'un certain nombre de conditions pour effectuer l'acte. Une infraction pénale est parfois créée pour renforcer le respect de ces conditions. Ces autorisations étaient juridiquement robustes, mettant les praticiens à l'abri du risque judiciaire.

Nous pouvons donc conclure au caractère non nécessaire de la modification de l'article 16-3 du code civil. Or, il faut noter que, même après la modification de l'article 16-3 du code civil par la Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle*, le législateur a continué à édicter des autorisations expresses pour des actes non thérapeutiques.

ii. La poursuite de l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* malgré la modification de l'article 16-3 du code civil

553. Postérieurement à la modification de l'article 16-3 du code civil, ces lois d'encadrement ont continué à être promulguées (α .) ce qui n'est pas sans poser des questions sur les raisons de cette permanence (β .).

1. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain, Arts. 5, 6-1 et 8.

2. Devenue procréation médicalement assistée.

3. *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, Art. 8.

4. « Art. L. 152-2. - L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. » *Ibid.*, Art. 8, art. L. 152-2 CSP.

5. *Ibid.*, Art. 8, art. L. 152-3 CSP.

6. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain, Art. 9, arts. 511-17 et 511-18 CSP.

α. Permanence des lois d'autorisation spéciales pour les actes non thérapeutiques après 2000

554. La stérilisation contraceptive. Il a été constaté que la stérilisation contraceptive était, du moins pour partie, à l'origine de la modification de l'article 16-3 du code civil. Cependant, la modification de l'article 16-3 ne semble pas avoir résolu tous les problèmes. En effet, l'article 26 de la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* qui a créé l'article L. 2123-1 du code de la santé publique explicite les conditions de ces interventions.

Cet article est apparu en première lecture à l'Assemblée nationale, dans sa forme presque définitive¹. Cette disposition est le fait d'un article additionnel de la rapporteuse visant « à créer un régime juridique encadrant la pratique de la ligature des trompes et de celle des canaux déférents effectuée dans un but contraceptif² ». Cet amendement a été proposé au vu de la grande pratique de ces actes. Il est rapporté que la stérilisation concernerait « 30 000 femmes par an et que près de 900 000 y avaient eu recours à ce jour³ ».

L'article 26 de la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* vient créer l'article L. 2123-1 du code de la santé publique. Cet article autorise négativement la stérilisation contraceptive en énonçant certaines interdictions : la stérilisation « ne peut être pratiquée sur une personne mineure », « elle ne peut être pratiquée que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre », l'« acte chirurgical ne peut être pratiqué que dans un établissement de santé et après une consultation auprès d'un médecin », etc. Nous sommes devant une illustration de l'efficacité légitimatrice de l'« encadrement » législatif. En « encadrant », le législateur sous-entend que la pratique est autorisée, mais il ne le dit pas pour autant. On retrouve le même phénomène, mais encore accentué, en matière de chirurgie esthétique.

555. La chirurgie esthétique : une régulation par le juge finalement consacrée par le législateur en 2000. Le droit de la chirurgie esthétique est le résultat d'une construction prétorienne ratifiée par la législation⁴. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une ratification légale antérieure à 2000, mais la loi a repris une solution jurisprudentielle stable et la transcrire.

À l'origine, l'acte de chirurgie esthétique n'est pas bien considéré par la jurisprudence. Dans un arrêt de 1955, le Tribunal de la Seine considère que « le fait même pour un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain

1. La condition de la majorité a été rajoutée et le délai de réflexion a été rallongé à 4 mois (au lieu de 2 initialement).

2. M. LIGNIÈRES-CASSOU, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rapport parlementaire n° 2726, Assemblée nationale, 15 nov. 2000, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2726.asp> (visité le 07/09/2013).

3. *Ibid.* Mais aucune donnée ne signale le nombre de vasectomies. Cette absence illustre la difficulté culturelle à les admettre en France.

4. Par la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

dans le seul but de corriger la ligne [...] constitue une faute en soi¹. » Au fil des années, la chirurgie esthétique est entrée dans les mœurs et ne pose aujourd'hui plus de questions de moralité². La jurisprudence suit cette évolution. En 1955, il était entendu que « malgré leur but esthétique, les opérations chirurgicales qui visent à faire disparaître des malformations ou à les améliorer constituent des actes médicaux³. » Les avancées techniques des années 70 — l'invention des prothèses en silicone, du lifting et de la liposuction — ont accéléré ce changement⁴. Les juges prennent peu à peu le parti d'accepter ces actes en construisant une jurisprudence de protection du patient. Ainsi, l'information doit-elle être intégrale et s'étend aux risques exceptionnels⁵, doit porter sur les risques graves, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant résulter de l'intervention⁶. Le juge est aussi très attentif au respect de la balance bénéfice-risque en matière de soins esthétiques⁷.

556. Cette position de la jurisprudence a été reprise par l'article L. 6322-2 du code de la santé publique⁸. Il reprend l'état de la jurisprudence en exigeant des informations portant sur les conditions de l'intervention et les risques éventuels, conséquences et complications⁹. À cela s'ajoutent deux dispositions inspirées du droit de la consommation¹⁰. L'une impose la remise d'un devis au patient, l'autre impose un délai de réflexion d'au moins 15 jours.

Par ailleurs, signe important en droit médical français, il a été créé un diplôme conférant aux praticiens esthétiques la qualité de spécialiste¹¹. C'est, selon un auteur, « la reconnaissance de l'intégration de cette discipline dans la science médicale, ainsi que la qualification consécutive d'acte médical pour les interventions pratiquées¹². » La pratique de la chirurgie esthétique antérieure à 1999 ne semble pas avoir été particulièrement autorisée par la modification de l'article 16-3. Il a donc fallu attendre la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits*

1. Trib. Seine, 1^{er} avr. 1955; *D.*, p. 563, note GOLLÉTY.

2. M. NEY, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, Université de Lausanne, 1979, p. 356.

3. Trib. Seine, 1^{er} avr. 1955; *D.*, p. 563, note GOLLÉTY.

4. J.-Ph. BELVILLE, *La chirurgie esthétique en France. Histoire juridique de la construction d'une spécialité.*, sous la dir. de M.-F. CALLU, Doctorat en droit, Lyon : Université Jean Moulin Lyon 3, 27 oct. 2006, URL : http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2006/belville_jp/info (visité le 13/09/2013), p. 13.

5. Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1969, *Bull. civ.*, I, n° 347; CE, *Melle Durand*, 15 mar. 1996, *Rec. Lebon*, p. 85.

6. « En matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ». Cass. 1^{re} civ., *Union des assurances de Paris (UAP) c/ Mme X... et alli*, 17 fév. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 45, p. 45.

7. Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 16, n° 90-10870.

8. Chr. CORMIER, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.

9. Un arrêt vient préciser que le chirurgien doit préciser les risques de non-obtention du résultat espéré. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2004, n° 01-17929.

10. Il est avancé qu'il existerait une relation de consommation dans la relation médicale. En faveur, A. LAUDE, « Le consommateur de soins », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 415. Contre cette position : A. CATHELINÉAU, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, p. 4, Y. LACHAUD et L. AVELINE, « La responsabilité médicale pour défaut d'information, de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative », *Gaz. pal.*, 1999, p. 852. Pour une position relativiste, Cf. G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *RGDM*, mar. 2008, 26.

11. *Décret n° 88-312 du 7 avril 1988* fixant l'organisation du troisième cycle des études médicales.

12. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Un regard sur la prestation de chirurgie esthétique », *Petites affiches*, 31 juil. 1996, p. 14.

des malades et à la qualité du système de santé et la création d'une régulation *ad hoc* dans les articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du code de la santé publique pour que celle-ci soit réellement reconnue. Le Conseil d'État le confirme en jugeant que « si l'article 16-3 du code civil n'autorise à porter "atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui..." », il résulte de l'article L. 6322-1 du code de la santé publique que le législateur a entendu, par dérogation à ces dispositions, permettre la pratique des actes chirurgicaux à visée exclusivement esthétique, tout en l'encadrant strictement¹. »

557. Actes pratiqués en fin de vie. En matière de fin de vie, l'article L. 1110-5-3 du code de la santé publique institue le « traitement à double effet ». Ce traitement est l'acte par lequel un traitement analgésique peut, par un effet secondaire, tuer la personne. Le but est palliatif — soulager la douleur et non la guérir —, mais aussi létal. Là encore la formulation ne permet que de déduire l'autorisation. L'article précise en effet que si le médecin « constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne [...] qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie » il doit l'en informer et suivre une procédure spécifique. Il n'est donc rien dit d'une autorisation, mais celle-ci se déduit naturellement du texte.

Le législateur a cependant considéré que ce dispositif est insuffisant pour répondre aux souffrances de la fin de vie. À cette fin, il a prévu une possibilité de « sédation profonde et continue » afin « d'éviter toute souffrance » et de ne pas « pratiquer d'obstination déraisonnable². »

558. Actes jamais autorisés. Il existe aussi des actes effectués par un médecin, décidés par un médecin et appliquant l'art médical, mais qui ne sont pas pour autant légitimes et licites. Cela vient contredire l'idée selon laquelle la « nécessité médicale » vient autoriser tous les actes médicaux, qu'ils soient ou non thérapeutiques.

559. Euthanasie. L'euthanasie reste prohibée et pénalement réprimée. Aussi est-il juridiquement clair qu'aucun mécanisme juridique n'interdit de créer une exception à l'interdiction de l'homicide. En d'autres termes, il est tout à fait possible d'« encadrer » l'euthanasie par un texte spécial, et donc, l'autoriser.

560. Clonage. Le clonage est lui aussi interdit, et internationalement réprimé dans sa version reproductive. Il est cependant possible de penser qu'une telle prohibition, si elle était désavouée, ne laisserait pas place à une simple référence à l'article 16-3 du code civil. Le caractère éthiquement sensible fait même penser que cela donnerait lieu à une loi qui « encadrerait » le clonage, sur le modèle des lois relatives à l'avortement et à la fin de vie³.

1. CE, sect., *Association française des médecins esthéticiens*, 21 mar. 2007, n° 284951.

2. Art. L. 1110-5-2 CSP. Créé par *Loi n° 2016-87 du 2 février 2016* créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, art. 3.

3. Cela pose la question de l'impact de la complexité technique sur la régulation juridique. Plus un acte est éthiquement discuté, plus sa régulation par le droit apparaît nécessaire.

561. Gestation pour le compte d'autrui. La gestation pour le compte d'autrui est elle aussi, actuellement interdite¹. Cet acte est prohibé car il n'est pas autorisé de manière expresse. Il aurait cependant pu tomber dans le champ de la procréation médicalement assistée. Ainsi, le but poursuivi par cette gestation n'est pas autorisé par les textes relatifs à la procréation médicalement assistée² et ne semble pas être à visée thérapeutique. Dès lors, l'acte mené dans le but de procurer un enfant à autrui pourra être réprimé comme une atteinte corporelle.

562. Dopage. Il en va de même du dopage, prohibé par l'article L. 3525-1 du code de la santé qui renvoie au code du sport. Le but de l'amélioration de performances physiques n'est donc pas un but licite et, en plus des dispositions spéciales, il serait possible de poursuivre le praticien sur le fondement de la violence volontaire³.

563. Nous constatons ainsi que l'article 16-3 du code civil n'a absolument pas permis d'autoriser tous les actes médicaux et il semble même qu'il n'était absolument pas question que ce fût le cas. Ce pourrait être l'une des explications à la permanence des lois d'autorisation spéciale en matière d'actes médicaux non thérapeutiques.

β. Essai d'une explication de la permanence des lois d'autorisation spéciale en matière d'actes médicaux non thérapeutiques

564. L'inefficacité de la nécessité médicale à légitimer tous les actes médicaux : cause de la nécessité du recours à l'adage *specialia generalibus derogant*. La première explication de la permanence de l'usage de l'adage *specialia generalibus derogant* proviendrait de l'inefficacité de la nécessité médicale à légitimer tous les actes médicaux.

Il n'existe pas, au sein de ces lois, de mention expresse de la légitimité. Cependant, cette mention est tacite. En effet, « “encadrer”, c'est accepter et légitimer avant tout⁴. » Mais c'est aussi légaliser. Preuve est donc faite qu'il s'agissait là encore de l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Le Conseil d'État va dans ce sens lorsqu'il juge que « si l'article 16-3 du code

1. Nous nous intéressons à l'acte et non au contrat y afférent. Ce contrat est nul au terme de l'article 16-7 du code civil. Ne nous concerne pas non plus l'abandon d'enfant réprimé à l'article 227-12 du code pénal et l'atteinte à l'état civil réprimée à l'article 227-13 du code pénal. L'acte médical sur le corps de la femme est ici l'acte d'insémination artificielle pratiquée sur la gestatrice.

2. Art. 2141-2 CSP. Cet article est sanctionné par l'article 511-24 du code pénal, article reproduit à l'article L. 2162-5 du code de la santé publique.

3. Il semble qu'une telle solution ne soit, pour l'instant pas choisie du fait de l'existence de textes répressifs spécifiques. Pour une condamnation sur le fondement de l'article L. 232-26 du code du sport, cf. Cass. crim., 10 mar. 2015, n° 14-81585, n° 14-81611. Une telle lecture est permise à la condition que les infractions contenues dans le code du sport ne soient pas considérées comme des dispositions spéciales dérogeant aux infractions protégeant le corps humain. Cela suppose de démontrer que les infractions relatives au dopage ont pour objectif de protéger l'intégrité physique de la personne. Considérant que les fondements du code mondial antidopage (*Code mondial antidopage* 2009, URL : https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_anti-doping_code_2009_fr_0.pdf, p. 14) visent avant tout à préserver les valeurs du sport, nous pouvons penser que les buts des infractions contre le dopage ne concernent pas d'abord la protection du corps humain. En témoigne le fait que le code de la santé publique fasse un renvoi au code du sport.

4. G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010, n° 594, p. 461.

civil n'autorise à porter "atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui...", il résulte de l'article L. 6322-1 du code de la santé publique que le législateur a entendu, par dérogation à ces dispositions, permettre la pratique des actes chirurgicaux à visée exclusivement esthétique, tout en l'encadrant strictement¹. » Dans cet arrêt, le Conseil d'État refuse d'appliquer l'article 16-3 du code civil et préfère la règle spéciale de l'article L.6322-1 du code de la santé publique pour expliquer la légalité des actes de chirurgie esthétique. C'est la preuve que l'article 16-3 du code civil est, certes, d'ordre public, comme le dispose l'article 16-9 du code civil, mais n'est pas insusceptible d'exceptions fixées par la loi. Ainsi, même s'il n'existe aucune nécessité médicale, comme le dispose l'article 16-3 du code civil, un texte peut très bien prévoir le contraire. Et cet état de fait, reconnu par la jurisprudence, valait aussi pour l'article 16-3 ancien. C'est la démonstration qu'il n'y avait donc aucune nécessité juridique à changer l'article 16-3 du code civil.

565. L'existence d'actes médicaux jamais encadrés et autorisés — nous pensons ici à la GPA ou au clonage — prouve l'inefficacité de l'article 16-3 à légitimer *tous* les actes causés par une « nécessité médicale ».

Cette impossibilité est fortement liée au régime des actes médicaux. Si l'on peut raisonnablement avancer un régime juridique commun pour les actes thérapeutiques, il est impossible de parvenir à une cohérence dans le régime des actes médicaux non thérapeutiques. Chacun a une spécificité de régime², souvent liée au but qu'il poursuit. Il est donc plus pratique de partir d'un principe — celui du but thérapeutique — dont le régime juridique apparaît cohérent et de prévoir diverses exceptions dont les régimes sont adaptés aux buts des actes.

566. La seconde explication peut se trouver dans le caractère inquiétant du mécanisme de dérogations entre les textes. Si l'étudiant en droit est, dès le début de ses études, familier des exceptions aux principes, le législateur semble plus rétif à utiliser ces mécanismes-là, où un besoin de clarté dans la politique menée est nécessaire. Ainsi, l'abolition du principe de la thérapeutique semblait-elle plus vouée à une postérité politique qu'à produire des effets juridiques et techniques. D. THOUVENIN considère ainsi que cette réforme a été menée principalement pour satisfaire les médecins³. Elle explique qu'il s'agissait là de revenir sur une erreur, ou, du moins, sur ce qui était ressenti comme une erreur par les médecins. Ainsi, loin d'être l'expression d'un problème juridique, cette modification est l'expression d'un ressenti médical.

L'incompréhension d'un principe inscrit dans la loi et la méconnaissance de la possibilité d'y déroger par une loi contraire sont donc à l'origine de cette modification. Celle-ci a dégénéré en peur d'un « risque médico-légal ». Nous pouvons trouver une illustration dans les propos de J.-Fr. MATTEI, Professeur de pédiatrie et de génétique médicale et médecin. Il disait lors des débats

1. CE, sect., *Association française des médecins esthéticiens*, 21 mar. 2007, n° 284951.

2. Cf. *infra* n° 605, p. 297.

3. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

parlementaires ayant conduit aux lois « de bioéthique » que « la terminologie m'inquiète : "sauf dispense de la loi" pourrait-on imaginer qu'une loi future permette de se passer du consentement du patient ? Cette expression est dangereuse¹. » Le mécanisme de l'adage *specialia generalibus derogant* semble donc incompréhensible pour des non praticiens du droit.

La modification de 1999 n'a, *de facto* eu aucun effet juridique puisque la stérilisation contraceptive n'a été réellement autorisée qu'à la suite de la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*. C'est donc l'illusion d'une nécessité de la cohérence des lois entre elles qui l'a emportée, au détriment de l'application d'un adage simple du droit.

567. L'absence de modification de la substance de l'autorisation de la loi. Nous pouvons penser que cette modification a été faite pour envoyer un signal positif aux personnes bénéficiant des actes non thérapeutiques et, surtout, aux praticiens les effectuant. L'esprit de cette évolution n'est donc pas d'autoriser les actes qui ne seraient pas thérapeutiques, mais de rassurer en abolissant une disposition générale qui pourrait un jour servir de fondement pour contredire des règles spéciales. On doit donc récuser l'acception personnelle de l'adjectif « médical » de l'expression « nécessité médicale ». Les médecins ne seraient pas dépositaires du pouvoir de déterminer la légitimité des buts de l'acte médical.

La question de la précision souhaitable de la norme portant l'autorisation de la loi se pose alors. Une norme portant une autorisation de la loi générale telle que l'article 16-3 du code civil, par sa généralité et son imprécision, ne serait pas perçue comme suffisamment sûre, car potentiellement génératrice d'un risque judiciaire. Cela expliquerait que le législateur soit intervenu à chaque fois pour autoriser et « encadrer » spécialement les actes non thérapeutiques. En créant cette notion à la fois large et imprécise, le législateur l'a condamnée à l'ineffectivité.

568. Conséquences. La modification de l'article 16-3 du code civil était et reste techniquement inutile. L'ancienne formulation avait, au moins, le mérite d'instituer un but à la médecine, but dont elle est aujourd'hui privée à cause de l'absence de sens clair à la notion de « nécessité médicale ».

Cette absence de but clair à la médecine associé à l'ineffectivité de l'article 16-3 du code civil laisse donc subsister, par défaut, l'ancien système qui est un système de dérogation. Par principe, sont autorisés les actes thérapeutiques — c'est une lecture stricte de l'article 16-3 du code civil. Par exception, la loi désigne des buts légaux et conditionne ces actes à diverses procédures ou conditions de fond.

Dans sa décision sur l'application de l'article 16-3 du code civil aux actes de chirurgie

1. *Assemblée Nationale, 3e séance du 20 novembre 1992, compte rendu intégral des débats*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 5839. L'article 19, devenu 16-3, disposait en effet que « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé hors le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ou sauf dispense de la loi. »

esthétique¹, le Conseil d'État ne disait pas autre chose. En effet, en indiquant qu'un acte à visée purement esthétique — qui est un acte non thérapeutique — doit, pour être pratiqué, être autorisé par une loi qui vient déroger aux dispositions de l'article 16-3, le Conseil d'État reconnaît qu'il est *nécessaire* de mettre en œuvre l'adage *specialia generalibus derogant*. Ainsi, cela signifie que l'article 16-3 du code civil ne vise pas les actes non thérapeutiques. Il faudrait donc lire l'article 16-3 du code civil dans son ancienne formulation, c'est-à-dire comme autorisant les actes médicaux thérapeutiques.

569. La modification de l'article 16-3 du code civil avait pour objectif de signaler la diversification des buts de l'acte médical. Mais, « au final, il ne demeure aucune des raisons d'être de la substitution du terme médical au terme thérapeutique². » Nous ne pouvons donc pas considérer l'article 16-3 du code civil comme étant efficace. Dès lors cette diversification doit être décrite en suivant les différentes autorisations de la loi spécialement édictées pour les actes non thérapeutiques et qui dérogent au principe de la poursuite d'un but thérapeutique.

B. La survie *de facto* d'un système fondé sur la finalité thérapeutique

570. Puisque l'article 16-3 doit être lu dans son ancienne rédaction, c'est un système que l'on pensait dépassé qui prévaut : les actes thérapeutiques sont toujours autorisés tandis que les actes non thérapeutiques doivent être spécialement autorisés³.

571. Pour démontrer que ce système est celui qui prévaut en matière d'actes médicaux sur le corps humain, il faut démontrer la permanence du but thérapeutique (1.) avant d'en venir à une typologie des actes médicaux non thérapeutiques autorisés et dérogeant à ce principe (2.).

1. La permanence de la finalité thérapeutique

572. Afin de s'assurer que la finalité thérapeutique est toujours au centre de l'autorisation de la loi, il faut constater qu'elle est une notion juridique utilisée par le droit. Néanmoins, sa définition est inexistante, bien que cette notion soit centrale.

573. Ainsi, après s'être assuré de la centralité de la finalité thérapeutique (a.), il sera nécessaire de la définir (b.).

1. CE, sect., *Association française des médecins esthéticiens*, 21 mar. 2007, n° 284951.

2. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse I Capitole, 31 mai 2013, n° 694, p. 434.

3. Ce fonctionnement est notamment utilisé en matière de consentement par le dernier alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui dispose que les dispositions contenues dans le reste de l'article « s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions. »

a. La finalité thérapeutique, une notion juridique centrale

574. Le but thérapeutique reste utilisé par l'article 16-3 du code civil comme but strict de l'acte médical (ii.) et, malgré son apparente disparition, il reste le principe réel de l'autorisation de la loi (i.).

i. Le but thérapeutique, notion au cœur de l'autorisation de la loi

575. Nous cherchons ici à démontrer que le contenu de l'autorisation de la coutume que nous avons étudié¹ et qui est traduite à l'article 16-3 du code civil, est centré sur le but thérapeutique. Puisque nous proposons de conserver le contenu de l'autorisation de la coutume, cela revient à faire du but thérapeutique le but principal. Il est cependant nécessaire de démontrer que le législateur, les juges et la doctrine sont convaincus que le but thérapeutique est au cœur de l'autorisation de la loi.

576. Position de la jurisprudence. En jurisprudence, le but thérapeutique est un des buts admis pour justifier l'acte médical. Ainsi, dans un arrêt relatif à une opération de conversion sexuelle, la Cour de cassation retient que « la Cour d'appel énonce que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient, mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien ; qu'elle en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi². » Cette référence à une autorisation de la loi est antérieure à loi du 29 juillet 1994, ce qui laisse penser que les tribunaux sont pénétrés de l'exigence thérapeutique, d'autant plus qu'ils concluent à la caractérisation du délit parce que « l'objectif thérapeutique du médecin n'était pas établi en l'espèce³ ».

On se trouve alors dans le cas d'une coutume *praeter legem* ayant force de loi. En effet, il ne s'agit pas, selon la jurisprudence, de l'application de l'exception de nécessité, mais d'une autorisation de la coutume ou d'une autorisation tacite de la loi.

Si l'on s'en tient à une lecture stricte de l'article 122-4 du code pénal, seuls les actes prescrits ou autorisés « par des dispositions législatives ou réglementaires » n'entraînent pas la responsabilité pénale de la personne les accomplissant. À défaut de prévision de cette exception dans la loi ou le règlement, celle-ci est illégale. Cependant, il est entendu qu'il existe une permission de la coutume⁴. Une jurisprudence importante en sport justifie, dans les limites du respect des règles du jeu, des coups portés en boxe, catch, etc⁵.

Une autorisation de la coutume est donc possible et la doctrine reconnaît son efficacité

1. Cf. *supra* n° 382 et s., p. 197 et s.

2. Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, p. 591, n° 90-84420.

3. *Ibid.*

4. Cf. *supra* n° 382 et s., p. 197 et s. Voir aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, Editions Cujas, 2008, n° 319, p. 309, M. DANTI-JUAN, *Ordre de la loi in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, oct. 2010, Art. 10..

5. Pour une illustration fameuse, cf. Cass. crim., 21 oct. 1965 ; *D.*, p. 28 .

577. La doctrine, persuadée du caractère obligatoire de la nécessité thérapeutique.

Cette autorisation de la coutume est très ancrée dans la doctrine. L. BODELET écrit en 1932 que « le législateur, en conférant les diplômes, autorise les médecins à faire tous les actes à but curatif lorsqu'il est appelé par le malade¹ ». A. DECOCQ dans son *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne* écrit en 1960 que « le but curatif exonère le chirurgien de toute responsabilité pénale à l'occasion des blessures qu'il inflige volontairement au malade². » Les manuels de droit pénal antérieur à la loi de 1994 vont dans le même sens³. Lucidement, L. BODELET poursuit en disant que « le médecin ne doit que guérir. Cette idée est un simple postulat qui ne trouve appui nulle part. [...] Rien dans la loi générale, rien dans celle du 30 n'empêche le médecin d'agir dans un but autre que curatif, que ce soit préventif ou esthétique⁴. » Sa pensée trouvera longtemps plus tard un écho avec les travaux de S. HOCQUET-BERG et Br. PY qui titraient dans leur manuel de responsabilité que « seul l'acte à finalité curative est licite⁵. »

578. La finalité thérapeutique, un implicite légal. Br. PY avait décrit la finalité thérapeutique comme étant « implicitement légal[e] »⁶. Il tire cela du but de la mission médicale tel qu'exprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique au titre duquel exerce illégalement la personne non médecin « qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels ». Plus tard, il précisera que « la finalité curative contribue à justifier l'atteinte portée par le médecin à l'intégrité corporelle de son patient⁷ » en se fondant sur un arrêt de la chambre criminelle ayant retenu qu'« une intervention médicale portant atteinte à l'intégrité de la personne constitue par elle-même un fait de violence ne pouvant être légitimé, au regard de la loi pénale, que si elle a été faite dans un intérêt médical⁸. »

1. L. BODELET, *Le Risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Dijon, 1932, p. 48, cité par L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 163, p. 122 et par Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 167.

2. A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, avec une introd. de G. LEVASSEUR, L.G.D.J., 1960, n° 431, p. 297.

3. Cf. sur ce point L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 163, p. 122 et Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 167.

4. L. BODELET, *Le Risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Dijon, 1932, p. 74-75.

5. S. HOCQUET-BERG et Br. PY, *La responsabilité du médecin*, Droit professionnel, Heures de France, 2006, n° 210, p. 109.

6. Br. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993, p. 167.

7. Br. PY, « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale » in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Dix-neuvièmes journées d'études de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, 15 juin 2012, sous la dir. de M. DANTI-JUAN, t. XXVIII, Editions Cujas, 2013, p. 137.

8. Cass. crim., 9 nov. 1961, *Bull. crim.*, n° 455.

D. THOUVENIN considère pour sa part que les dispositions législatives auquel il est fait référence sont « les lois organisant la profession médicale desquelles découle le pouvoir *implicite* de soigner les maladies¹. » Elle cite pour illustrer le code de déontologie médicale qui prévoit que le médecin « exerce sa mission² » et qu'il doit respecter certains principes « indispensables à l'exercice de la médecine³ ». Elle note que « Si l'explication des fonctions des médecins n'a pas paru nécessaire, c'est sans doute parce qu'elles sont considérées comme allant de soi⁴. »

579. Doctrine médicale. Les commentaires du code de déontologie médicale de Jean-Louis RENÉ⁵ analysent l'article 41 prévoyant qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux » comme suit : « c'est l'existence d'un *objectif thérapeutique* sérieux qui différencie la mutilation chirurgicale des coups et blessures volontaires »⁶. Il poursuit plus loin en disant que cet acte, pour être distingué des coups et blessures volontaires doit « être justifié par des *raisons médicales*. » Cette vision de la thérapeutique semble aujourd'hui dépassée⁷. En effet, la nécessité médicale de l'article 16-3 du code civil incite à distinguer motif thérapeutique et raison médicale.

Nous retrouvons donc la fonction première de la nécessité thérapeutique : œuvrer comme un principe de la médecine⁸, principe que le corps médical connaît parfaitement et semble considérer comme étant le principe de la médecine⁹.

580. Il faut aussi reconnaître que le but thérapeutique n'est plus uniquement utilisé comme un principe, mais aussi comme un but strict, par opposition au but non thérapeutique.

ii. Le but thérapeutique, but strict de la médecine

581. Le but thérapeutique : utilisé pour justifier l'atteinte à l'intégrité de la personne au profit d'un tiers malade. À l'occasion de l'actualisation de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre

1. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

2. Art. R. 4127-2.

3. Art. R. 4127-3.

4. D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.

5. cités par : *Ibid.*.

6. Nous soulignons.

7. Il faut ici ajouter que la jurisprudence et la doctrine ont pu considérer les adjectifs « médical » et « thérapeutique » comme étant des synonymes. Dans un arrêt, il avait ainsi été reproché au praticien d'avoir violemment retiré une prothèse dentaire à cause d'un désaccord sur la qualité et le prix des soins. La Cour de cassation précise que l'opération aurait pu être justifiée « si elle avait été faite dans un intérêt médical. » (Cass. crim, 9 nov. 1961, *Bull crim.*, n° 455) Or, à l'époque de l'arrêt, seules quelques rares interventions non thérapeutiques étaient autorisées, ce qui permet d'avancer que le seul but évident à la médecine était le but thérapeutique, celui visant à « guérir ». C'est aussi cette lecture qui doit être faite du commentaire de J.-L. RENÉ de l'article 41 du code de déontologie au terme duquel « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux ».

8. C'était même le souhait de J.-Fr. MATTEI qui, dans les débats ayant conduit à la création de l'article 16-3 du code civil indiquait qu'il s'agit d'« un texte de loi qui définit des principes. » (*Assemblée Nationale, 3e séance du 20 novembre 1992, compte rendu intégral des débats*, URL : <http://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (visité le 02/10/2014), p. 5839).

9. Cf. *infra* n° 579.

1976 *relative aux prélèvements d'organes* par la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, l'alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du code civil a été complété pour qu'il précise qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre *exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique* d'autrui¹. » Cette précision se trouve donc au début de l'article 9 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* et sert notamment de principe général pour les prélèvements d'organes. Ceux-ci ne peuvent être pratiqués que si la greffe de ces organes sur autrui vise un *but thérapeutique* pour cette personne. Cela permet d'interdire qu'un prélèvement soit effectué pour greffer un organe sur autrui alors que cela n'a pas pour objectif de le soigner. Cette précision rappelle un principe évident : il n'est envisageable de prélever un organe ou élément du corps humain que lorsque cela a pour but de soigner la personne chez qui l'organe prélevé sera greffé. Cette position est confirmée par l'article L. 1231-1 du code de la santé publique qui dispose que « le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. »

Le but thérapeutique sert donc ici à exiger une raison particulièrement sérieuse pour atteindre le corps d'autrui et le priver d'un organe dont il aurait pourtant besoin.

582. Le but thérapeutique : utilisé pour justifier une modulation des règles relatives au secret médical. La seconde utilisation du but thérapeutique vise à restreindre aux actes thérapeutiques pour la personne les cas licites d'actes réalisés sans le consentement de la personne². Ainsi l'alinéa 2 de l'article 16-3 dispose-t-il que « 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. »

Cette mention du but thérapeutique doit être lue comme visant à permettre les actes sur le corps humain alors même que la personne ne peut y consentir, comme c'est le cas en cas d'altération de la conscience. Dès lors que le consentement de l'intéressé ou d'un représentant ne peut être obtenu valablement³, seul le but thérapeutique peut permettre d'agir.

Le but thérapeutique joue alors le rôle de cause particulièrement nécessaire pouvant permettre de passer outre un principe pourtant fondateur qu'est le consentement, et cela est d'autant plus vrai qu'il y a urgence. Exiger que l'intervention poursuive un but thérapeutique est donc une sorte de garantie pour que l'acte soit légitime⁴.

1. Nous soulignons.

2. Sur cette question, cf. *supra* n° 395, p. 205.

3. Sur les conditions de validité, cf. *supra* n° 395 et s., p. 205 et s.

4. Cela ressort dans les propos de G. CABANEL : « L'avis de la commission doit être clair : les mots "thérapeutique" et "médical" n'ont pas la même signification. Un geste thérapeutique qui doit être décidé d'urgence, alors que le patient ne peut pas y consentir, c'est une intervention curatrice, salvatrice, généralement précédée d'examens permettant d'établir le diagnostic. Une intervention médicale, cela peut être un prélèvement opéré afin de faire une recherche qui n'a pas pour objet de soigner le patient. Pour ma part, je reste fidèle à la définition étroite de "thérapeutique". » *Sénat, séance du 20 janvier 1994, compte rendu intégral*, URL : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1994/01/s19940120_0347_0415.pdf (visité le

583. Les actes non thérapeutiques pratiqués sans consentement. *A contrario*, nous pouvons affirmer que la légalité des actes non thérapeutiques est, dans tous les cas, soumise au consentement du patient. C'est la raison de l'existence de certaines dérogations introduites notamment en matière de stérilisation contraceptive¹, de recherches biomédicales², d'analyse des caractéristiques génétiques ou d'identification par empreintes génétiques³, de prélèvement de sang à des fins de collection d'échantillons biologiques humains⁴, de soins psychiatriques⁵, etc.

584. Le but thérapeutique a donc été conçu comme étant un but restrictif visant à limiter la possibilité de déroger au consentement, et de permettre la circulation de greffons prélevés sur des personnes vivantes. Ce but restrictif doit cependant être défini.

b. Le but thérapeutique : une notion à définir

585. Définir ce qu'est le but thérapeutique est loin d'être évident. Nous l'avons remarqué au cours des développements suivants, les auteurs — voire le législateur — utilisent des notions proches sans expliciter s'ils les tiennent pour équivalents ou s'il y a une distinction.

Sont ainsi utilisés concurremment les termes de but thérapeutique, curatif, médical, préventif⁶. Une définition de ce qu'est le but thérapeutique est donc nécessaire.

Il s'agit ici d'une définition stipulative. Son but serait de correspondre aux actes étant par principe autorisés, c'est-à-dire aux actes ne devant pas être autorisés par une disposition spéciale. Nous nous orientons donc vers une définition large du but thérapeutique puisque pourront être rattachés à cette activité traditionnelle non seulement les actes curatifs, mais aussi les actes préventifs et diagnostics. Cette définition doit en effet permettre une simplification de notre droit par la définition d'un concept simple qui correspond à un régime identifié.

586. Ainsi, nous partirions du postulat que le but thérapeutique vise à guérir — traiter —, diagnostiquer et prévenir des pathologies. La détermination du but thérapeutique suppose de déterminer ce qu'est une pathologie puisque la pathologie est ce qui motive le recours à un acte thérapeutique

02/10/2014), p. 370.

1. Art. L. 2123-2 CSP.

2. En cas d'urgence, *cf.* L. 1122-1-2 CSP. En cas d'impossibilité de consentir *cf.* L. 1122-2 CSP.

3. Art. L. 1131-1 CSP.

4. Art. L. 1221-8-1 CSP *in fine*.

5. Art. L. 3211-1 CSP et suivants.

6. Par exemple, le législateur, lorsqu'il a voulu exclure de l'indemnisation des préjudices au titre de la solidarité nationale a exclu du bénéfice des articles L. 1142-1 et suivants les « demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité contraceptive, abortive, préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi ». (art. L. 1142-3-1 CSP). On y voit une assimilation du but thérapeutique au but curatif. Cela nous permettrait aussi de décomposer le but thérapeutique en quatre buts : préventif, diagnostique, curatif et reconstructif.

Si l'on peut, grâce à la philosophie et à la nosologie (i.) dresser une définition fonctionnelle de la pathologie, il faut constater que cette définition présente des limites lorsque l'un de ses éléments manque (ii.).

i. De la philosophie à la nosologie

587. La pathologie, définition philosophique. En philosophie, la détermination de ce qui est normal et pathologique est l'objet de la thèse de G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*¹. Dans celle-ci, l'auteur fait le point sur la pensée de divers auteurs avant d'entamer une étude portant sur le point de savoir s'il y a des sciences du normal et du pathologique.

Au cours de cette partie, il commence par établir une comparaison de différents concepts, témoignant d'une conception évolutive de la vie. Il considère d'abord que c'est l'homme lui-même qui se définit comme pathologique. Ainsi, est-ce « parce qu'il y a des hommes qui se sentent malades qu'il y a une médecine, et non parce qu'il y a des médecins que les hommes apprennent d'eux leurs maladies². » Il fait ensuite le distinguo entre *anomal* et *anormal*. Là où l'*anormalité* fait référence à une norme, l'*anomalité* « est un fait biologique et doit être traitée comme un fait. C'est-à-dire que la science naturelle doit l'expliquer et non l'apprécier³ ». Être anomal, c'est « s'éloigner par son organisation de la grande majorité des êtres auxquels on doit être comparé⁴. » C'est ce que vise la science de la physiologie, science de « l'homme normal⁵. » La physiologie est « un recueil canonique de constantes fonctionnelles en rapport avec des fonctions de régulation hormonales et nerveuses. Ces constantes sont qualifiées de normales en tant qu'elles désignent les caractères moyens et les plus fréquents des cas pratiquement observables. Mais elles sont aussi qualifiées de normales parce qu'elles entrent à titre d'idéal dans cette activité normative qu'est la thérapeutique. Les constantes physiologiques sont donc normales au sens statistique qui est un sens descriptif, et au sens thérapeutique qui est un sens normatif⁶. » Le lien avec le pathologique est donc fait. L'anomal n'est cependant pas toujours pathologique. « Pathologique implique *pathos*, sentiment direct et concret de souffrance et d'impuissance, sentiment de vie contrariée⁷. » C'est ce sentiment de vie contrariée, cette frustration qui fait le lien avec l'infirmité. L'infirmité est « la limitation forcée d'un être humain à une condition unique et invariable et est jugée péjorativement, par référence à l'idéal normal humain qui est l'adaptation possible et voulue à toutes les conditions imaginables. Celui qui ne peut courir se sent lésé, c'est-à-dire qu'il convertit sa lésion en frustration⁸. »

1. G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 11^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 1966.

2. *Ibid.*, p. 53.

3. *Ibid.*, p. 82. Il faut noter que l'*animalité* fait ici référence au *nomos* qui s'oppose au *physis*. *Le nomos est ce qui est culturel tandis que le physis est naturel.*

4. *Ibid.*, p. 82.

5. *Ibid.*, p. 75.

6. *Ibid.*, p. 75.

7. *Ibid.*, p. 85.

8. *Ibid.*, p. 87.

588. G. CANGUILHEM poursuit son raisonnement par une étude intitulée « maladie, guérison, santé ». Ce chapitre est crucial. Deux principes majeurs sont à retenir. D'une part, la notion de pathologie est subjective. À tout le moins, elle doit être rapportée à l'individu. Ainsi, « la frontière entre le normal et le pathologique est imprécise pour des individus multiples considérés simultanément, mais elle est parfaitement précise pour un seul et même individu considéré successivement¹. » D'autre part, la santé est la capacité qu'a l'homme d'être normatif. C'est un luxe de pouvoir être malade et de s'en relever. Ainsi, « la santé est une façon d'aborder l'existence en se sentant non seulement possesseur ou porteur, mais aussi au besoin créateur de valeur, instaurateur de normes vitales². » Est ainsi normal « l'homme normatif, [c'est-à-dire] l'être capable d'instituer de nouvelles normes, même organiques³. »

589. En somme, selon G. CANGUILHEM, le pathologique est une notion attachée à l'homme — on ne peut pas définir *in abstracto* ce qui est pathologique⁴ — et est la capacité pour l'homme à se définir soi-même, à se nommer soi-même. Ainsi résumée, la thérapeutique est l'une des conditions de l'autonomie de l'homme — l'autonomie étant entendue ici dans son sens étymologique *auto-nomos*, se nommer soi-même⁵.

Cette conclusion est déroutante, notamment eu égard à la définition de plus en plus répandue de l'autonomie qui est *pouvoir de décision*, rattachée à la notion de volonté. L'autonomie est en effet aussi la capacité de conformer l'être à son idée, de permettre une transformation du corps à l'image de l'esprit. La thérapeutique est donc une solution à l'incapacité pour l'homme de se définir lui-même. Par ailleurs, la thérapeutique est une réponse consubstantielle au *pathos* de la pathologie. Mais cette réponse au *pathos* doit être rapportée à la privation de normalité. C'est-à-dire que le *pathos* seul ne crée pas la nécessité thérapeutique et donc la volonté ne suffit pas. Est donc nécessaire une forme d'anomalie pathologique en plus de cette incapacité à être normatif.⁶

590. L'étude de l'œuvre de G. CANGUILHEM permet de conclure que la pathologie est composée de deux éléments cumulatifs : une lésion et une souffrance — *pathos*.

Cependant, la pathologie est indissociable du discours scientifique sur les pathologies comme en témoigne le suffixe *-logie* qui renvoie à l'étude⁷. Cette étude a été formalisée dans les nosologies.

1. G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 11^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 1966, p. 119.

2. *Ibid.*, p. 134.

3. *Ibid.*, p. 87.

4. Ce principe se traduit dans l'existence de la clinique en médecine, Cf. M. FOUCAULT, *Naissance de la clinique*, 8^e éd., Presses universitaires de France, 2009.

5. A. REY et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, v^o Autonomie.

6. On peut penser ici que l'anomalie sociale pourrait un jour faire rentrer dans la thérapeutique des notions qui en sont aujourd'hui éloignées comme l'anomalie pour les personnes de même sexe de procréer entre elles.

7. Sur ce point, cf. *Ibid.*, v^o Patho-.

591. La nosologie. La notion de pathologie sur laquelle se greffe la thérapeutique est une convention. Les professionnels de santé¹ peuvent ainsi s'accorder pour définir une situation comme étant, *in abstracto*, une pathologie. Dès lors, la pathologie naît d'un consensus au sein des professions médicales, ce qui fait que le corps médical est naturellement à l'origine de la définition de la pathologie. Lorsqu'il existe des dissensions sur la notion de pathologie, le droit est convoqué pour les trancher.

592. Le concept de nosologie. Pour définir de manière abstraite ce qui est pathologique, la médecine recourt à des classifications organisées, les nosologies. Celles-ci peuvent être définies comme des classifications systématiques de maladies². La nosologie la plus connue est la classification internationale des maladies³.

Les nosologies influent sur la détermination de la thérapeutique de deux manières. Positivement, la nosologie a pour effet de désigner une situation comme étant pathologique. Négativement, la nosologie peut désigner une situation comme n'étant pas pathologique si elle n'y est pas inscrite. Il faut cependant noter que l'efficacité négative de la nosologie est limitée si la nosologie n'est pas exhaustive. N'ayant pas prétention à couvrir tout un champ, ce qui n'y est pas inclus n'est pas nécessairement exclu de la catégorie des pathologies. Du fait du caractère souvent limité des nosologies — nosologies psychiatriques par exemple — celles-ci n'ont prétention à identifier que les pathologies qui ressortent de leur champ d'application.

La nosologie permet donc de définir ce qui est par principe considéré comme pathologique, dans un domaine circonscrit.

593. Forme actuelle des nosologies. Cependant, les nosologies tendent aujourd'hui à l'exhaustivité et notamment la Classification internationale des maladies⁴. Cette classification intègre aussi bien les plaies accidentelles⁵ que les troubles de la ménopause⁶ ou les cas des enfants nouveaux-nés exceptionnellement gros⁷. L'approche de la notion de pathologie est donc aujourd'hui large et inclusive.

Dans la mesure où des actes non thérapeutiques sont aussi mentionnés⁸, cela peut interroger

1. Les nosologies sont le produit de diverses instances, ce qui nous contraint à une détermination floue de leur auteur. Elles peuvent être le produit d'associations ou de sociétés savantes (c'est le cas du DSM), de comités constitués spécialement (c'est le cas de la CMI de l'OMS), voire de comités spontanés (lire sur ce point *Classification française des troubles mentaux R-2015*, sous la dir. de J. GARRABÉ et F. KAMMERER, oct. 2015, URL : <http://www.presses.ehesp.fr/produit/classification-francaise-des-troubles-mentaux-r-2015/>).

2. Cf. *supra* n° 118, p. 68.

3. *Classification internationale des maladies*, Organisation mondiale de la Santé, URL : <http://apps.who.int/classifications/icd10> (visité le 13/10/2015). Une onzième version est actuellement en version *bêta*. *ICD-11 Beta Draft*, Organisation mondiale de la Santé, URL : <http://apps.who.int/classifications/icd11/browse/1-m/en> (visité le 14/09/2016).

4. Nous nous fondons sur la version 10.

5. Chapitre XIX.

6. Code N95.

7. Code P08.0.

8. Cf. par ex. l'avortement médical, code O04 ou les « thérapies sans raison médicale » incluant la circoncision ou la chirurgie esthétique, code Z41.

sur la capacité de ces listes à déterminer ce qui est thérapeutique ou non. Cependant, la Classification internationale des maladies mentionne qu'il s'agit de « thérapies sans raison médicale » ou que le recours aux services de santé se fait pour des motifs autres que médicaux¹. Ces éléments permettent de distinguer, au sein de cette nosologie, ce qui ressort de la réponse à une maladie ou de la réponse à autre chose qu'une maladie. Il y a donc, au sein des nosologies, une place faite aux actes non-thérapeutiques.

594. Nosologie et société. La nosologie définit ainsi ce qui est *in abstracto* pathologique. Il ne s'agit cependant que d'une considération généralisée qui se fonde sur une idée de la normalité². Dès lors, la nosologie, comme la pathologie, sont tributaires des conceptions sociales. C'est cette « idée de la normalité » qui vient complexifier la définition de la pathologie. En effet, il est des situations définies comme pathologiques alors même que l'un des deux éléments — la lésion ou le *pathos* — manque.

ii. Une définition complexifiée en l'absence de l'un de ses deux éléments

Définie comme le cumul d'une lésion et d'une souffrance, la pathologie semble objective. Néanmoins, la situation pathologique est perturbée par des situations dans lesquelles des considérations sociales interviennent. En effet, ces considérations permettent de qualifier de pathologique une situation dont l'un des deux éléments — la lésion ou la souffrance — manque.

595. La lésion sans la souffrance : l'exemple des malformations sexuelles. Les malformations peuvent avoir pour conséquence de générer chez la personne une souffrance. C'est le cas par exemple de l'anagésie³ d'un membre ou d'une dissymétrie marquée du corps (des membres inférieurs notamment). Il existe néanmoins des malformations ne générant pas, *a priori* de souffrance et étant pourtant parfois qualifiées de pathologiques.

596. *L'absence ou la destruction accidentelle de l'hymen.*⁴

L'hyménoplastie est une intervention de petite chirurgie visant à construire ou reconstruire un hymen. Les techniques sont plus ou moins complexes. Celles-ci ont pour effet d'imiter une déchirure de l'hymen lors d'une pénétration. D'origine inconnue, l'hymen est une membrane présente à quelques centimètres de l'orifice vaginal. Sa présence n'est en rien nécessaire anatomiquement ou biologiquement. Si l'on entend la thérapeutique comme le rétablissement d'une fonction biologique, alors la restauration de l'hymen n'est en rien thérapeutique puisque son absence ne cause aucune lésion fonctionnelle.

1. Cf. codes Z70, Z76 « Sujets ayant recours aux services de santé pour d'autres motifs ».

2. Cf. *supra* n° 587, p. 289.

3. L'anagésie peut se définir comme l'absence de formation d'un organe ou d'un membre.

4. Cette hypothèse est une hypothèse extrême de la chirurgie reconstructrice. En effet, il s'agit d'une lésion altérant un élément non visible du corps. Il s'agit alors d'une apparence mais cachée. Les développements qui suivent peuvent donc être extrapolés aux actes reconstructifs, spécialement concernant l'impact de la volonté dans la distinction des interventions réparatrices et esthétiques.

Néanmoins, il existe au sein de la Classification commune des actes médicaux un acte de « réparation de l'hymen ». Il porte le sous-titre « Hymenorrhaphie, hyménoplastie » et prévoit comme indication : « *acte thérapeutique*. Ne peuvent être facturés *les actes réalisés pour convenance personnelle*.¹ » Ainsi, l'hyménoplastie doit, pour être remboursée, être un acte thérapeutique réalisé en vue d'un autre but qu'une convenance personnelle.

L'hyménoplastie est alors remboursée hors convenance personnelle. Le critère thérapeutique peut alors correspondre au fait de permettre de rétablir le corps dans une configuration particulière, vécue comme normale, et non nécessairement dans une configuration permettant une vie biologiquement stable. Le critère juridique résiderait donc dans la détermination de la convenance personnelle. À partir de quand, dans quelles situations se trouve-t-on dans un cas de convenance personnelle ?

597. L'hyménoplastie n'est jamais effectuée pour une « convenance². » C'est la société³ qui commande cette intervention. Sans cette pression sociale, on imagine que cette demande n'existerait pas. L'hymen peut en effet être absent pour des raisons pathologiques — certaines femmes sont naturellement dépourvues d'hymen —, volontaires — évolutions des mœurs autorisant une relation anténuptiale — ou résultant d'un accident — chute, pratique de sports, etc. — ou volontaire — viol, agression, etc. — sur l'hymen.

La demande d'hyménoplastie a alors pour fonction de recalibrer l'anatomie sur l'exigence sociale de la virginité. Ainsi, la cause du remboursement doit être trouvée dans les conditions de la destruction de l'hymen. Si la destruction de l'hymen est causée par un fait volontaire de la femme, l'acte ne sera pas pris en charge mais si la destruction est causée sans volonté de la femme ou que celui-ci n'existe pas, il y aura prise en charge. Le critère de la convenance personnelle est ainsi plus subtil. Il réside dans le fait d'assumer une cohérence vis-à-vis de la tradition à laquelle on se soumet. Ainsi, la prise en charge de la reconstruction de l'hymen

1. Nous soulignons.

2. La convenance est alors entendue comme ce qui convient, et se rapproche du caprice lorsqu'il est précisé que cette convenance est *personnelle*. Ainsi, la convenance n'étant que le respect de conventions, de conformité aux normes sociales (E. LITTRÉ définit la convenance comme « rapport, conformité » ou comme la « qualité de ce qui est convenable ». Il donne un troisième sens, « Commodité particulière. Avoir une chose à sa convenance. Payer la convenance ». Le *Grand Robert* quant à lui donne deux sens ici intéressants : « Ce qui convient à quelqu'un » et « Fait de se conformer aux usages ; caractère de ce qui s'y conforme ».), la convenance personnelle comporte en elle-même la fin de l'hétéronomie sous-entendue dans la convenance et met ainsi à bas l'idée de respect d'une institution et fait place au caprice.

3. En effet, l'hymen est un indice de pénétration vaginale antérieure et donc, de virginité sexuelle pour la femme. La virginité est, dans certaines cultures, une des conditions du mariage. L'exigence de la virginité est, selon S. FREUD, l'extension du monopole monogamique au passé et est de plus en plus exigée par certaines traditions demeurées sexuellement conservatrices. (S. FREUD, *Contributions à la psychologie de la vie amoureuse*, Quadrige, Grands textes, Presses universitaires de France, 2011, n° 161, p. 33). Ainsi, dans la tradition arabomusulmane, le tabou de la virginité est-il analysé par un psychanalyste comme « l'enjeu de l'éducation de la jeune fille. » (A. HERBERT, *La transmission du tabou de la virginité chez les jeunes filles d'origine mabhrébine in* O. REVEYRAND-COULON et Z. GUERRAOLI, *Pourquoi l'interdit ? : regards psychologique, culturel et interculturel*, Ramonville Saint-Agne : érès, 2006). Cette remarque pourrait être aussi faite pour les milieux judeo-chrétiens conservateurs. La demande d'hyménoplastie répond alors à l'exigence d'une société particulière. Elle provient plus précisément d'une discordance entre l'exigence sociale et la configuration de l'hymen.

n'a-t-elle pas pour objectif de pallier le comportement pour qu'il soit compatible avec cette tradition ou culture.

En revanche, la société accepte de remettre la personne dans son état originel si celui-ci a été altéré par une agression, un fait extérieur. En somme, si la destruction de l'hymen ne fait pas intervenir la volonté. Il y a alors d'une part la lésion et, d'autre part, la souffrance. La lésion, nous l'avons dit n'est pas fonctionnelle au sens biologique. Elle est cependant fonctionnelle au sens social puisqu'elle signale la conformité du corps de la femme à une norme sociale. Quand au *pathos*, à la souffrance, elle naît de la discordance de l'état du corps de la femme avec l'exigence sociale.

598. *Les situations d'intersexualisme.* L'intersexuel peut être défini comme « la personne qui comporte des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques¹ ». Cet état regroupe un certain nombre de situations dont la majorité ne nécessite pas de réponse chirurgicale. Bien qu'il soit parfois désigné comme une pathologie², il est en effet souvent possible de vivre avec un sexe indéterminé³.

Dès lors, la personne intersexuelle présente une anomalie qui peut être considérée comme une lésion, mais elle ne présente pas de souffrance physique. Il est néanmoins possible qu'une souffrance psychique se fasse jour, du fait notamment des possibles discriminations que cette personne devra affronter. Dans ce cas, il serait alors possible de répondre à cette souffrance dans le cadre d'une intervention thérapeutique. Cette solution présente cependant un raccourci important : il n'y a pas de lien direct entre la lésion et la souffrance endurée. Il faut en passer par les possibles discriminations, humiliations et tracasseries causés par la société pour expliquer ce trouble. Nous nous trouverions ainsi dans la situation dans laquelle la pathologie pourrait être constituée d'une malformation constituant une lésion et de réactions sociales inappropriées générant la souffrance. Une telle solution ne peut être retenue, ce qui contraindrait le praticien à respecter le régime des actes esthétiques.

De nombreux actes de conformation sexuée — expression désignant les interventions chirurgicales visant à conformer le sexe à l'un ou l'autre des sexes — sont effectués sur des nourrissons. L'argument de la souffrance est ici d'autant moins compréhensible que ceux-ci sont moins sensibles aux pressions sociales. Ainsi, dans un article établissant le mode de prise en charge des désordres de différenciation sexuelle par le centre de référence des anomalies du développement

1. B. MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de master, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, URL : http://www.u-paris2.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?ID_FICHIER=79168 (visité le 03/02/2014), n° 2, p. 8.

2. Fr. JAUBERT et al., « Pathologie des hermaphrodismes », *Annales de Pathologie*, 2004, vol. 24, 6, p. 499–509, ISSN : 0242-6498, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0242-6498\(04\)94014-X](http://dx.doi.org/10.1016/S0242-6498(04)94014-X), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S024264980494014X>.

3. Il faut cependant noter quelques risques de syndrome de perte de sel. Sur ce point, cf. Cl. BOUVATTIER, Cl.-L. GAY et P. CHATELAIN, « Prise en charge néonatale des désordres de la différenciation sexuelle », *Archives de Pédiatrie*, 2014, vol. 21, 5, Supplément 1, Congrès des Sociétés de Pédiatrie, Lyon, 22-24 mai 2014, p. 39–40, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0929-693X\(14\)71452-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0929-693X(14)71452-6), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0929693X14714526>, n° 4.1.

sexuel, est-il indiqué que « le pédiatre doit garder à l'esprit que la naissance met les parents dans une situation psychologique très difficile. La façon dont la naissance d'un enfant de sexe "indéterminé" est vécue dépend de facteurs personnels et culturels, et influe sur les relations parents/enfant et sur les bases de la vie psychique de l'enfant¹. » Selon certains, la survenue d'une anomalie « constitue toujours un véritable drame². »

599. Inclure les situations des personnes intersexuelles et ayant une malformation ou un déchirement de l'hymen parmi les situations thérapeutiques suppose d'accepter que la souffrance puisse être une souffrance causée par la société et que cette souffrance puisse permettre un acte sur le corps de la personne. La lésion existe mais la souffrance est générée, non par la lésion, mais par la société.

600. La souffrance sans la lésion. Le domaine des pathologies mentales est perturbant pour la définition des pathologies. On y trouve en effet des situations définies comme pathologiques alors qu'il est impossible d'identifier une lésion. Là encore, le domaine touchant à la sexualité est intéressant puisque la détermination d'une situation comme étant pathologique induit que la personne est dans une position sociale anormale. Une personne dont le corps ne présente pas de lésion mais qui souffre pourra ainsi être considérée comme présentant une pathologie. Néanmoins, ces personnes refuseront d'être définies comme anormales tout en souhaitant que leur souffrance soit reconnue et soignées.

601. L'exemple de l'homosexualité : la perte de la pathologisation et de la médicalisation. L'homosexualité était classée par le DSM II³ dans la catégorie des « mental disorders⁴ ». La version suivante publiée en 1973 verra la disparition de l'homosexualité de la classification. Cette disparition est en fait le produit d'un vote à l'association américaine de psychiatrie. Avec humour, *The Times magazine* titrait « the sexes : an instant cure⁵ ».

Cette façon de ne plus considérer une maladie comme telle, du jour au lendemain, peut étonner. Il semble qu'il s'agit là d'une spécificité réservée au domaine psychique. En effet, comme

1. *Ibid.*

2. V. MIRLESSE, Cl. NIHOUL-FEKETE et J. MAC ALEESE, « Pathologie génitale fœtale », *EMC - Pédiatrie*, 2004, vol. 1, 2, p. 203–209, ISSN : 1762-6013, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.emcped.2004.02.004>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1762601304000230>.

3. Le DSM (DSM signifie « Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders », littéralement « Manuel Diagnostique et Statistique des troubles mentaux ») est le manuel qui sert de référence nosologique en matière psychiatrique. Il se présente sous la forme d'un livre associant des codes à des situations pathologiques définies précisément par les symptômes. La première version date de 1952, la cinquième et dernière date de mai 2013. Il est rédigé par l'American psychiatric association, mais il a cependant un impact majeur dans la détermination diagnostique des pathologies mentales au plan mondial. Il a été conçu à la demande des compagnies d'assurance et des laboratoires pharmaceutiques qui souhaitaient bénéficier d'un outil d'évaluation. (L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, p. 128). Ce manuel s'inspire à partir de la quatrième version de la 10^e classification internationale des maladies de l'Organisation mondiale de la Santé. Très simple d'utilisation, il a été largement utilisé par les praticiens. (J. HOCHMANN, *Histoire de la psychiatrie*, Presses universitaires de France, 2004, p. 117. Cf. aussi P. HARDY et A. DECLUZE, « Pourquoi le DSM ? », *Psychiatrie Française*, mai 2013, p. 35).

4. DSM II, 1968, p. 44.

5. « The sexes : an instant cure », *Time*, avr. 1974 Littéralement : « Sexualité : une guérison instantanée ».

le note Th. GONGGRYP, « ce serait aussi absurde que si un groupe de médecins votait de rayer le cancer ou la rougeole des maladies.¹ ». Cette spécificité pourrait s'expliquer grâce à la notion de lésion. Celle-ci ne pourrait être que biologique. Il serait en effet discutable d'admettre des lésions comportementales. Ce serait admettre que l'on puisse définir la maladie mentale sur des considérations sociales².

Néanmoins, la qualification de certaines situations comme étant une pathologie mentale est contestée. C'est le cas du transsexualisme.

602. L'exemple des conversions sexuelles : le maintien de la prise en charge médicale sans la pathologisation. Le transsexualisme a donné lieu d'important débats sur le terrain de l'état des personnes. Il s'agissait d'autoriser le changement non seulement de nom, mais de sexe à l'état civil, ce qui allait contre l'immutabilité de celui-ci³. Plus discret a été le combat concernant la prise en charge des opérations de conversions sexuelles par la sécurité sociale.

Si, dans un premier temps, le transsexualisme a été inclus au titre des maladies mentales pour permettre sa prise en charge⁴, le refus de certaines personnes transsexuelles de se voir désignées comme malades les a conduites à demander que cette « psychiatrisation » cesse. Cela a été reconnu par un décret qui est venu retirer le transsexualisme de la liste des affections psychiatriques de longue durée pour l'inclure dans les affections de longue durée hors liste⁵, ce qui avait l'avantage d'une part de ne pas heurter les personnes transsexuelles et, d'autre part,

1. Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte à l'épreuve des droits fondamentaux du patient in CENTRE DE DROIT DE LA SANTÉ, Les cahiers de droit de la santé du Sud-Est - La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, t. 6, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

2. Ce que refusent l'Organisation des Nations Unies et le Conseil de l'Europe. Ainsi, « la décision de maladie mentale ne [soit jamais fondée] sur des considérations politiques, économiques ou de situation sociale, ni d'appartenance à un groupe culturel, racial ou religieux, ni sur aucune autre considération n'ayant pas de rapport direct avec l'état de santé mentale. » De plus, « les conflits familiaux ou professionnels, ou la non-conformité aux valeurs morales, sociales, culturelles ou politiques ou aux convictions religieuses prévalant dans la société à laquelle une personne appartient ne doivent jamais être des facteurs déterminants dans le diagnostic de maladie mentale. » (*Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé, A.G. res. 46/119, 46 GAOR Supp. (No. 49) à 189, U.N. Doc., t. A/46/49 (1991)*). Enfin, « les difficultés d'adaptation aux valeurs morales, sociales, politiques ou autres, ne doivent pas être considérées, en elle-même, comme un trouble mental. » (*Recommandation n° 83-2 du Comité des ministres aux Etats membres sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires 1983, URL : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=602320&SecMode=1&DocId=678500&Usage=2>*).

3. L'acceptation initiale date de deux arrêts de 1992 (Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-12373) et fait suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour. EDH, *B. c. France*, 25 avr. 1992, n° 232-C) Il s'en est suivi une application généreuse de cette solution, alimentée par une circulaire demandant aux magistrats de suivre cette position. (*Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010* relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, n° NOR : JUSC1012994C, URL : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf (visité le 13/10/2015)). Cela a amené la Cour de cassation à rappeler avec force sa position par deux arrêts (Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11900 et Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-12373).

4. *Décret du 4 octobre 2004, n° 2004-1049* relatif à la liste des affections comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse. C'était un classement en « affection de longue durée ».

5. *Décret n° 2010-125 du 8 février 2010* portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », modifiant l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale.

de ne pas les priver d'une prise en charge par la sécurité sociale. Il était nécessaire de passer par une disposition réglementaire pour autoriser la prise en charge, comme il était nécessaire d'y avoir à nouveau recours pour en modifier le fondement. Le droit a ici été convoqué pour traduire une conception non pathologique¹ tout en permettant la prise en charge des interventions.

La situation des personnes transsexuelles est donc intéressante. Celles-ci présentent une souffrance sans lésion et ont vu leur situation qualifiée de pathologique. Elles ont cependant souhaité que cette qualification ne soit plus retenue tout en bénéficiant de son régime — et notamment de la prise en charge financière par l'assurance maladie.

603. Bilan de la définition de la pathologie. La pathologie peut être définie comme la situation dans laquelle une lésion cause à une personne une souffrance. Cette définition est perturbée par l'influence de la société. Celle-ci permet de déclarer comme étant pathologiques certaines situations dans lesquelles manque l'un des deux éléments.

Cette définition étant établie, nous pouvons en déduire la définition du but thérapeutique. La thérapeutique s'entend alors du diagnostic de la prévention et du traitement des pathologies.

604. Le domaine des actes médicaux thérapeutiques étant maintenant circonscrit, nous pouvons établir une typologie des actes médicaux non thérapeutiques.

2. Typologie des actes médicaux non thérapeutiques autorisés²

605. Nous avons signalé la nécessité pour les actes non thérapeutiques d'être « encadrés », à savoir de leur donner un régime distinct du régime « normal », c'est-à-dire du régime des actes thérapeutiques. Mais le régime juridique varie pour adapter les règles aux spécificités des actes non thérapeutiques.

606. Il faut noter des hésitations quant à la qualification des actes non thérapeutiques : sont-ils alors toujours des actes médicaux, doivent-ils recevoir une qualification différente ? Il a ainsi été proposé que les actes non thérapeutiques perdent leur qualité d'acte médical puisque ceux-ci ne poursuivent plus d'objectif médical³. Mais dans ce cas là, les auteurs réduisaient la

1. Il faut cependant noter que le transsexualisme suppose qu'il soit subi comme le demandent les arrêts de 1992 et il est impératif que l'opération de désignation sexuelle soit la seule manière de parvenir à l'apaisement du syndrome de dysphonie du genre. Cf. sur ces questions M. CONTIN, « La nécessité médicale jusqu'où ? » in *Colloque Franco-Libanais La protection de la personne au regard des conditions de l'acte médical*, Beyrouth, Liban, 2 mar. 2012, URL : <https://inriav3-preprod.archives-ouvertes.fr/IODE/halshs-00686414>. Nous remercions l'auteur de nous avoir transmis le texte de son allocution.

2. En général sur les actes médicaux non thérapeutiques, cf. Fr. DEKEWER-DÉFOSSEZ, *Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique* in *Mélanges en honneur de Gérard MÉMETEAU : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, sous la dir. de B. PY, F. VIALLA et J. LEONHARD, Collection Mélanges, LEH Éditions, 2015.

3. Cela a été proposé pour les « échographies non médicales » puisque celles-ci ne poursuivent plus « la recherche d'un diagnostic, du dépistage d'anomalie ou de suivi de la croissance fœtale ». *Echographies fœtales à visée médicale et non médicale : définitions et compatibilité*, Rapport d'évaluation technologique, Haute autorité de santé, 26 avr. 2012, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/rapport_echographies_foetales_vde.pdf (visité le 12/06/2015), p. 64.

médicalité à la *thérapeuticité* en oubliant que le but thérapeutique englobe la prévention puisque celle-ci répond au même régime que les actes thérapeutiques. Il a par ailleurs été proposé de désigner les actes médicaux non thérapeutiques comme n'étant plus des actes médicaux, mais des actes « médicalisés¹. » Cela avait pour avantage d'indiquer que ces actes, s'ils ressemblent matériellement à des actes thérapeutiques — il s'agit des mêmes techniques, des mêmes gestes —, ont des buts radicalement différents.

Ces hésitations traduisent la spécificité des actes non thérapeutiques qui ne suivent plus le régime cohérent des actes thérapeutiques. Elles mettent aussi en lumière l'absence de régime clair pour ces actes non thérapeutiques et cette confusion s'explique par la manière dont le législateur légifère : au coup par coup². Notre critère large de la médicalité permet de les inclure³. I

607. Méthodologie de la typologie. Classifier les actes médicaux suppose de définir d'une part un critère d'inclusion — ce que l'on compte dans la classification — et d'autre part une méthode de classification.

Concernant le critère d'inclusion, nous ne retiendrons que les actes non thérapeutiques. Ceux-ci sont en effet les « nouveaux buts » de l'acte médical. Comme nous venons de le démontrer, l'acte médical non thérapeutique se caractérise par son autorisation expresse par la loi. Dès lors, c'est cette autorisation que nous retiendrons comme critère d'inclusion : dès qu'un texte autorise ou « encadre » spécifiquement un acte médical, il sera inclus dans notre typologie.

Concernant les catégories, il est possible de classer les actes médicaux selon leur date d'autorisation⁴, leur région anatomique⁵ ou encore selon leurs régimes juridiques. Mais la classification la plus logique serait de suivre les buts de l'acte médical. En effet, le législateur a autorisé les actes médicaux non thérapeutiques en fonction de leur but. Ce faisant, il a adapté l'encadrement à ce but. Le but de l'acte est donc ce qui explique les diversités de régime puisque l'autorisation de ces actes permet au législateur de conditionner ces actes au respect de certaines règles. Cette classification, puisqu'elle renvoie au régime, permettra de préciser les spécificités de régime des actes non thérapeutiques que nous décrirons. Après avoir mentionné la norme d'autorisation, nous en viendrons aux éléments de régime qui diffèrent du régime des actes médicaux thérapeutiques et notamment concernant le consentement et le financement.

608. Nous pouvons d'abord distinguer les actes au bénéfice de la personne elle-même (a.) des actes au bénéfice d'autrui (b.). Ces deux catégories se différencieraient principalement concernant la norme du consentement éclairé. Le législateur est en effet beaucoup plus exigeant concernant le consentement en matière d'actes au bénéfice d'autrui.

1. Cf. M. BOUTEILLE, « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 18 fév. 2001, n° 1, p. 17, Supplément au JCP E.

2. Exception — notable — des lois dites « de bioéthique » de 1994.

3. Cf. *supra* n° 100 et s., p. 59 et s.

4. Comme nous l'avons fait *supra* n° 553 et s., p. 276 et s.

5. Comme pour la Classification commune des actes médicaux.

a. Actes autorisés au bénéfice de la personne elle-même

609. Les actes autorisés au bénéfice de la personne elle-même peuvent être divisés en trois catégories totalement différentes dont les régimes sont relativement homogènes. D'une part, les actes relatifs à la procréation (i.), ceux relatifs à la douleur (ii.) et enfin ceux ayant pour objectif de transformer l'aspect du corps (iii.).

i. Actes relatifs à la procréation

610. En matière de procréation, deux mouvements inverses aux régimes distincts ont cours. Il existe ainsi des actes visant à maîtriser la procréation (α), tandis que d'autres visent à l'empêcher (β).

α . Actes visant à maîtriser la procréation

611. La maîtrise de la procréation passe par sa stimulation et par des actes diagnostics sur le fœtus.

612. Diagnostics anténataux. Les actes diagnostics sur le fœtus sont des actes thérapeutiques préventifs. Ils peuvent en effet servir à soigner le fœtus en détectant une affection ou à « modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse¹ ».

Ces actes ne sont donc pas des dérogations au principe thérapeutique. Cependant, du fait de leurs incidences potentiellement non thérapeutiques, ceux-ci sont étroitement encadrés. Les deux conséquences non thérapeutiques des diagnostics prénataux sont d'une part la destruction de l'embryon, et d'autre part le soin. Il existe donc une alternative non thérapeutique aux diagnostics anténataux : la destruction de l'embryon.

613. Il est cependant nécessaire de distinguer selon que l'embryon est diagnostiqué *in vitro* ou *in utero*. En effet, la suppression du fœtus n'obéit pas aux mêmes règles et ne provoque pas les mêmes enjeux. Cependant, seuls les actes sur le fœtus *in utero* sont concernés par notre étude puisque les actes sur le fœtus *in vitro* sont considérés comme des actes de biologie².

1. Art. L. 2131-1 al. 2 (II.-) CSP.

2. Sommairement, on peut retenir en matière de diagnostic préimplantatoire que les conditions du diagnostic et la suppression des fœtus sont très fortement imbriquées. Ainsi, l'article L. 2131-4 du code de la santé publique définit-il dans un premier temps le diagnostic préimplantatoire comme « le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* ». Il précise ensuite les conditions dans lesquelles ces diagnostics peuvent être autorisés. Enfin, dans le dernier alinéa il énonce que les membres du couple peuvent « ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon ». Il faut noter que cette précision n'est inscrite dans la loi que pour permettre que l'embryon fasse l'objet de recherches. La possibilité de le détruire n'est pas mentionnée, ce qui signale une évidence. Cela s'explique par le fait que l'embryon est cultivé *in vitro*. L'embryon n'est ni *in utero* ni doté de la personnalité juridique. Dès lors, aucune protection ne s'applique à lui et l'acte de diagnostic préimplantatoire est un « diagnostic biologique », un acte de biologie médicale non allié à un acte médical — si l'on excepte le prélèvement de gamètes. L'article R. 2131-22-2 du code de la santé publique liste les procédés et montre bien que le diagnostic préimplantatoire est un diagnostic sur une cellule prélevée sur l'embryon. Dès lors, la protection est totalement différente et les textes permettent tacitement la destruction de l'embryon. En revanche, les textes signalent que le diagnostic en lui-même est une activité sensible puisqu'ils

614. Définition du diagnostic prénatal. La loi définit le diagnostic prénatal comme contenant les « pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité¹. » Cette activité diagnostique se déroule en deux temps. Le premier correspond à la consultation prénatale de routine qui permet d'« évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection »², le second temps est celui des examens pratiqués par le centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal³. Ce sont de « nouveaux examens de biologie médicale et d'imagerie à visée diagnostique », pratiqués pour rechercher une affection, et non plus pour une simple évaluation du risque.

L'issue de ces diagnostics est la « modification [du] déroulement ou [du] suivi de [la] grossesse⁴. » Cette désignation prudente désigne trois réalités : la poursuite de la grossesse sans mesures particulières, la poursuite de la grossesse avec des modalités de suivi ou de soins spécifiques et l'« interruption de [la] grossesse pratiquée pour motif médical⁵. » Si le premier cas n'est pas un acte médical, le second est un acte thérapeutique classique alliant prévention, diagnostic et traitement, le troisième cas est lui non thérapeutique.

615. Ce dernier cas, non thérapeutique, justifie l'encadrement très strict de l'information produite par les diagnostics. En effet, l'avortement pour raison médicale est possible dans deux cas : en cas de péril grave pour la santé de la femme et en cas de « forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic⁶. » Si le premier cas n'est pas lié à l'état du fœtus et ressort d'un diagnostic de l'état de santé de la mère, le second est directement lié au diagnostic prénatal. Cela justifie dès lors les précautions prises par les textes.

616. La réglementation du diagnostic prénatal. Ces précautions sont avant tout une réglementation des informations qui circulent entre la femme enceinte ou les membres du couple et les soignants. Ainsi, dès qu'un examen⁷ a « pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité », toute information doit être « loyale, claire

l'entourent d'un certain nombre de conditions visant à garantir son caractère exceptionnel, sa cause dans une pathologie potentielle ou existante et enfin à s'assurer du consentement des membres du couple (Art. L. 2131-4 CSP). Il est aussi possible de recourir à cette technique lorsque cela a pour objectif de fournir à un enfant né malade un frère ou une sœur HLA compatible (Art. L. 2131-4-1 CSP). Cela suppose une procédure spéciale autorisée par le directeur de l'Agence de biomédecine. Cf. art. R. 2131-26-2 CSP. En revanche, dès que l'on retrouve un contact avec la femme par une implantation d'embryon, les règles applicables à la suppression de l'embryon suivront celles relatives aux différents avortements.

1. Art. L. 2131-1 CSP.

2. Cf. Art. L. 2131-1 al. 2 (II.-). Cette consultation conditionne notamment le bénéfice de l'assurance maternité.

3. Cf. Art. L. 2131-1 al. 4 (III.-).

4. Art. L. 2131-1 al. 2 CSP.

5. Titre du Chapitre III du titre I^{er} du Livre II de la deuxième partie de la partie législative du code de la santé publique contenant les articles L. 2213-1 et suivants réglementant cet avortement.

6. Art. L. 2213-1 CSP.

7. Et la définition des examens est large comme en témoigne l'article R. 2131-1 du code de la santé publique.

et adaptée à [la] situation » de la femme enceinte. Cette loyauté implique d'abord un respect scrupuleux de la volonté de la femme enceinte quant à l'information sur la pathologie recherchée et les moyens de la diagnostiquer. Ainsi, cette femme et l'autre membre du couple peuvent-ils s'opposer à être informés sur la maladie recherchée et les alternatives à l'interruption médicale de grossesse¹. Si ils acceptent, l'information devra porter tant sur les moyens de diagnostiquer la maladie que sur les issues de ce diagnostic. Concernant les issues du diagnostic, l'information doit porter sur « les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né » ainsi que sur les associations spécialisées et agréées dans l'accompagnement des familles de personnes atteintes de cette maladie. Il n'est pas fait mention de l'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical puisque celle-ci ne peut être pratiquée sur « demande de la femme². » Néanmoins, on peut penser que si l'article L. 2131-1 du code de la santé publique ne mentionne pas cette alternative, c'est que celle-ci est trop évidente pour être rappelée et que le texte³, en ne la mentionnant pas veut justement insister sur les autres alternatives puisqu'un lien trop ferme entre diagnostic anténatal et avortement fait planer sur ces pratiques un risque d'eugénisme⁴. Dans cette optique, la volonté de la femme est structurée comme filtre puisqu'il serait impossible d'avoir un système eugéniste vu que chaque femme prend *en conscience* la

1. Et cette option est primordiale puisque cela fait que ceux-ci ne seront pas obligés de réfléchir aux alternatives, dont l'avortement. Cela souligne la place importante de l'information dans la relation de soins. L'absence d'informations coupe court à toute démarche puisque l'avortement comme le traitement sont conditionnés à une information diagnostique et au consentement des personnes. Or, la personne non informée ne peut pas consentir.

2. Art. L. 2213-1 al. 3 CSP. Une lecture stricte de cet article peut nous amener à conclure qu'est illégale la proposition du soignant d'avorter lorsqu'une affection le justifiant est diagnostiquée.

3. Ainsi, « il est généralement admis par exemple que, sauf conviction ou disposition affective contraire des parents, un fœtus atteint de trisomie 21 peut, légitimement au sens de l'éthique collective et individuelle, bénéficier d'une interruption médicale de grossesse. [...] La société en quelque sorte, l'opinion générale, a répondu pour eux. L'indication paraît même tellement établie que les parents considèrent en quelque sorte que c'est un droit. » (J. MILLIEZ, *L'euthanasie du fœtus : médecine ou eugénisme ?*, Médecine, Odile Jacob, 1999, p. 62). Par ailleurs, il a été noté que « même s'il n'y a pas de pression flagrante exercée sur la femme pour l'inciter à interrompre sa grossesse suite au diagnostic prénatal, "interrompre" est perçu comme "l'option attendue". Ceci peut expliquer que les femmes qui font "le choix actif" de poursuivre leur grossesse peuvent être l'objet d'attitudes plus négatives que celles qui donnent naissance à un enfant atteint sans diagnostic prénatal. » (*Diagnostic prénatal pratiques et enjeux*, sous la dir. de M. DOMMERGUES et al., Questions en santé publique, Paris : Inserm, 2004, p. 399).

4. La doctrine qualifie l'état actuel de l'association entre diagnostic prénatal et avortement médical de « pratique eugénique diffuse » (D. DIBIE-KRAJCMAN, *Informations génétiques et fonctions médicales : Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, avec une préf. de C. LABRUSSE-RIOU, Thèses, n° 16, Les Études Hospitalières, 2002, Thèse de droit soutenue à l'université de Paris I le 10 avril 2002, p. 163), ou de « pratiques à caractère eugéniste » (B. MATHIEU, *L'appréhension de l'eugénisme par le droit : entre réglementation et interdiction in L'éternel retour de l'eugénisme*, sous la dir. de J. GAYON, D. JACOBI et M.-C. LORNE, Science, histoire et société, Paris : Presses universitaires de France, 2006, p. 263). M. FABRE-MAGNAN indique que « la distinction entre l'individuel et le collectif est bien hasardeuse, tant on sait que la multiplication de choix individuels autorisés par la loi peut conduire globalement à des pratiques collectives. La systématisation du diagnostic de la trisomie 21 a ainsi conduit en France à une diminution du nombre de naissances d'enfants mongoliens. C'est bien une sélection des personnes en vue d'organiser la disparition de ce type de handicap qui est pratiqué et encadré. » (M. FABRE-MAGNAN, *De la sélection à l'eugénisme in La génétique, science humaine*, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN et P. MOULLIER, Débats, Belin, 2004). Voir aussi S. SOLEIL, *Eugénisme français, eugénisme à visage humain ? in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, G. MÉMETEAU, « Le refus de soins à l'enfant conçu », *RDSS*, 1979, p. 327. En philosophie, Cf. la dénonciation vigoureuse et célèbre de J. HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, trad. par C. BOUCHINDHOMME, NRF-Essais, Gallimard, 2001.

décision qu'elle souhaite¹.

La seconde caractéristique de cette information est qu'elle doit être prudente : l'information consécutive à une échographie doit préciser qu'elle n'est qu'un indice² et tout examen doit être précédé d'une information portant sur ses « risques » et « limites³. »

617. Condition de fond du diagnostic prénatal : la particulière gravité de l'affection recherchée. Le diagnostic prénatal a pour condition la « particulière gravité » de l'affection recherchée, tandis que l'avortement pour raison médicale ne peut être pratiqué que lorsqu'il « existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. » Il en ressort que les fœtus souffrant d'affection d'une particulière gravité, mais non incurable ne peuvent faire l'objet d'un avortement, mais peuvent être diagnostiqués, notamment afin d'adapter le suivi de la grossesse et d'anticiper les traitements tant *in utero* que néo-nataux.

Le critère d'inclusion dans le diagnostic prénatal est donc la détermination de la gravité suffisante d'une maladie. Il n'existe pas de liste de maladies considérées comme étant d'une particulière gravité. Dès lors, c'est aux praticiens que revient la détermination de ce qu'est une maladie d'une particulière gravité⁴. Des divergences éthiques vis-à-vis de certaines maladies ont cependant conduit le pouvoir réglementaire à édicter pour certaines pathologies des « règles de bonnes pratiques »⁵ afin d'homogénéiser l'approche et d'éviter des dérives⁶.

1. D. THOUVENIN, *Annexe 8 - Note juridique in Le Dépistage de la trisomie 21 à l'aide des marqueurs sériques maternels : rapport d'étape de la mission confiée par le ministre du travail et des affaires sociales et le secrétaire d'Etat à la santé et à la sécurité sociale*, Ministère du travail et des affaires sociales, déc. 1996, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974014700/0000.pdf> (visité le 24/06/2014), p. 87. À cet argument, on peut objecter que la définition de l'eugénisme comme un plan concerté et organisé étatiquement n'est pas la seule manifestation de l'eugénisme. Beaucoup de praticiens de l'entre deux guerres et avant étaient des eugénistes isolés. L'eugénisme ne suppose ainsi pas nécessairement une organisation étatique. On peut reprendre la définition de l'eugénisme de M. FABRE-MAGNAN : « une législation peut être eugéniste dès lors qu'elle organise ou même seulement autorise, ne serait-ce que sur une base volontaire, des choix individuels, l'accès à une technique de sélection entre les bonnes et les mauvaises naissances, les bons et mauvais caractères. » (M. FABRE-MAGNAN, *De la sélection à l'eugénisme in La génétique, science humaine*, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN et P. MOULLIER, Débats, Belin, 2004).

2. Art. L. 2131-1 al. 8 CSP.

3. Art. L. 2131-1 al. 7 CSP.

4. Certains ont conclu que « La liberté d'appréciation laissée à la conscience du médecin est pratiquement sans limites. » Cl. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, avec une préf. de B. TEYSSIÉ, 182 t., Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1984, p. 29. D'autres soulignent que la seule limite est la conscience du médecin. J. MILLIEZ, *L'euthanasie du fœtus : médecine ou eugénisme ?*, Médecine, Odile Jacob, 1999, p. 127.

5. *Arrêté du 27 mai 2013* modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027533804> (visité le 01/10/2015) modifié par le *Arrêté du 11 mai 2016 modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 modifié fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21*, n° NOR : AFSP1612439A, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/5/11/AFSP1612439A/jo/texte> (visité le 05/09/2016).

6. Concernant le financement, certains diagnostics *in utero* sont effectués à l'occasion d'actes de contrôle financés par l'assurance de grossesse. Il en va ainsi de la mesure de la clarté nucale. D'autres nécessitent des actes de biologie médicale. Par exemple, la biopsie du trophoblaste prélevé par amniocentèse — notamment pour

618. Assistance médicale à la procréation. L'assistance médicale à la procréation a, quant à elle, pour objectif de faciliter la procréation.

619. L'infertilité : une pathologie contournée par l'assistance médicale à la procréation. L'assistance médicale à la procréation « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité¹ ». L'assistance médicale à la procréation a donc pour objectif « d'éviter » ou de « remédier ». Cependant le remède n'en est pas vraiment un puisqu'il ne s'agit pas uniquement de guérir l'infertilité, mais souvent de la contourner. En effet, « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle². » Cet ensemble de techniques ne contient pas de processus permettant la restauration de la fertilité, mais sert justement à la pallier³.

620. L'assistance médicale à la procréation : un but et une diversité de techniques. Le titre consacré à l'assistance médicale à la procréation distingue les pratiques cliniques et les procédés biologiques⁴. Les textes utilisent aussi les termes de « technique » et de « méthode⁵ » d'assistance. La technique désigne un sous-ensemble d'un procédé⁶. Elle peut parfois être interprétée comme la procédure d'assistance médicale à la procréation elle-même⁷, ce qui ne fait plus de doute lorsqu'elle est associée au terme « médical⁸. »

La différence n'est pas mince puisque seuls les procédés biologiques sont soumis à une autorisation préalable générale. Ne peuvent en effet être pratiqués que les procédés inscrits dans « la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation [qui est]

permettre un caryotype fœtal — est prise en charge au chapitre 9.1.6. de la Classification commune des actes médicaux, et le prélèvement sanguin sera pris en charge dans le forfait de la consultation, car c'est un petit geste.

1. Art. L. 2141-2 CSP.

2. Art. L. 2141-1 CSP.

3. Cependant, l'assistance médicale à la procréation entretient des liens intimes avec la maladie puisqu'il est nécessaire pour pouvoir jouir d'une procédure d'assistance médicale à la procréation que « le caractère pathologique de l'infertilité [soit] médicalement diagnostiqué. » (Art. 2141-2 CSP) Sous cet angle, et puisqu'elle sert à trouver « une solution » à une maladie, l'assistance médicale à la procréation peut être interprétée comme étant thérapeutique. Cependant, nous notons que l'assistance médicale à la procréation n'a, d'une part, pas pour vocation à « résoudre » la maladie en tant que telle et que, d'autre part, elle bénéficie d'un encadrement législatif tellement important que l'on ne peut l'analyser comme un acte thérapeutique. La nécessité thérapeutique conditionne par ailleurs l'accès du médecin « aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon ». (Art. L. 2141-6 al. 4 CSP) Il est même permis que l'infertilité potentielle qui serait la conséquence d'une « prise en charge médicale » puisse être prévenue par le recueil et la conservation de ses gamètes ou des tissus germinaux. (Art. L. 2141-11 CSP).

4. Cf. sur cette distinction la première phrase de l'article L. 2141-1 CSP. Voir aussi les articles R. 4121-1 et suivants du code de la santé publique.

5. L'usage de ce terme est anecdotique dans la partie législative (il n'est mentionné qu'à l'alinéa 6 de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique) et dans la partie réglementaire (Art. R. 2141-1 CSP).

6. Cf. Arts. L. 4121-1 al. 4, R. 2141-5 al. 1 CSP.

7. Arts. L. 2141-2 al. 6, L. 2141-6 al. 1, L. 2141-7, L. 2141-10 al. 8 (3° b)) CSP.

8. Art. L. 2141-3 al. 2 CSP : « Compte-tenu de l'état des *techniques médicales*, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. » Nous soulignons.

fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine¹. » Il existe donc une restriction *a priori* des actes biologiques pouvant être mise en oeuvre en matière d'assistance médicale à la procréation. Ces procédés doivent, pour être autorisés, respecter « les principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil² », être fiables et sûrs pour la femme et l'enfant à naître.

Le nombre des pratiques d'assistance médicale à la procréation ne semble pas fixé. Néanmoins, puisque, dans le cadre de la biomédecine³ les pratiques médicales sont tributaires des pratiques biologiques, la limitation des procédures biologiques a pour effet de limiter le nombre des pratiques médicales possibles.

Cependant, les deux types d'actes — médicaux et biologiques — sont soumis à un régime commun : ils doivent répondre aux buts désignés pour l'assistance médicale à la procréation, à son objet et surtout à ses conditions, visées à l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique. Au titre de cet article il n'est possible de pratiquer une assistance que si ces conditions cumulatives sont remplies : 1° que le couple soit composé de deux personnes vivantes de sexes différents et en âge de procréer, 2° que les deux membres du couple consentent préalablement à l'insémination ou au transfert des embryons, 3° qu'aucune dissolution du couple ne soit en cours.

621. L'assistance médicale à la procréation est donc soumise à des règles qui ont pour objectif de la faire coïncider — en apparence du moins — avec l'engendrement naturel.

Ce naturalisme transparait à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique. Il indiquait que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ». ⁴

622. Il est donc nécessaire que soient prouvés à la fois l'infertilité et un certain nombre de paramètres visant à vérifier que le couple aurait pu avoir des enfants naturellement s'il n'était pas atteint d'infertilité. On souhaite donc prouver que la maladie qu'est l'infertilité est la seule raison du recours à l'assistance médicale à la procréation et il revient à une équipe

1. Art. L. 2141-1 CSP.

2. Ces principes existeraient donc hors du code civil. Nous pouvons supposer qu'il s'agit de ceux contenus dans la Convention d'Oviedo et dans le code de la santé publique.

3. Définie comme une alliance de la médecine et de la biologie. Cf. sur ce point Br. FEUILLET-LE MINTIER, *La biomédecine, nouvelle branche du droit ? in Normativité et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, Études Juridiques, Paris : Economica, 2003, p. 3.

4. Le nouveau texte [...] énonce désormais, pour écarter plus nettement l'infertilité « sociale » et ne viser que l'infertilité pathologique : « l'assistance à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple [...] le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué » ⁵. On note que ce naturalisme du droit est de plus en plus incompris. La loi ayant créé une « culture de l'autonomie » (Fr. DREIFUSS-NETTER, « Quels principes pour un droit de la procréation médicalement assistée ? », *Médecine & Droit*, jan. 2011, n° 106, p. 8-11) il est dès lors « devenu difficile pour les couples infertiles de comprendre certains refus de prise en charge par les équipes d'assistance médicale à la procréation, pour des raisons telles que l'âge trop élevé de l'homme (s'il s'agit de la femme, la question est différente, car il existe en outre un obstacle médical) ou leur situation socio-économique. Cette incompréhension est particulièrement aiguë lorsque le veto concerne un couple pour qui les médecins eux-mêmes avaient proposé une conservation de sperme. » (*Ibid.*) Cela est particulièrement vrai dans les cas de conservation de gamètes de manière préventive en matière de traitement oncologique notamment puisque les traitements chimiothérapeutiques ont pour effet de détruire les gonades.

pluridisciplinaire d'apprécier les preuves¹.

623. Les procédures avec tiers donneur ou don d'ovocyte. En matière d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, les règles ont pour objectif de garantir le caractère exceptionnel de la mesure tout en viabilisant la filiation². Pour sécuriser la filiation, celle-ci s'établit préalablement et judiciairement³.

Ces procédures ne peuvent être mises en œuvre que dans des cas limités. Le premier cas vise des maladies potentielles ou existantes. Ainsi, peut être effectuée une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple. Les deux autres cas concernent, ou une inefficacité des procédures d'assistance médicale à la procréation au sein du couple, ou le « renoncement » du couple à une assistance médicale à la procréation au sein du couple⁴.

Les deux premiers cas renvoient aux médecins la détermination des conditions d'admissions de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Ils ont en effet pour mission de déterminer à partir de quel moment l'assistance médicale à la procréation sans tiers donneur est considérée comme ne devant pas être réitérée⁵, et ce qu'est une « maladie d'une particulière gravité ».

« Il revient donc au médecin d'apprécier le type et le degré d'infertilité ou la gravité d'une maladie transmissible justifiant le recours à une assistance médicale à la procréation⁶. » Le médecin devient ainsi celui qui, au vu du droit, autorise ou non la réalisation de l'assistance médicale à la procréation⁷.

1. Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018829426> (visité le 19/06/2014). Le non respect de cette obligation est pénalement sanctionné. Pour une illustration cf. Cass. crim., 29 juin 2010, *Bull. crim.*, 2010, n° 09-81661.

2. Sans tiers donneur, celle-ci s'établit classiquement.

3. Art. 1157-2 code civil. On trouve aussi des similitudes avec l'adoption puisqu'est menée une forme d'enquête sociale similaire à celle en vigueur en matière d'adoption (Art. L. 225-2, R. 225-1 et s. CASF) en cas « d'accueil d'embryon » (Art. L. 2141-6 CSP). Le consentement est reçu devant un juge qui vient s'assurer des conditions d'accueil du couple (Art. L. 2141-6 CSP).

4. Art. L. 2141-7 CSP.

5. Les critères du financement de la sécurité sociale peuvent intervenir ici.

6. P. JOUANNET, *Le médecin face à la procréation légalement assistée in Juger la vie*, sous la dir. de M. IACUB et P. JOUANNET, Cahiers libres, La découverte, 2001, p. 127-139, URL : <http://www.cairn.info/juger-la-vie---page-127.htm> (visité le 19/06/2014).

7. Ainsi, « Le praticien est souvent désorienté face aux choix possibles. La loi ne peut pas et ne doit sûrement pas apporter des réponses détaillées aux multiples questions qu'il pose. Il faut donc élaborer de nouvelles formes de régulation des pratiques. » (*Ibid.*). Le secours du politologue est ici le bienvenu. L'auteur avait passé un temps à observer le fonctionnement d'un CECOS (Acronyme de « Centre d'études et de Conservation des Oeufs et du Spermé »). Il conclut qu'« à travers les raisons médicales, sociales et psychologiques permettant d'y accéder, on découvre les trois registres contemporains de légitimité de la procréation artificielle : la Nature (à travers la notion de stérilité pour causes « médicales »), le Sujet souverain (à travers la notion de « désir d'enfant »), le Social avec ses institutions (le Couple hétérosexuel stable, la Famille avec le « désir parental »). Registres partiellement contradictoires, mais dont un seul est du ressort explicite de la surveillance sanitaire normalement dévolue aux médecins. Or, il semble bien que la profession médicale, si elle dispose dans ce domaine d'un crédit d'autorité indéniable, ne s'autorise pas — ou plus — à affirmer une compétence normative dont l'arbitraire social serait trop apparent. D'où cet effort incessant de naturalisation, de médicalisation. La seconde explication

624. Une catégorie d'actes limitée par le financement. Dans tous les cas, le praticien ne peut être rémunéré à l'acte mais uniquement de manière forfaitaire. Il y a là une manière d'éviter que se constitue une course à la rentabilité et un conflit d'intérêts dans lequel le praticien recherche non l'intérêt du patient, mais un intérêt financier.

Après des errements judiciaires¹, la Classification commune des actes médicaux contient les règles suivantes en matière de procréation² :

- les actes du sous-chapitre 09.02 assistance médicale à la procréation ne peuvent être facturés au-delà du jour du 43^e anniversaire de la femme ;
- une seule insémination artificielle par cycle peut être facturée avec un maximum de 6 pour l'obtention d'une grossesse ;
- 4 tentatives de fécondation *in vitro* avec ou sans micromanipulations peuvent être facturées pour l'obtention d'une grossesse ; on appelle tentative toute ponction ovocytaire suivie de transfert embryonnaire ;
- une demande d'entente préalable globale doit être déposée avant le début du traitement avec mention de la technique utilisée ; si cette technique change, le contrôle médical doit être informé ; l'absence de réponse dans les 15 jours vaut accord ; le biologiste et l'échographiste sont informés de la date de dépôt de l'entente préalable.

Cette limitation est directement causée par le coût très important des actes d'assistance médicale à la procréation³ et dans le but de prévenir des répétitions indues de ce processus. Il faut noter aussi que, comme tous les soins, les procréations technicisées donnent lieu à un « reste à charge » pour la patiente⁴ trouvant leur origine dans le conventionnement du médecin ou l'absence de cotation de certaines pratiques — dont la vitrification.

625. Nous pouvons noter que le régime des actes médicaux non thérapeutiques est une manière pour le législateur de contrôler de manière plus ou moins sévère la réalisation des actes médicaux. Il apparaît que la sévérité du contrôle est corrélée au risque éthique de la pratique. Ainsi, nous constatons que le diagnostic préimplantatoire est plus contrôlé que le diagnostic *in utero*. En matière d'assistance médicale à la procréation, le contrôle est moindre, mais toujours présent et délégué au médecin.

tiendrait aux ressources propres de cette profession : les médecins peuvent se passer des canaux de contrôle social vite édifiés par les juristes, car ils avaient, et depuis longtemps, bâti d'autres digues, échafaudé d'autres parapets. » (D. MEMMI, *Sonder les âmes ou radiographier les corps ? : La régulation sociale du « désir d'enfants » in Juger la vie*, sous la dir. de M. IACUB et P. JOUANNET, Cahiers libres, La découverte, 2001, p. 150–180, URL : <http://www.cairn.info/juger-la-vie---page-127.htm> (visité le 19/06/2014)).

1. La première fixation de limites à ces processus a en effet été annulée par le Conseil d'État (CE, 1/2 SSR, 27 nov. 2000, *Rec. Lebon*, n° 219375) et la Cour de cassation a suivi (Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, *inédit*, n° 07-11994).

2. Au chapitre 09.02 « assistance médicale à la procréation ».

3. L'aide médicale d'État a d'ailleurs vu l'assistance médicale à la procréation écartée de son champ de financement depuis la *Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010* de finances pour 2011.

4. Cf. *Les dépassements d'honoraires*, URL : http://www.fivfrance.com/page_enquete1.html (visité le 05/10/2015).

626. Dans un mouvement strictement inverse à l'assistance médicale à la procréation, l'acte médical peut avoir pour but l'empêchement de la procréation.

β. Actes visant à empêcher la procréation

627. En matière de contraception, la volonté est centrale. On se retrouve ici dans la même situation que pour les actes de chirurgie esthétique. Cependant, et contrairement aux actes esthétiques, il n'y a pas d'obligation d'information préalable concernant les effets secondaires de ces actes médicaux. Cela s'accompagne d'un régime dérogatoire aux règles de l'autorité parentale et un régime financier favorable.

628. C'est le cas pour l'avortement volontaire et, dans une moindre mesure, pour la contraception volontaire.

629. La contraception volontaire. La législation a d'abord permis la contraception réversible avant d'accepter l'irréversible.

630. La contraception réversible. La contraception réversible nécessite un acte de prescription d'un dispositif¹ ou d'un médicament ainsi que sa délivrance ou son administration.

La contraception réversible est normalement soumise au régime classique des actes médicaux : elle fait l'objet d'un consentement normal et sa mise en œuvre est de la compétence du médecin. En termes de prise en charge, la contraception est financée par l'assurance maladie : les consultations sont prises en charge selon le système normal, comme les médicaments et dispositifs. Toutefois, ne sont pas ou peu remboursés certains médicaments contraceptifs² comme cela est possible pour certains médicaments ou dispositifs médicaux.

631. Il existe néanmoins un régime dérogatoire en matière de contraception à destination des mineurs et des personnes se présentant dans les centres de planification. Les centres de planification et d'éducation familiale peuvent héberger des activités médicales³, supportent le prix des contraceptions⁴ et peuvent délivrer des contraceptifs⁵, y compris dans le secret⁶. Concernant les mineurs, ceux-ci peuvent se voir délivrer des contraceptifs sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale, y compris dans le secret⁷.

Par ailleurs, les contraceptifs bénéficient d'une dérogation au monopole médical. En effet, les infirmiers et infirmières peuvent renouveler des prescriptions de médicaments contraceptifs

1. Comme les dispositifs utérins, les « stérilets ».

2. Comme les « pilules de troisième génération » et les préservatifs.

3. Pour une liste des activités de ces centres, cf. l'article R. 2311-7 du code de la santé publique.

4. Art. L. 2311-4 CSP.

5. Art. L. 2311-4 CSP. Cette délivrance ne peut être faite que par un pharmacien ou, par dérogation, par le directeur ou un autre médecin du centre à la condition qu'ils soient autorisés par le directeur de l'ARS (Art. R. 2311-13 CSP).

6. Ce qui permet de ne pas informer les titulaires de l'autorité parentale. Cela est permis par la possibilité pour ces centres de délivrer gratuitement les contraceptifs.

7. Art. L. 5134-1 CSP.

oraux¹. Ceux-ci, dispensés par les pharmaciens², peuvent l'être dans l'année suivant la fin de validité d'une ordonnance de contraceptifs oraux mais pas au-delà d'un an³. L'article R. 5134-4-1 du code de la santé publique précise que cela est possible « afin de permettre la poursuite d'un traitement contraceptif ». Enfin, les sages-femmes sont compétentes pour insérer, suivre et procéder au retrait des dispositifs intra-utérins et des implants contraceptifs⁴.

632. La contraception dite d'urgence⁵ est aussi réglementée. Elle est notamment permise dans les pharmacies⁶ au sein des établissements d'enseignement du second degré et au-delà⁷. Pour les mineurs, une gratuité est possible auprès des centres de planification ou pour la délivrance de contraception d'urgence. La contraception réversible suit donc le régime des actes thérapeutiques, sauf concernant les personnes mineures.

633. Il en va tout autrement de la contraception irréversible, notamment en ce qui concerne son accessibilité.

634. *La contraception irréversible.* L'article L. 2123-1 du code de la santé publique reconnaît à la contraception irréversible la nature « d'acte chirurgical ». « La ligature des trompes⁸ ou des canaux déférents à visée contraceptive⁹ » est l'acte qui était à l'origine visé par la modification de l'article 16-3 du code civil. Mais la stérilisation contraceptive n'est pas un acte thérapeutique¹⁰, ce qui nécessite une adaptation de son régime.

635. *Régime de la stérilisation contraceptive chirurgicale.* L'acte est en effet autorisé à trois conditions : la personne doit être majeure¹¹, la personne doit être informée¹² et enfin, elle doit bénéficier d'un délai de réflexion de quatre mois¹³. Le législateur a fortement insisté sur la condition d'information, précisant, en plus du contenu de l'information et de la remise d'un dossier écrit¹⁴ que « la personne majeure intéressée [doit avoir] exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences¹⁵. » Ce

1. Art. L. 4311-1 CSP. Dans ce cas, elles doivent inscrire sur l'ordonnance originale un certain nombre de mentions (art. D. 4311-15-1 CSP.).

2. Art. R. 5132-6 CSP.

3. Arts. L. 5125-23-1, R. 5134-4-1 CSP. L'article R. 5134-4-2 du code de la santé publique permet cependant de déroger à ces règles à certaines conditions.

4. Art. R. 4127-318 CSP.

5. Les molécules utilisées ont pour effet de retarder l'ovulation, elles auraient aussi un effet sur la mobilité des spermatozoïdes. *Contraception d'urgence*, Organisation mondiale de la Santé, juil. 2012, URL : <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/fr/> (visité le 01/10/2015).

6. Art. L. 5134-1 al. 3 CSP. Cela est gratuit pour les mineurs.

7. Art. L. 5134-1 al. 3. CSP, arts. D. 5134-5 CSP et s.

8. La loi sous-entend ici « de Fallope ».

9. Art. L. 2123-1 CSP.

10. En effet, il n'y a pas de lésion de l'appareil génital lorsqu'il permet la reproduction.

11. Art. L. 2123-1 al. 1^{er} CSP.

12. Cette information est faite par oral et par écrit. Art. L. 2123-1 CSP.

13. Art. L. 2123-1 al. 6 CSP.

14. Art. L. 2123-1 al. 3 CSP.

15. Art. L. 2123-1 al. 1^{er} CSP.

régime est donc clairement dérogatoire au droit commun dans lequel l'information ne doit pas être donnée par écrit et dans lequel un délai de réflexion de 4 mois n'est pas exigé. *Enfin*, l'article prévoit que l'acte doit être effectué dans un établissement de santé et après consultation d'un médecin. L'article sous-entend bien sûr que ce sera un médecin qui l'effectuera¹.

636. Il est nécessaire que la contraception soit consentie et que ce consentement soit éprouvé. Or, il avait été demandé de pouvoir stériliser sans leur consentement les « personnes majeures dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié leur placement sous tutelle ou sous curatelle² ». Cela justifie alors un contrôle par un juge à la suite de l'avis d'un comité d'experts³. Il faut noter que cela n'est possible que « lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement⁴. »

637. Si le régime applicable à la stérilisation contraceptive a pour objectif d'éprouver le consentement de la personne le demandant, les dispositions relatives à l'avortement volontaire ont pour objet de faciliter la décision de la femme enceinte.

638. L'avortement volontaire. Malgré les appels à faire de l'IVG « un acte médical comme les autres⁵ », il faut constater que, juridiquement, il n'est en rien un acte médical comme les autres⁶. L'avortement volontaire est même un acte au régime dérogatoire à de multiples points de vue.

639. Le premier constat que l'on peut dresser est la forte liberté qui a été conférée à la femme⁷. Mise à part la limitation aux 12 premières semaines de grossesse, la femme enceinte est souveraine dans sa décision. Le contrôle de la détresse de la femme par le médecin⁸ ayant

1. Art. L. 2123-1 al. 2 CSP. Cette dernière condition n'est pas étonnante puisqu'il s'agit d'un acte chirurgical et que les actes chirurgicaux sont normalement réservés aux médecins.

2. Art. L. 2123-2 CSP.

3. Ce comité est réglementé aux articles R. 2123-1 et suivants du code de la santé publique.

4. Art. L. 2123-2 CSP.

5. Cf. notamment D. BOUSQUET et Fr. LAURANT, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG*, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires, n° 2013-1104-SAN-009, Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 nov. 2013, URL : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_ivg_volet2_v10.pdf (visité le 20/02/2016), Rapport en réponse à la saisine de la Ministre des Droits des femmes, Madame Najat VALLAUD-BELKACEM.

6. Cette expression est au demeurant assez vague du fait de l'indétermination du terme « autres ». Quels sont « les autres » actes médicaux ? Ceux non stigmatisés, ceux qui paraissent « normaux » ? Dès lors, c'est aux actes thérapeutiques que cette expression fait référence, ce qui augmente encore l'effet de contraste et nous permet d'affirmer que la volonté de ceux qui veulent que cet acte soit un « acte médical comme les autres » s'exprime mal, puisque si cet acte devenait un acte médical au régime proche des actes thérapeutiques il serait soumis à leur régime : prise en charge partielle, autorisation et information des patients, etc. Nous pouvons par ailleurs trouver une illustration de la spécificité de cet acte dans l'alinéa 3 de l'article L. 2212-7 du code de la santé publique. Celui-ci distingue les actes médicaux et les soins de l'interruption volontaire de grossesse.

7. Elle a été considéré comme un « droit fondamental [...] pour toutes les femmes, en France, en Europe et dans le monde ». Ce droit fondamental est alors conçu comme la directe conséquence du « droit universel des femmes à disposer librement de leur corps ». *Résolution réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe*. 26 nov. 2014, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/ta/ta0433.pdf> (visité le 26/11/2015).

8. Puisque seul un médecin peut pratiquer ces interventions. Art. L. 2212-2 CSP.

été supprimé¹, sa volonté seule suffit à permettre la réalisation de l'acte². Cette volonté³ sera mise à l'épreuve au cours de deux consultations séparées d'une semaine de réflexion. Elle sera éclairée à ces occasions par un « dossier-guide⁴ » remis lors de la première consultation. Si la femme enceinte qui le demande est mineure, sa volonté s'exprime en dehors de la présence de ses parents. Ceux-ci peuvent par ailleurs ne pas être informés et la femme est alors accompagnée par une personne majeure⁵.

640. Bilan. Les actes relatifs à la procréation sont contrastés concernant le consentement qui est exigé. Certains laissent une très grande place à la volonté des femmes tandis que d'autres restreignent son efficacité en la soumettant à un contrôle médical important. Dans tous les cas, cette volonté ne peut s'exprimer que lorsque l'acte est autorisé et que l'expression de la volonté est permise. La volonté est ainsi inefficace pour l'avortement d'un fœtus de plus de 12 semaines ou pour l'avortement d'un fœtus atteint d'une maladie non grave, ou pour un diagnostic préimplantatoire hors des cas visés par la loi, etc. Par ailleurs, ces actes sont dans leur majorité pris en charge voir totalement pris en charge pour les mineures⁶.

641. Les actes relatifs à la procréation sont tantôt très ouverts tantôt soumis à une procédure et à un contrôle, à l'instar des actes médicaux en fin de vie.

ii. Actes médicaux en fin de vie

642. Si les actes antalgiques sont des actes thérapeutiques du fait que la douleur est considérée comme une maladie⁷, la fin de vie a suscité l'autorisation d'actes ne visant plus à résoudre la pathologie, mais l'apaisement de la souffrance ou la provocation de la mort.

643. Les actes létaux. Les dispositions relatives à la fin de vie opposent deux types de comportement : l'abstention et l'action. En matière d'abstention, c'est la question de l'arrêt de soins qui est au centre des débats. Il a été récemment précisé que « La nutrition et l'hydratation artificielles constituent un traitement » afin notamment de pouvoir les arrêter dans les conditions de l'article L. 1110-5-3 du code de la santé publique⁸. Concernant les actes médicaux, ils ont la particularité d'être potentiellement létaux. Mise à part l'euthanasie « active » qui est interdite,

1. Par la *Loi n° 2014-873 du 4 août 2014* pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Art. 24.

2. Art. L. 2212-1 CSP.

3. Il est en effet assez déplacé de parler ici de « consentement ». Cf. sur ce point M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

4. *Interruption volontaire de grossesse : Dossier-guide*, Ministère de la santé, de la jeunesse et des sports, nov. 2007, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_interruption_volontaire_de_grossesse.pdf (visité le 01/10/2015).

5. Art. L. 2212-7 CSP. Dans ce cas, « l'intégralité des dépenses exposées à l'occasion des interruptions volontaires de grossesse pratiquées [...] est prise en charge par les organismes d'assurance maladie. » (Art. L. 132-1 CSS. Voir aussi l'article D. 132-1 du code de la sécurité sociale).

6. *Décret n° 2016-865 du 29 juin 2016 relatif à la participation de l'assuré pour les frais liés à la contraception des mineures d'au moins quinze ans* modifiant l'article R. 160-17 du code de la sécurité sociale.

7. Cf. *supra* n° 103, p. 61.

8. Sur ces décisions médicales, cf. *supra* n° 73 et s., p. 46 et s.

sont prévus la sédation profonde¹ et le traitement antalgique à double effet². Si le traitement antalgique pouvant abrégé la vie peut être mis en place après une simple information du patient et dans le cas où celui-ci subit une « souffrance réfractaire » et est « en phase avancée ou terminale », la sédation profonde ne peut être pratiquée que si cette affection est « grave et incurable », si le « pronostic vital est engagé à court terme » et si la personne présente une souffrance réfractaire aux traitements, ou pour le cas où le patient a pris la décision d'arrêter le traitement d'une affection grave et incurable qui provoquerait un engagement de « son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable. » Dans tous les cas, cette sédation n'est possible qu'« à la demande du patient ».

Il y a donc pour ces actes une procédure plus stricte pour leur mise en oeuvre.

644. C'est toujours un régime imposant un certain contrôle qui est appliqué en matière d'actes transformant l'aspect du corps.

iii. Les actes transformant l'aspect du corps

645. Certains actes sont motivés par un désir personnel et extérieur à l'appréciation des médecins. Cela est vrai depuis longtemps pour la circoncision rituelle (β .) et cela a été accepté depuis la première guerre mondiale pour la chirurgie esthétique (α .).

α . La chirurgie esthétique

646. Créés à la suite des traitements inventés pour les *gueules cassées* de la Première Guerre mondiale, les traitements de médecine et de chirurgie esthétique ont progressivement été autorisés jusqu'à être reconnus par la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* par la création des articles L. 6322-1 et L. 6122-2 du code de la santé publique³.

La principale particularité des soins esthétiques est le régime de l'information qui leur est désormais préalable⁴. Ainsi, pour toute « prestation de chirurgie esthétique », une information préalable portant sur les conditions, les risques et éventuelles conséquences et complications de l'intervention est-elle obligatoire. Un délai minimum de 15 jours de réflexion est imposé⁵. L'information porte aussi sur le coût et un devis détaillé est remis au patient qui ne peut se voir exiger durant la période de réflexion aucune contrepartie et aucun engagement. Si un dispositif

1. Introduite par la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* à l'article L. 1110-5-2 du code de la santé publique.

2. Art. L. 1110-5-3 CSP.

3. Deux types de règles sont prévues : des règles administratives à l'article L. 6322-1 et des règles procédurales relatives à l'information et au consentement du patient à l'article L. 6322-2 du code de la santé publique.

4. Art. L. 6322-2 CSP reprenant l'état de la jurisprudence antérieure. Cet article impose de révéler les risques, les conséquences et les éventuelles complications.

5. Art. D. 6322-30 CSP. Cet article précise qu'« il ne peut être en aucun cas dérogé à ce délai, même sur la demande de la personne concernée. » Il eut été plus efficace de préciser que cet article est d'ordre public.

médical implantable est utilisé, le patient doit être informé sur celui-ci préalablement à l'acte¹ et, une fois les soins effectués, une information écrite lui est remise².

Ici, le praticien est débiteur d'une obligation de moyens renforcée³ portant sur une exigence de particulière proportionnalité, le respect rigoureux des règles de l'art et le respect particulier de la règle *primum non nocere*. Il faut noter aussi que l'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'est pas possible pour ces actes⁴.

647. L'absence de prise en charge de la chirurgie esthétique. L'article L. 6322-1 *in fine* du code de la santé publique dispose que « l'activité [de chirurgie esthétique], objet de l'autorisation, n'entre pas dans le champ des prestations couvertes par l'assurance maladie au sens de l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale⁵. » Il est suivi en cela par la Circulaire DGS/SD 2B/DHOS/O4 n° 2005-57 6 du 23 décembre 2005 *relative à l'autorisation et au fonctionnement des installations de chirurgie esthétique* qui dispose que « les actes de chirurgie esthétique ne sont pas couverts par l'assurance maladie en application de l'article L. 321-1, 1° , du code de la sécurité sociale et aux termes de l'article L. 6322-1 du code de la santé publique. »

La situation est donc parfaitement claire : il n'est pas possible que les activités de soins esthétiques soient prises en charge par l'assurance maladie⁶. La direction générale de la santé du Ministère de la Santé précise que « ces actes ne sont pas pris en charge par les organismes d'assurance maladie, car ils sont considérés comme des actes de confort⁷. » Il en va de même en matière de taxe sur la valeur ajoutée puisque les actes esthétiques ne peuvent bénéficier d'une exonération de taxe sur la valeur ajoutée⁸.

1. Art. D. 6322-30-1 CSP modifié par le *Décret n° 2015-1171 du 22 septembre 2015* relatif à l'information à délivrer à la personne concernée préalablement à une intervention de chirurgie esthétique et postérieurement à l'implantation d'un dispositif médical.

2. Art. R. 5212-42 CSP.

3. B. CAZEAU, *Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information portant sur les dispositifs médicaux implantables et les interventions à visée esthétique*, Rapport parlementaire, Sénat, 10 juin 2012, URL : <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf> (visité le 20/06/2014), p. 68 ; A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale*, Dalloz référence, Dalloz, 2004, 2^e édition, n° 37.23, p. 133.

4. Cf. L 1142-3-1 CSP.

5. L'article 321-1 1° du code de la sécurité sociale dispose que « l'assurance maladie comporte la couverture des frais de médecine générale et spéciale, des frais de soins et de prothèses dentaires, des frais pharmaceutiques et d'appareils, des frais d'examen de biologie médicale, y compris la couverture des frais relatifs aux actes d'investigation individuels, des frais d'hospitalisation et de traitement dans des établissements de soins, de réadaptation fonctionnelle et de rééducation ou d'éducation professionnelle, ainsi que des frais d'interventions chirurgicales nécessaires pour l'assuré et les membres de sa famille, au sens fixé par l'article L. 313-3, y compris la couverture des médicaments, produits et objets contraceptifs et des frais d'examen de biologie médicale ordonnés en vue de prescriptions contraceptives ».

6. Cependant, les dommages résultant de ces activités sont indemnisables selon la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* en ce qui concerne les accidents médicaux, affections iatrogènes ou infections nosocomiales. Cf. *Rapport annuel au Parlement et au Gouvernement*, Commission nationale des accidents médicaux, 2004, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_CNAMED_04-05.pdf (visité le 07/04/2014), p. 31.

7. *Rapport sur les actes à visée esthétique*, sous la dir. de DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, Ministère en charge de la santé, déc. 2008, URL : <http://www.esthetic-planet.com/docutiles/rapport-dgs.pdf> (visité le 28/02/2014), p. 16.

8. Sur ce point cf. CJUE, *Skatterverket c. PFC Clinic AB*, 21 mar. 2013, aff. C-91/12, §29. La CJUE énonce

648. Le régime de la chirurgie esthétique est tourné vers la responsabilisation et la protection du patient. Le patient choisit en connaissance de cause, en étant parfaitement informé de toutes les conséquences des actes et des conséquences tant physiologiques que financières. On s'écarte donc du régime général des actes médicaux en ce que l'information est appesantie et que les interventions ne sont pas financés. Si la chirurgie esthétique est aujourd'hui réglementée, ce n'est pas le cas de la circoncision.

β. Les actes rituels, l'exemple de la circoncision

649. Histoire des fonctions sociales de la circoncision. Signe de l'Alliance, l'ablation du prépuce de l'enfant est commune aux musulmans et aux juifs. Cette pratique s'est récemment répandue dans le monde séculier¹ à des fins autres que religieuses. Elle trouve alors deux justifications. La première est l'emprunt de ce rituel en sa qualité de rite de passage au cours duquel « l'individu mutilé est séparé du reste de la population par un rite et en même temps intégré à un autre groupe spécifique². » Certaines études³ montrent que l'habitude de la circoncision a fini par primer sur la décision, indiquant par là la prédominance du caractère de « rite de passage. » La seconde justification est prophylactique. Outre l'amélioration supposée de l'hygiène sexuelle, cette opération permettrait une vie plus saine par l'évitement de la masturbation. Ont aussi été avancées des réductions du taux de transmissions du virus de l'immunodéficience humaine⁴.

650. La circoncision peut aussi être proposée pour résoudre les questions relatives au phimosis. Le phimosis est un rétrécissement du prépuce qui, dans la majorité des cas, se résorbe naturellement avant 6 ans, par des décalotages spontanés du prépuce. Une forme pathologique, le paraphimosis, trouve sa thérapeutique dans la circoncision médicale. Sont ainsi évitées de graves complications — nécrose du gland par exemple. Il s'agit alors d'un acte médical justifié par une nécessité thérapeutique évidente et remboursée par la sécurité sociale⁵. L'atteinte au corps humain est ici justifiée par un intérêt thérapeutique préventif évident.

ainsi que « lorsque l'intervention répond à des fins purement cosmétiques, elle ne saurait relever de ces notions [de "soins médicaux" et "soins à la personne"] » au sens de l'article 132 de la directive taxe sur la valeur ajoutée et qu'elle ne saurait donc être exonérée de taxe sur la valeur ajoutée. La Cour a été sur ce point suivie par le Gouvernement (Rép. min. Cazeneuve, J.O.AN, 29 oct. 2013, p. 11321 à QE Decool et a., J.O.AN, 30 avr. 2013, p. 4635), l'administration (Res. n° 2012/35, 10 avr. 2012, BOFP-I, 27 sept. 2012.) et le Conseil d'Etat français (CE, 8^e et 3^e ss-sect, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique (SNCPRE)*, 5 juil. 2013, n° 363118; CE, 8^e et 3^e ss-sect, *Société française de médecine morphologique et anti-âge (SOFMMAA)*, 5 juil. 2013, n° 364129; CE, 8^e et 3^e ss-sect, *Syndicat national des dermatologues vénérologues*, 5 juil. 2013, n° 364147.).

1. *Circoncision masculine : contexte, critères et culture (1ère partie)*, 26 fév. 2007, URL : <http://www.unaids.org/fr/Resources/PressCentre/Featurestories/2007/February/20070226MCpt1/>.

2. Y. BARBRÉ, « Circoncision », *Encyclopedia Universalis*, 2012.

3. M. S. BROWN et Ch. A. BROWN, « Circumcision decision : proeminence of social concerns », *Pediatrics*, 1987, vol. 80, 2, p. 215–219.

4. A. VARDI et L. G. and. JEAN-PIERRE BOITEUX, « Circoncision et VIH », *Progrès en Urologie*, 2008, vol. 18, 6, p. 331–336.

5. Code JHEA003 de la Classification commune des actes médicaux « réduction chirurgicale d'un paraphimosis » avec anesthésie.

Ces deux cas rattachent la circoncision au régime des actes médicaux thérapeutiques.

651. Motivée par des considérations religieuses, la circoncision est réalisée par une personne qualifiée. Pour les juifs, il s'agit du « mohel ». Il peut être médecin. Le titre de *mohel* a été réglementée par une ordonnance royale du 25 mai 1844 qui demandait à ce que les mohels soient nommés par les instances dirigeantes du culte (consistoire). Cette coutume permet à des non-médecins de pratiquer ces actes sans être poursuivis pour exercice illégal¹ ou violences volontaires.

652. Circoncision et autorité parentale. Le droit vient préciser d'une part que cette atteinte grave, n'étant pas un acte usuel de l'autorité parentale², ne peut être pratiquée qu'avec l'assentiment de tous les titulaires de l'autorité parentale, conformément à l'article 372 alinéa 1^{er} du code civil.

653. La circoncision : une mutilation tolérée. D'autre part, le droit vient régler la responsabilité consécutive à cette opération. Si le mohel n'est pas médecin, il peut en effet être, en toute théorie, poursuivi pour exercice illégal de la médecine et pour mutilations volontaires. Cette intervention n'est cependant pas réprimée. Dans le cas où cet acte rituel est pratiqué comme un acte médical, qu'il soit ou non thérapeutique, il semble que la responsabilité médicale civile soit encourue, mais uniquement pour faute dans sa réalisation³. Cela nous amène à conclure que, dans son principe, la circoncision n'est pas réprimée. Il existe donc une autorisation tacite de la loi ou une coutume qui pourrait venir justifier pénalement ces actes⁴. On peut toutefois constater que les juges ont tendance à ne pas réprimer le circonciseur qui disposerait de connaissances

1. Nous devons en effet nous rendre compte que ces interventions sont pratiquées depuis longtemps sans que les circonciseurs non-médecins soient inquiétés pour exercice illégal de la médecine.

2. Faire procéder à une circoncision sans informer l'autre parent est une atteinte à ses droits. CA Versailles, 10 juin 2010, n° 09/03721, n° JurisData : 2010-009691. Une Cour a rattaché la décision de faire circoncire l'enfant à l'autorité parentale qui implique le droit de prendre des décisions en matière religieuse CA Nancy, 5 oct. 2009, n° 08/00269, n° Jurisdata : 2009-0233366. Cependant, le fondement de cette obligation du consentement est l'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant CA Lyon, 20 juil. 2007, n° 07/00186, n° Jurisdata : 2007-346158. Dès lors que la circoncision ou la tentative de circoncision menée par l'un des parents sans l'accord de l'autre affectent l'enfant psychologiquement et physiquement, l'exercice de l'autorité parentale peut être limité. CA Orléans, 14 mar. 2006, n° 05/02328, n° Jurisdata : 2006-310764.

3. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, *Bull. civ.*, n° 363, p. 262, n° 92-17767.

4. Cette justification pénale est ancienne. En effet, à Rome, « les Juifs pratiquaient la circoncision ; on la confondit d'ailleurs à Rome avec la castration ; c'est pourquoi l'empereur Hadrien interdit la circoncision, ce qui provoqua chez les Juifs de tels mouvements de révolte, que son successeur dut revenir sur ces mesures. » A. GARNIER, *Le délit d'exercice illégal de la médecine*, Domat-Montchrestien, 1937, p. 16. Cette tolérance se poursuit encore. Pour un résumé de diverses décisions, cf. l'article d'un journaliste écrivant sur son blog de manière anonyme : « La cour d'Appel de Douai confirme la relaxe pour une circoncision ratée pratiquée sur la table de la cuisine » 16 juin 2010, URL : <https://penseesdoutrepolitique.wordpress.com/2010/06/16/la-cour-dappel-de-douai-confirme-la-relaxe-pour-une-circoncision-ratee-pratiquée-sur-la-table-de-la-cuisine/> (visité le 02/10/2015).

médicales¹. On suit cependant L. DEGOY lorsqu'au sujet d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris² elle note que les juges retiennent l'absence de nécessité médicale de l'acte pour sanctionner le défaut de consentement de l'un des parents, mais que ces juges ne déduisent pas de cette absence l'illicéité de l'acte³. Il s'agit donc ici d'une tolérance judiciaire manifeste⁴ qui a suscité des débats. Une récente décision du Tribunal de Cologne suivie d'une résolution du Conseil de

1. Dans un arrêt, la prévenue a ainsi été relaxée de la prévention de complicité de violence volontaire sur son fils pour une circoncision. Assez étonnamment, les juges précisent que « selon toute vraisemblance l'intervention en question a été réalisée par une personne non qualifiée sur le plan médical » ce qui signale une forme de désapprobation de leur part, bien que la répression soit dirigée contre la mère et non contre le circonciseur. CA Grenoble, *Mme Ait... c/ ministère public*, 7 nov. 2012, n° 12/00293.

2. CA Paris, 29 sept. 2000 ; *D.*, p. 1585, note DUVERT.

3. L. DEGOY, *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013, n° 192, p. 139.

4. L'opération de circoncision peut être effectuée de manière rituelle par un circonciseur qui est souvent médecin ou en milieu hospitalier par un médecin. Elle est qualifiée de d'intervention par Conseil d'État dans la décision *Joseph Imbert d'Arles*. (CE, sect., *Joseph Imbert d'Arles*, 3 nov. 1997, *Rec. Lebon*, n° 153686 ; *RFDA*, p. 90, concl. V. PÉCRESSÉ). Le coût de cette intervention est compris entre 500 et 1000 euros. (*Question écrite n° 30856 au Ministère de la santé, jeunesse, sports et vie associative*, *J.O.R.F.*, 16 sept. 2008, p. 7951, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-30856QE.htm> (visité le 29/07/2013), *Question écrite n° 114460 au Ministère de la santé*, *J.O.R.F.*, 19 juil. 2011, p. 7814, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-114460QE.htm> (visité le 29/07/2013)) La prise en charge de la circoncision est normalement réservée aux actes thérapeutiques. Le code de l'acte à la Classification commune des actes médicaux est ainsi contenu dans la section « actes thérapeutiques sur le pénis » et désignée par le nom « posthectomie » (Classification commune des actes médicaux V29, section 08.03.03.01 « Plastie du pénis », acte n° JHFA009 et accompagnée de la précision « indication : troubles pathologiques induits par un phimosis ».) La classification précise alors qu'il faut répondre aux « troubles pathologiques ». Cette précision écarte ainsi tout recours rituel à l'acte de posthectomie.

Il est donc parfaitement illégal de faire prendre en charge une circoncision rituelle en codant un acte de posthectomie pour trouble pathologique du phimosis alors que cette pathologie n'a pas été diagnostiquée. Cette pratique semblerait assez répandue comme le confirment les questions écrites faites aux gouvernements lorsqu'ils font état d'un coût total pour l'assurance maladie de 9 millions d'euros par an (*Question écrite n° 30856 au Ministère de la santé, jeunesse, sports et vie associative*, *J.O.R.F.*, 16 sept. 2008, p. 7951, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-30856QE.htm> (visité le 29/07/2013), *Question écrite n° 114460 au Ministère de la santé*, *J.O.R.F.*, 19 juil. 2011, p. 7814, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-114460QE.htm> (visité le 29/07/2013)). Il est donc possible de supposer que cette intervention est souvent pratiquée et financée au mépris des interdictions. Cf. la réponse ministérielle aux questions écrites — strictement identique pour les deux — : « Le champ de l'assurance maladie défini par l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale couvre les soins nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'état de santé des personnes. Il en est ainsi des actes thérapeutiques destinés à la réduction d'un phimosis. En revanche, la circoncision rituelle pour motifs religieux n'entre pas dans ce cadre, de même que les actes médicaux pratiqués pour d'autres motifs personnels, esthétiques ou de confort. Ainsi, lorsque la circoncision n'obéit qu'à des considérations religieuses sans raison médicale, il n'est pas envisageable qu'elle soit prise en charge financièrement par l'assurance maladie. En ce qui concerne les problèmes de santé induits par la pratique de la circoncision, il convient de rappeler que l'acte médical relève, aux termes de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, de la compétence exclusive du médecin, et doit donc être réalisé dans les mêmes conditions de sécurité et de suivi médical, quelles que soient ses modalités de prise en charge. Le praticien engage sa responsabilité et s'expose à des recours. Compte-tenu de la relativité du sujet, un plan d'action spécifique apparaît difficilement envisageable ; en cas de mise à jour d'abus manifestes, les sommes indûment versées doivent cependant faire l'objet d'un remboursement à l'assurance maladie. » *Question écrite n° 30856 au Ministère de la santé, jeunesse, sports et vie associative*, *J.O.R.F.*, 16 sept. 2008, p. 7951, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-30856QE.htm> (visité le 29/07/2013), *Question écrite n° 114460 au Ministère de la santé*, *J.O.R.F.*, 19 juil. 2011, p. 7814, URL : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-114460QE.htm> (visité le 29/07/2013).

l'Europe ont ainsi contesté ces décisions¹.

654. Pour le cas où seraient réprimées des circoncisions sur le fondement des violences volontaires comme ce fut le cas en Allemagne², deux options sont possibles. D'une part, créer une autorisation explicite de la loi. D'autre part, pratiquer ces actes dans les conditions de la chirurgie esthétique. En effet, lorsqu'il réglemente les « intervention[s] de chirurgie esthétique³ », le législateur ne précise pas à quelles interventions ni à quelle esthétique il fait référence. En application de l'adage *ubi lex*, il est impossible de distinguer là où le législateur n'a pas distingué. Si l'on pense naturellement que les « intervention[s] de chirurgie esthétique » sont les interventions visant à « corriger » une forme du corps jugée inesthétique, car ne répondant pas à des canons de beauté définis subjectivement par le patient, il ne faut pas s'y limiter puisque la loi ne distingue pas. Dès lors, cette réglementation est applicable à tous les actes qui, dépourvus de but thérapeutique, ont pour objectif de conformer le corps à une forme idéale ou à une esthétique particulière, peu important que la « beauté » soit inspirée par des considérations religieuses comme c'est le cas pour la circoncision, ou sociales comme c'est le cas pour la beauté⁴.

655. Si les actes autorisés au bénéfice de la personne elle-même sont divers et bénéficient de régime variés, il faut constater que les actes autorisés au bénéfice de tiers sont moins nombreux et disposent d'un régime plus homogène.

b. Actes autorisés au bénéfice d'un tiers

656. Il est possible de pratiquer un acte médical sur le corps d'une personne au profit d'un tiers. Ce peut être un tiers désigné — un frère, un fils —, mais également une personne anonyme comme c'est le cas en matière de don de produits et d'éléments du corps humain. Ce peut être aussi un acte au profit d'une personne non identifiable, d'une communauté. C'est le cas en matière de don d'organes.

657. Le législateur a, en autorisant ces pratiques, précisé à leur réglementation. Il faut distinguer deux types d'actes : les actes nécessaires à la mise en circulation de produits et

1. Ainsi, une résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a-t-elle été prise (*Les droits des enfants à l'intégrité physique*, Résolution 1952 (2013), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1^{er} oct. 2013, URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=fr> (visité le 25/11/2015)) après qu'un tribunal allemand s'est opposé à ces pratiques (Landgericht Köln (Allemagne), *Dr. K... c. Ärzetachen and Straftaten nach dem Heilpraktikergesetz*, 7 mai 2012, *D.*, 2012, p. 2044, n° Wa. 151 Ns 169/11, URL : <https://adam1cor.files.wordpress.com/2012/06/151-ns-169-11-beschneidung.pdf>). Certains hôpitaux ont aujourd'hui choisi de ne plus pratiquer ces interventions (cf. *Nantes. Finies les circoncisions rituelles au CHU* 7 sept. 2015 : *Ouest France*, URL : <http://www.ouest-france.fr/nantes-finies-les-circoncisions-rituelles-au-chu-3667010> (visité le 12/09/2015)).

2. Landgericht Köln (Allemagne), *Dr. K... c. Ärzetachen and Straftaten nach dem Heilpraktikergesetz*, 7 mai 2012, *D.*, 2012, p. 2044, n° Wa. 151 Ns 169/11, URL : <https://adam1cor.files.wordpress.com/2012/06/151-ns-169-11-beschneidung.pdf>.

3. Art. L. 6322-1 al. 1 CSP.

4. Et ces actes sont possibles sur les mineurs. Cf. Art. L. 6322-2 CSP.

d'éléments du corps humain (i.), et les actes relatifs à la recherche médicale (ii.).

i. Actes nécessaires à la circulation de produits et d'éléments du corps humain

658. Le code de la santé publique distingue clairement les actes qui ont pour objectif de faire circuler un élément ou un produit du corps humain, des actes sur des éléments et produits du corps humain prélevés à des fins autologues ne donnant lieu à aucune conservation¹.

Nous nous focaliserons sur l'acte pratiqué sur une personne au bénéfice d'un tiers et non sur l'acte pratiqué sur la personne à son bénéfice car celui-ci est régi par les règles relatives aux actes thérapeutiques.

Cependant, ce n'est pas tant le but — thérapeutique ou non thérapeutique pour la personne — que regarde le législateur, mais la séparation pérenne de l'élément ou du produit. Ainsi, même en cas de prélèvement autologue, qui est un prélèvement au bénéfice de la personne elle-même, le législateur le soumet aux dispositions du livre du code de la santé publique consacré au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, puisqu'il y a conservation ou préparation des produits ou éléments du corps humain².

Dès lors, seuls les prélèvements seront étudiés dans ce paragraphe. Il faut cependant noter que lorsque les textes mentionnent la greffe, ils font référence à deux actes : l'acte de greffe proprement dit et l'activité de greffe en général, c'est-à-dire à l'ensemble « prélèvement - transport - greffe ». On trouve la même polysémie en matière de transfusion sanguine où l'on parle plus volontiers de la transfusion — notamment avec les centres de transfusion sanguine — que de la « collecte ».

659. Principes généraux. En matière de prélèvement, le code de la santé publique inclut un titre relatif aux « principes généraux » au sein du livre consacré au « don et [à l']utilisation des éléments et produits du corps humain³ ». Il y rappelle les différents principes comme la poursuite d'une finalité « médicale ou scientifique⁴ », l'exigence d'un consentement⁵, l'interdiction de la publicité pour un établissement spécifique⁶, la gratuité⁷, l'anonymat⁸, la nécessaire balance bénéfice-risque positive pour le patient⁹, la nécessité d'un système de vigilance¹⁰.

660. En matière de produits et d'éléments du corps humain, il faut suivre les catégories du code de la santé publique et distinguer les prélèvements d'organes (α .), de tissus, cellules et

1. Art. L. 1211-8 CSP.

2. Art. L. 1211-8 CSP.

3. Livre II de la première partie de la partie législative du code de la santé publique.

4. Art. L. 1211-2 al. 2 CSP.

5. Art. L. 1211-2 CSP.

6. Art. L. 1211-3 CSP. Mais il est possible de diffuser des informations visant à promouvoir les prélèvements en général. Les praticiens peuvent aussi délivrer des informations pour les patients de 16 à 25 ans (al. 3).

7. Art. L. 1211-4 CSP.

8. Art. L. 1211-5 CSP.

9. Art. L. 1211-6 CSP.

10. Art. L. 1211-7 CSP.

produits du corps humain (β .), les prélèvements sanguins (γ .) et les prélèvement de gamètes (δ .).

α . Prélèvement d'organes

661. Les actes de greffes sont soumis à des règles spécifiques, peu important leur lieu de prélèvement. Il est donc possible de déroger à l'anonymat en cas de nécessité thérapeutique¹ et une disposition spéciale rappelle l'importance de la balance coût-bénéfice².

Les règles relatives aux greffes portent majoritairement sur les prélèvements et l'attribution des greffons. En effet, il y a moins de questions éthiques relatives à l'implantation du greffon — la greffe proprement dite.

662. Règles générales applicables à l'activité de greffe. L'acte de prélèvement et l'acte de greffe sont soumis à de multiples autorisations, notamment quant aux lieux de leur réalisation. La rémunération ne peut être effectuée à l'acte³ et se fait alors au forfait. On se trouve dans le même cas que pour les actes de procréation technicisée afin d'éviter que les praticiens ne soient incités à un fort volume d'actes.

L'Agence de biomédecine est chargée d'organiser l'appariement des greffons et la gestion des leurs listes d'attente. Cette liste est gérée par un Pôle national de répartition des greffons. Les règles d'attribution des greffons sont celles de la *priorité médicale*⁴ et de la proximité géographique. Les décisions sont prises dans le respect des « principes d'équité, d'éthique médicale et d'efficacité⁵. » Le tout est sous le contrôle de l'agence de biomédecine. Celle-ci peut agir par voie d'arrêté mais aussi en édictant des règles de bonnes pratiques⁶.

Les règles sont totalement différentes selon que le greffon est prélevé sur une personne vivante ou sur une personne décédée.

Le prélèvement sur personne vivante est clairement un acte médical. Il est assimilé à un acte de soins pour l'application de L. 1142-1 CSP⁷. Le régime des prélèvement d'organes sur une personne vivante est soumis à un régime présentant la particularité d'être régi par deux grands principes : le principe de nécessité et le principe de proximité.

1. Art. L. 1211-5 CSP.

2. Art. L. 1211-6 CSP.

3. Art. L. 12322-3 CSP.

4. Receveurs menacés à court terme, enfants, receveurs dont la durée d'attente est spécifiquement longue, receveurs dont les caractéristiques sont très proches de celles du donneur. *Les règles de répartition des organes : Comment sélectionne-t-on les receveurs ?*, URL : <http://www.dondorganes.fr/095-les-regles-de-repartition-des-organes> (visité le 24/07/2014).

5. *Ibid.*

6. Pour certaines, elles reprennent la technique de rédaction de textes légaux anglo-saxonne et commencent par des définitions. Par ex : *Arrêté du 27 février 1998* portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement d'organes à finalité thérapeutique sur personne décédée, URL : http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/regles-de-bonnes-pratiques-relatives-au-prelevement-d-organes-a-des-fins-therapeutiques-sur-personnes-decedees-_arrete-du-27_fevrier-1998_.pdf.

7. Art. L. 1211-4 CSP.

663. Principe de nécessité. Le premier principe est celui de la nécessité de l'acte pour la personne qui en bénéficie¹. Ce déplacement de l'exigence thérapeutique apparaît par contraste : il est interdit d'utiliser à des fins scientifiques un greffon provenant d'une personne vivante. Par cette disposition « il s'agit, pour la loi, de donner application au principe d'inviolabilité du corps humain en vertu duquel l'atteinte à l'intégrité corporelle n'est légitime que si elle poursuit un intérêt médical pour la personne qui en est l'objet ou un intérêt thérapeutique pour autrui². » Le prélèvement est donc indissociable de la greffe. La légalité du prélèvement sur une personne vivante dépend du sort réservé au greffon. Ces deux actes sont intimement liés en ce qu'ils sont respectivement cause et conséquence de l'un et de l'autre.

664. Principe de proximité. Le second principe est celui de la proximité familiale entre le donneur vivant et le receveur. Par principe sont seuls admis au don les père et mère du receveur. Par dérogation, l'admission a été étendue aux membres de la famille jusqu'au deuxième degré, et au conjoint ou toute personne apportant la preuve d'une vie commune ou une vie affective stable depuis plus de deux ans³.

Ce consentement est cependant limité par l'autorisation du comité d'experts lorsque le donneur est le conjoint du receveur, son frère, sa sœur, son fils, sa fille, un de ses grands-parents, son oncle, sa tante, son cousin germain ou sa cousine germaine. Ceux-ci sont par ailleurs informés des « risques qu'il [le donneur] encourt, [les] conséquences éventuelles du prélèvement⁴ ».

665. Contrôle de la volonté. Le don d'organes d'une personne vivante est vu comme une mutilation bénéfique pour autrui. Cependant, la mutilation ou le don doit être consenti judiciairement, devant le président du TGI ou devant son délégué⁵. En cas d'urgence, ce consentement est émis devant le procureur de la République. L'expression du consentement doit être consignée par écrit et signée par le magistrat et le donneur.

666. L'obtention de greffons « à l'occasion ». L'obtention de greffons à l'occasion d'une intervention fait exception à ces dispositions. L'article L. 1235-2 du code de la santé publique dispose en effet que lors d'une intervention chirurgicale, « pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée [des greffons] peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par [la personne] elle-même après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation. » Il est assez intéressant que cet article institue un système d'*opt out*. En effet, puisque l'organe a

1. Art. L. 1231-1 CSP. Cela constitue un rappel de l'article 16-3 al. 2.

2. J.-R. BINET, *Droit médical*, Cours, Montchrestien, 2010, n° 352, p. 174.

3. Art. L. 1231-1 CSP. Sur ce point, lire *Ibid.*, n° 353, p. 175. D'autre part, afin de favoriser la compatibilité entre donneurs et receveurs, a été autorisé le « don croisé d'organes ». Celui-ci consiste, selon l'article L. 1231-1 du code de la santé publique « pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu du premier ou deuxième alinéa, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. » En d'autres termes, cette manœuvre consiste en un échange de donneurs et de receveurs, pour contourner l'incompatibilité. Cette disposition concourt à l'augmentation du nombre de donneurs potentiels.

4. Art. L. 1231-1 al. 4 CSP.

5. Art. L. 1231-1 al. 4 CSP.

été prélevé à l'occasion d'une intervention pratiquée dans l'intérêt même de la personne — ce qui fait du prélèvement un acte thérapeutique — il n'y a pas lieu de lui appliquer le régime des prélèvements pour autrui bien que l'organe puisse être greffé à un tiers.

667. Le régime du prélèvement d'organes est distinct de celui du prélèvement de tissus, cellules et produits du corps humain.

β. Prélèvement de tissus, cellules et produits du corps humain

668. Les dispositions relatives au prélèvement des tissus, cellules et produits du corps humain limitent les types de tissus, cellules ou produits du corps humain pouvant être prélevés. Par ailleurs, certaines cellules sont soumises à des conditions plus exigeantes pour leur prélèvement, telles que les cellules hématopoïétiques pour lesquelles un consentement écrit est nécessaire. Lorsque ce prélèvement est destiné à un don ou à des fins thérapeutiques, le consentement se fait devant le Président du Tribunal de grande instance¹. Par ailleurs, ces cellules ne peuvent être prélevées sur un mineur ou une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale². Il peut cependant être dérogé à cette règle dans certaines situations à la condition que ce soit l'unique solution pour soigner le proche³.

La *ratio legis* de ces dispositions est de ne pas permettre la transformation de l'homme en producteur de ressources biologiques et de conférer aux personnes protégées une sécurité maximale.

669. La réglementation des prélèvements sanguins partage ces objectifs.

γ. Prélèvements de sang

670. Le code de la santé publique commence par évoquer la transfusion avant de mentionner la collecte⁴. Le code a réglementé cette pratique en vue de protéger — entre autres — le destinataire final du prélèvement. Sur ce point, il faut se référer au traumatisme qu'a été l'affaire du sang contaminé⁵. Ainsi, ces prélèvements ont-ils pour mission de limiter au minimum le risque.

1. Art. L. 1241-1 al. 2 et 3 CSP.

2. Art. 1241-2 CSP.

3. Par exemple, l'article L. 1241-3 du code de la santé publique autorise le prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un frère ou une sœur mineurs. Il faut par ailleurs noter un relèvement de la peine pénale applicable (Art. 511-5 code pénal). Voir aussi pour les exceptions relatives aux majeurs faisant l'objet d'une mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice les articles R. 1241-5 et suivants du code de la santé publique.

4. Arts. L. 1221-1 et L. 1221-2 CSP.

5. La littérature sur ce sujet est vaste. Cf. par ex : J.-M. AUBY, *Le sang humain et le droit*, Que sais-je ? n° 3211, Presses universitaires de France, 1997 ; M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996 ; J. PRADEL, *Sang et droit pénal*, 14 t., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris : Cujas, 1995. Ce traumatisme doit être lu à la lumière du caractère symbolique du sang. Voir sur cette question Fl. BELLIVIER, R. FIDALGO PINHEIRO et Chr. NOUVILLE, « Le prix du sang », *Revue des contrats*, sept. 2015, vol. 3, p. 597 ; *Le SIDA : Aspects juridiques*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, avec une préf. de F. KERNALEGUEN, Economica, 1995, Centre de Recherche Juridique et Judiciaire de l'Ouest (CRJO).

Après avoir rappelé les principes d'anonymat¹, de non-marchandisation² et de consentement³, le code de la santé publique prévoit que le sang, ses composants et ses dérivés doivent, une fois prélevés, être testés⁴. Il prévoit aussi qu'est organisé un « ensemble des procédures de surveillance et d'évaluation des incidents, ainsi que des effets indésirables survenant chez les donneurs ou les receveurs de produits sanguins labiles et de plasma » connu sous le néologisme d'« hémovigilance⁵. »

Il est impossible de discriminer les candidats au prélèvement sanguin⁶. Cependant, cette règle est limitée lorsqu'il existe des « contre-indications médicales⁷. » Cette limite a posé problème pour les hommes homosexuels candidats au prélèvement. Il est en effet démontré par certaines études que ceux-ci ont un plus fort risque de contamination par le virus de l'immunodéficience humaine, ce qui fonderait la contre-indication médicale au prélèvement sanguin. La Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* a cependant introduit un alinéa à l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique rédigé comme suit : « nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle ».

671. Nous constatons que pour les prélèvements il y a une nette augmentation de la place faite au consentement, en fonction notamment de la sensibilité morale de l'acte. Pour certains prélèvements encore plus sensibles, il faut une autorisation supplémentaire tant des équipes pour les actes techniques que des locaux, ce qui est le cas pour les prélèvements de gamètes⁸.

δ. Prélèvement de gamètes

672. Le prélèvement de gamètes est conditionné au fait que le donneur a procréé⁹, au consentement écrit du donneur et de l'éventuel autre membre de son couple¹⁰.

673. Parallèlement aux actes permettant la circulation de produits et d'éléments du corps humain existent des actes permettant la production d'information.

1. Arts. L. 1221-1 et L. 1221-7 CSP.

2. Arts. L. 1221-1 et L. 1221-2 CSP.

3. Art. L. 1221-3 CSP.

4. Art. L. 1221-4 CSP.

5. Art. L. 1221-13 CSP.

6. Sous cet angle, le prélèvement sanguin apparaît comme un élément important de la cohésion nationale, une forme de solidarité à laquelle chacun pourrait être appelé.

7. Art. L. 1211-6-1 CSP. Notons que cet article figure dans les dispositions générales et non dans celles consacrées au don de sang, signe de son importance.

8. Art. R. 1242-9 CSP pour les prélèvements de cellules à des fins thérapeutiques.

9. Une exception est cependant aménagée à l'article L. 1244-2 al. 3 du code de la santé publique : lorsque le donneur n'a pas procréé, il lui est proposé le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes.

10. Art. L. 1244-2 CSP. Ce consentement est sanctionné pénalement. Cf. Art. 511-6 CP, L. 1273-1 CSP.

ii. Actes nécessaires à la production d'une information sur la santé de la personne

674. L'acte médical peut être conçu pour produire des informations sur la santé de la personne. Ces actes, lorsqu'ils ont pour objectif de produire une information au bénéfice de la personne ou d'une procédure qui la concerne sont dénommés expertises (α). Cependant, lorsque ces expertises visent à améliorer les connaissances scientifiques, ce sont des « recherche médicales » (β).

α . Actes d'expertise

675. L'expertise médicale a été définie par R. SAVATIER et al. comme un acte sans intervention directe sur le corps du patient. Il n'y a alors pas de soins et « c'est seulement un avis technique qui est donné¹. » Il semble que la conception de l'expertise ait été élargie aux actes consistant en une intervention directe sur le corps. Nous songeons ici aux actes consistant en des prélèvements sanguins ou aux actes supposant une imagerie médicale qui sont des actes médicaux². Il existe des dispositions réglementaires qui visent à prévenir les conflits d'intérêt³, à assurer l'information du patient sur le but expertal de l'acte⁴ et à assurer la fidélité du rapport⁵. Ces actes ne traitent donc pas des autres règles applicables aux actes médicaux tels que le consentement éclairé. Il faut, pour ces règles se reporter au droit commun des actes sur le corps.

De manière synthétique, nous pouvons affirmer que l'expertise médicale est un acte médical pratiqué par une personne autorisée à pratiquer la médecine et visant à émettre une information⁶.

676. De nombreux textes mentionnent l'expertise. C'est en matière pénale que l'expertise est la plus régulée parce qu'elle vise à établir la matérialité d'une infraction. La loi régule ainsi les vérifications d'imprégnation alcoolique⁷, les expertises visant à prouver le dopage⁸ ou les actes visant à prouver qu'une « personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme⁹. » Les expertises ont aussi pour objectif d'établir le préjudice ou la faute. Il

1. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 25.

2. Cf. C. MANAOUIL et al., « Le patient et l'expert judiciaire », *Éthique & Santé*, 2005, vol. 2, 1, p. 46-50, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S1765-4629\(05\)80508-2](http://dx.doi.org/10.1016/S1765-4629(05)80508-2), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1765462905805082> (visité le 24/11/2015). Ils affirment que « l'expertise est et demeure un acte médical ».

3. Art. R. 4127-105 et R. 4127-106 CSP.

4. Art. R. 4127-107 CSP.

5. Art. R. 4127-108 CSP.

6. En droit belge, D. DE CALLATAÏ distingue 5 types d'expertise : le certificat médical, l'avis du médecin-conseil, l'examen conjoint, l'expertise amiable et l'expertise judiciaire. Au sein de cette dernière, il distingue les expertises pénales et civiles, au fond et référé et les expertises sur requête unilatérale. D. DE CALLATAÏ, *L'expertise du dommage corporel et de la responsabilité médicale in* J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON, *L'expertise*, Bruxelles : Bruylant, 2002.

7. Art. L. 234-4 code de la route.

8. Art. L. 231-11 code du sport.

9. Art. 60^{bis} code des douanes. Le refus de se soumettre à ces examens médicaux est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende.

est ainsi possible de diligenter une expertise « médico-psychologique » pour apprécier l'état de santé d'un mineur victime d'infractions graves¹. Enfin, l'expertise est convoquée pour qualifier l'état de santé de la personne et notamment l'irresponsabilité pénale de la personne jugée² ou la compatibilité de l'état de santé avec le maintien en garde à vue. Plus largement, le juge peut demander une expertise, qui pourra être médicale, « dans le cas où se pose une question d'ordre technique³ ». En matière civile, c'est sur le fondement des articles 263 et suivants du code de procédure civile que l'expertise pourra être menée, toujours pour éclairer le juge. En matière pénale, l'expertise est effectuée conformément aux articles 156 à 169-1 du code de procédure pénale⁴.

Ces expertises sont soumises au statut classique de l'expertise judiciaire qui suppose l'indépendance de l'expert et sa compétence.

677. Hors de ces textes, il est admis que des expertises soient organisées. En général, l'« exercice de la médecine d'expertise » est régi par les articles R. 4127-105 à R. 4127-108 du code de la santé publique. Les normes d'autorisations des expertises servant aux assurances sont dispersées dans de nombreux codes et lois. C'est le cas notamment de l'expertise médicale en matière de droit de la sécurité sociale⁵, de prise en charge des victimes d'actes de terrorisme⁶, des expertises médicales pour les actions de groupes en matière de produits de santé⁷, des expertises médicales nécessaires à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français⁸, etc.

En vertu du parallélisme des formes, les expertises non autorisées par une norme à valeur légale ne pourrait donc théoriquement pas consister en des actes sur le corps de la personne puisqu'elles ne bénéficieraient pas d'une autorisation de la loi⁹. C'est le cas en matière d'assurance où les expertises permettant de déterminer le préjudice ne sont autorisées que par des dispositions à valeur réglementaire¹⁰. Cela peut constituer une autorisation tacite du règlement. Il serait

1. Art. 706-48 CPP.

2. Art. 167-1 CPP.

3. Art. 156 CPP.

4. A cette liste, il faut ajouter les expertises ordonnées par les Tribunaux du contentieux de l'incapacité ou par la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, devant les Tribunaux des affaires de la sécurité sociale (arts. L. 141-1 et R. 141-1 et s. CSS), l'article L. 1143-2 du code de la santé publique autorisant les expertises médicale pour les actions de groupes en matière de produits de santé.

5. Art. L. 141-1 CSS. Celui-ci dispose : « Les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime, et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, à l'exclusion des contestations régies par l'article L. 143-1, donnent lieu à une procédure d'expertise médicale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. » (Nous soulignons).

6. Art. L. 169-13 CSS.

7. Art. L. 1143-2 CSP.

8. *Loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010* relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français, art. 2.

9. Le consentement seul ne permet pas d'autoriser l'atteinte. Cf. *supra* n° 445, p. 228.

10. Cf. not. l'article R. 211-43 concernant l'indemnisation en matière d'accidents de la route et l'article R. 422-7 relatif aux examens médicaux pratiqués sur la victime d'un acte de terrorisme à la demande du fond de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

cependant logique de doubler ces dispositions d'une norme à valeur légale.

678. La régulation de l'expertise passe par ailleurs par la régulation du produit de l'expertise qu'est l'attestation ou le certificat. Il est ainsi demandé aux praticiens de faciliter la délivrance de ces documents car ils permettent de bénéficier de certaines prestations sociales¹. Pour assurer à l'expertise une certaine objectivité, il est interdit aux médecins de certifier à tort² et ces faux certificats peuvent être sanctionnés au titre de l'infraction de faux³.

Ainsi, les actes d'expertise, qui consistent souvent en des diagnostics, doivent avoir été effectués et il n'est pas possible pour le praticien d'attester d'une situation fautive ou de certifier qu'un acte médical n'ayant pas été effectué l'a été⁴.

679. D'autres actes visent à produire une information, mais cette fois-ci afin d'améliorer les connaissances scientifiques et techniques.

β. Actes nécessaires à l'avancée des connaissances scientifiques et techniques

680. Historique du régime des recherches sur le corps humain. Le régime des recherches portant sur le corps humain s'est structuré en trois grandes lois. La première est la Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 *relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales*, dite « loi Huriet ». Le régime de cette loi a été revu par la Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de santé publique* et enfin par la Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 *relative aux recherches impliquant la personne humaine* précisée par l'Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 *relative aux recherches impliquant la personne humaine*. Cette dernière distingue trois types de recherches : les recherches interventionnelles, les recherches interventionnelles aux risques et contraintes minimales et non médicamenteuses, et les recherches non interventionnelles. Les régimes d'autorisation et de contrôle de ces types de recherches varient et le type de recherche le plus aisément praticable est la recherche non interventionnelle.

Intervient dans ces recherches un responsable, appelé promoteur. Il gère la recherche et assure son financement. Ceux qui dirigent et surveillent le déroulement de la recherche sont les investigateurs⁵.

1. Art. R. 4127-50 al. 2 et R. 4127-76 CSP.

2. Art. R. 4127-28 CSP.

3. Art. 441-2 code pénal. Pour un exemple de condamnation cf. Cass. crim., 2 mar. 1992, *inédit*, n° 91-83946.

4. Reste que les opérations d'expertise sont exclues de l'exonération de taxe sur la valeur ajoutée et sont prises en charge par la personne qui bénéficiera de l'apport de l'expertise. Ce peut être l'assureur, la justice ou toute autre personne. Ce peut aussi être l'assurance maladie lorsqu'elle y a intérêt, notamment dans le cadre de l'expertise médicale relative à des contestations sur des cotations d'actes médicaux (Art. L. 141-2-1 CSS), pour la fixation de la date de consolidation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Art. L. 141-1 CSS) ou en cas d'affection de longue durée (Art. L. 324-1 CSS). L'assurance maladie peut prendre en charge l'expertise lorsqu'elle a pour but de faciliter la réalisation d'un service public. Ainsi, elle prend en charge les expertises nécessaires à l'établissement d'un certificat de décès afin de faciliter ces constats par les médecins de garde (Art. L. 162-5-14-2 CSS introduit par la *Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015* de financement de la sécurité sociale pour 2016, Art. 70).

5. S'il en existe plusieurs, un investigateur coordinateur est nommé.

681. Les critères de légalité des recherches biomédicales. L'article L. 1121-1 du code de la santé publique définit de manière téléologique les recherches biomédicales comme celles « organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales ». L'article L. 1121-2 du code de la santé publique fixe les conditions propres aux recherches. Concernant la balance des intérêts, il dispose que « l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société. » En conséquence, « aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :

- si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;
- si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;
- si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ;
- si la recherche biomédicale n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement. »

On note que cet article présente une lecture négative. Les recherches sont autorisées à moins qu'elles ne présentent certaines caractéristiques. Il précise ainsi que la recherche doit être raisonnable — elle doit être fondée sur une étude préclinique —, doit viser réellement le progrès l'« extension » de la connaissance scientifique et l'« amélioration » de la condition humaine. Elle doit ensuite être acceptable pour celui qui est le moyen de cette recherche. Il est encore rappelé que la balance bénéfice-risque doit être « hors de proportion » et que celle-ci doit être adaptée à l'homme.

Ces conditions visent en fait à assurer que la balance entre bénéfice pour la recherche et risque pour le patient soit artificiellement bénéficiaire pour le patient. On assiste donc à une pesée théorique des intérêts, pesée contrôlée par un système procédural destiné à valider les choix des médecins, à ne pas les laisser seuls dans la prise de cette décision¹. Un comité de protection des personnes² doit émettre un avis favorable et la recherche doit aussi obtenir l'autorisation de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé³.

682. L'information préalable à la recherche médicale. En matière de recherches biomédicales, l'article L. 1122-1 du code de la santé publique prévoit un certain nombre d'informations

1. Les recherches biomédicales sont soumises dans leur légalité au respect de la notion de « fins scientifiques ou thérapeutiques ».

2. Article L. 1121-4 du code de la santé publique. Pour des dispositions sur ce comité, cf. L. 1121-4 du code de la santé publique.

3. Art. L. 1123-12 CSP.

à apporter préalablement à la réalisation de la recherche. Sont notamment transmises les informations sur la recherche elle-même, les risques, les alternatives à ce traitement et l'avis du comité de protection des personnes. Il faut remarquer que ces informations sont ici nommément listées, signe d'une exigence particulière. Ces informations s'ajoutent bien sûr au régime normal de l'information. La présence d'une liste indique qu'en cette matière, les éléments obligatoirement annoncés doivent être présentés de manière exhaustive.

683. Le consentement aux recherches. Le consentement est renforcé dans le cas des recherches. Il est contrôlé a priori par les Comités de protection des personnes qui étudient les projets de recherche dans le but de ne pas permettre aux personnes de consentir à n'importe quel sujet de recherche.

Cependant, on peut penser que « le consentement, en général requis, n'est guère libre, dès lors que le refus apparaît comme un déni de solidarité inspiré par d'archaïques, irrationnels ou égoïstes motifs¹. » La pression à la générosité sociale peut apparaître comme une perturbation de la liberté de l'individu. La même réflexion existe en matière de don d'organes.

Quoi qu'il en soit, et peut-être pour combler cette difficulté, le consentement doit être donné par écrit ou attesté par un tiers indépendant de la recherche². De plus, le recueil du consentement dans les règles est une condition de la garantie des contrats d'assurance des recherches biomédicales³.

684. Répression pénale. En l'absence de consentement, il est possible d'engager la répression pénale. Le code pénal institue différentes peines selon les conditions de licéité des recherches biomédicales. Est ainsi puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale sans le consentement ou après que celui-ci a été retiré⁴. Sont prévues des peines complémentaires à destination des personnes morales⁵ et la répression est encore aggravée lorsque la recherche biomédicale ne respecte pas les règles protégeant les personnes particulièrement vulnérables⁶. Des peines d'interdiction de droits civiques, d'exercice, des confiscations sont également prévues⁷.

Les peines sont en revanche plus légères pour les autres conditions préalables telles que l'absence de recueil de l'avis du comité de protection des personnes ou de l'autorité compétente⁸ ou le manquement à l'obligation d'assurance⁹.

1. C. LABRUSSE-RIOU, *Ecrits de bioéthique*, avec une introd. de M. FABRE-MAGNAN, Quadrige, Presses Universitaires de France, 2007, URL : <http://www.cairn.info/ecrits-de-bioethique--9782130561323.htm> (visité le 22/07/2016), p. 260.

2. Art. L. 1122-1-1 CSP.

3. H. GROUDEL, « Assurance des recherches biomédicales », *RDSS*, 2010, p. 103.

4. Art. 223-8 code pénal reproduit à l'art. L. 1126-1 CSP.

5. Art. 223-9 code pénal reproduit à l'art. L. 1126-2 CSP.

6. Femmes enceintes, enfants, situations d'urgence, etc.

7. Art. L. 1126-3 CP.

8. Un an de prison, 15 000 euros d'amende. (Art. L. 1126-5 CSP).

9. Art. L. 1126-6 CSP.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sanctionné un médecin pour avoir soumis un patient à une recherche biomédicale sans son consentement¹. Les faits sont assez éloquents. Le patient, après avoir changé de service, se voit administrer un nouveau produit faisant l'objet d'une étude visant à comparer ses effets avec un médicament de référence dans le cas d'une pneumonie aiguë. Le médecin se présente alors à plusieurs reprises pour faire signer un document au patient. N'obtenant pas de réponses à ses questions, le patient refuse de signer et quitte l'hôpital contre l'avis médical. Cet exemple peut donner un indice permettant d'expliquer la rareté du contentieux. Selon D. CHRISTOL, celle-ci pourrait s'expliquer « par les pratiques clandestines non découvertes, visant à intégrer une personne, à son insu, dans un protocole, le contentieux survenant notamment lorsque, comme en l'espèce, le corps médical prend le risque, en toute connaissance de cause, de ne pas respecter les modalités de recueil du consentement et tente, a posteriori, de légaliser la situation et de convaincre le patient de participer à l'étude². »

685. Le responsable de la recherche biomédicale : le promoteur de la recherche. L'intérêt du promoteur fonde sa responsabilité face aux risques. Celui-ci doit en effet indemniser les sujets des frais exposés, dans une limite fixée par décret, mais il ne peut rémunérer le sujet, et cela pour ne pas générer chez lui d'incitation au risque³. De plus, il est soumis à une obligation d'assurance pénalement sanctionnée, et à une obligation d'indemnisation des conséquences dommageables subies par le sujet du fait de la recherche⁴. La responsabilité doit enfin être portée par un praticien⁵. La *ratio legis* des recherches biomédicales est entièrement tournée vers la sécurité du sujet des recherches⁶.

686. Le financement proprement dit. L'article L. 1121-16-1 du code de la santé publique dispose que « pendant la durée de la recherche mentionnée au 1° de l'article L. 1121-1, le promoteur fournit gratuitement les médicaments expérimentaux », les dispositifs et produits nécessaires à la recherche ou étant objet de celle-ci.

Sur ce point, la Cour de cassation juge au visa des articles L. 209-1 et R. 2038 anciens du code de la santé publique que « le promoteur d'une recherche biomédicale avec bénéfice individuel

1. Cass. crim., 24 fév. 2009, n° 1241, *Bull. crim.*, n° 08-84236.

2. D. CHRISTOL, « Prévention et protection sanitaires * Recherches biomédicales * Participation * Patient * Consentement * Preuve », *RDSS*, 2009, p. 561.

3. Art. L. 1121-11 CSP.

4. Art. L. 1121-10 CSP.

5. Art. L. 1121-3 CSP.

6. C'est dans cette optique que se situe l'alinéa 5 de l'article L. 1121-11 du code de la santé publique, qui impose de ne solliciter pour la recherche que des personnes « affiliées à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaire ». Cela a pour conséquence d'éviter qu'à défaut d'engagement de la responsabilité du promoteur et de preuve de l'imputabilité du dommage à la recherche, le patient ne soit sans protection sociale.

Une disposition a aussi été prise pour faciliter la preuve du préjudice lié à la recherche. L'alinéa 3 de l'article L. 1121-11 (introduit par l'article 88 de la Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de santé publique*) du code de la santé publique dispose que le sujet « bénéficie d'un examen préalable adapté à la recherche » dont lui sont communiqués les résultats, et ce afin de faciliter la preuve a posteriori du préjudice causé par la recherche. Le verbe « bénéficie » laisse penser que le sujet n'a pas à le payer et que cet examen est alors financé par le promoteur.

direct prend en charge les frais supplémentaires liés aux examens spécifiquement requis par le protocole de recherche¹. » Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'entente préalable en vue d'un transport pour des examens et prélèvements consécutifs à une transplantation hépatique expérimentale. Tout le litige consistait à savoir si « les frais de transport engagés par l'assuré pour se rendre à la consultation [de contrôle de la greffe] étaient liés aux examens spécifiquement requis par le protocole de la recherche dont la prise en charge incombe au seul promoteur. » Ainsi, pour la Cour, est-il constant que tout ce qui est requis par le protocole doit être pris en charge par le promoteur. Il en va de même pour les conséquences de cette prise en charge, comme en témoigne la responsabilité pesant sur le promoteur. Et cette position est d'autant plus ferme que cette décision a été rendue dans un domaine de recherche avec bénéfice pour le sujet.

Le régime des recherches impliquant la personne humaine est donc très clair sur le plan du financement : les activités de recherches sont financées par leur promoteur.

687. Dérogation : l'assurance maladie finance les recherches. À titre dérogatoire, l'assurance maladie prend en charge les produits faisant l'objet de recherches à finalité commerciale à deux conditions². D'une part que le promoteur rende ses résultats publics et d'autre part qu'il atteste de son indépendance vis-à-vis des entreprises fabriquant ou commercialisant les médicaments ou produits concernés. Ces deux conditions démontrent que l'assurance maladie ne finance en principe pas ces expérimentations.

Les articles L. 162-31 et R. 162-46 à R. 162-50 prévoient la possibilité pour l'assurance maladie de prendre en charge forfaitairement les dépenses dues au titre d'un rattachement à un régime d'assurance maladie, quel qu'il soit. Cette participation forfaitaire s'apparente à une subvention, est régie par une convention³ fondée sur un agrément⁴. L'agrément est octroyé en fonction de critères relativement vagues. Il peut s'agir « d'actions expérimentales, qu'elles soient essentiellement médicales ou qu'elles associent soins, prévention, éducation sanitaire ou aide d'ordre social⁵ », mais doivent aussi être « à caractère médical et social. » Cet agrément peut être retiré soit au vu des résultats de l'étude, soit lorsque les conditions que prévoit l'agrément ne sont plus remplies.

En échange de cette prise en charge forfaitaire, le titulaire accepte une évaluation annuelle qui est largement diffusée par la direction de l'agence régionale de santé⁶.

Il est aussi possible que les caisses d'assurances maladie prennent en charge les médicaments ou produits utilisés dans le cadre de la recherche. Si ces produits sont objets de la recherche,

1. Cass. soc., 24 fév. 2000, *Bull. soc.*, V, n° 77, p. 62, n° 97-17802 Cf. aussi Cass. 2^e civ., 24 juin 2003, *inédit*, 01-21475.

2. Art. L. 1121-16-1 CSP. Cet article exclut du bénéfice de cette disposition toute personne ne poursuivant pas de but lucratif.

3. Cf. Arts. L. 162-31 et R. 162-48 du CSS.

4. Art. R. 162-48 al. 1, in fine CSS.

5. Art. R. 162-48 al. 1, in fine CSS.

6. Elle est diffusée au président du conseil général, au maire des communes où se déroule l'expérimentation, au directeur des affaires sanitaires et sociales, etc.

cette prise en charge, toujours dérogatoire, se fait alors contre l'engagement de rendre publics les résultats et une déclaration d'indépendance vis-à-vis du fabricant ou de celui qui a fabriqué les médicaments ou produits¹. Cependant, la prise en charge n'est possible que si le promoteur participe au service public de santé ou si c'est une université.

688. Le financement de la recherche par le financement global de la médecine. Par ailleurs, la séparation entre l'assurance maladie et la recherche est largement tempérée par l'importance des missions d'intérêt général (MIG) en cette matière. Il s'agit alors de missions d'enseignement, de recherche, de référence et d'innovation (MERRI), « enveloppe » budgétaire faisant partie des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation (MIGAC) dédiée entre autres à la recherche et au financement des structures de recherche². Ainsi, existe-t-il certain nombre d'activités novatrices et de recherche qui sont financées par les crédits de missions d'intérêt général³.

689. Les liens entre la recherche et l'assurance maladie sont donc ambigus. Il est démontré que l'assurance maladie n'a pas du tout vocation à prendre en charge les actes de recherche. Mais l'assurance maladie agit aussi comme un sponsor intéressé d'activités de recherche.

1. Art. L. 1121-16-1 CSP.

2. C'est une lecture a contrario de l'article L. 1121-16-1 du code de la santé publique faisant penser que l'assurance maladie peut prendre en charge des recherches menées par des personnes poursuivant un but non lucratif.

3. *Guide de contractualisation des dotations finançant les missions d'intérêt général*, version Version 1 - actualisée en avril 2013, Direction générale de l'offre de soins, mar. 2012, URL : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/04/cir_36777.pdf (visité le 20/02/2014), Issu de la circulaire n° DGOS/R5/2013/57 du 19 février 2013 relative au guide de contractualisation des dotations finançant les missions d'intérêt général (NOR : AFSH1304733C), p. 39 et s.

Conclusion de la seconde partie

690. Le droit spécial des actes médicaux sur le corps humain s'organise d'abord en fonction de l'objet sur lequel porte l'acte. Les actes sur les fœtus *in vitro*, le cadavre ou les éléments et produits du corps humain détachés du corps ont un régime distinct des actes effectués sur le corps de la personne. Ces derniers actes présentent le régime le plus abouti et c'est celui que nous avons choisi de développer ensuite. Les actes sur la personne s'organisent quant à eux avant tout selon leur but et principalement selon que ce but est thérapeutique ou non thérapeutique. Les actes médicaux thérapeutiques sont en effet autorisés en général tandis que les actes non thérapeutiques bénéficient d'autorisations spéciales et ont un régime qui leur est propre. Pour classer ces actes, il faut procéder par domaines. En effet, le législateur les a réglementés en distinguant les actes médicaux par thèmes comme ceux relatifs à la fin de vie ou à l'assistance médicale à la procréation.

691. Le but de l'acte médical est donc au centre du régime des actes médicaux sur le corps humain. Parallèlement au but, le consentement sert, dans la majorité des cas, de seconde barrière. Un acte au but autorisé peut en effet être refusé par le patient, ce qui rend son exécution impossible.

Ce régime, ici décrit et analysé, repose sur l'idée qu'il est impossible pour le patient de consentir à tous les actes médicaux qui pourraient lui être proposés. Cela revient à instituer un filtre, le législateur n'autorisant que certains actes en fonction de leur but. Néanmoins, cet état de fait pourrait être durablement perturbé par la pénétration d'une doctrine libérale. Deux brèches ont été évoquées : *d'une part*, la possibilité de faire du consentement un fait justificatif permettant à lui seul l'atteinte médicale et *d'autre part*, une lecture de la nécessité médicale dans un sens personnel au terme de laquelle répondrait à une nécessité médicale l'acte défini comme telle par un professionnel de la médecine.

Si ces brèches venaient à être exploitées, cela anéantirait la régulation de l'acte médical par son but ce qui justifie que l'article 16-3 du code civil soit précisé.

Conclusion générale

L'acte médical, notion sans cesse utilisée et rarement définie, peut donc bien être définie. Cette définition a dû être développée tout en se mettant à l'abri de son pouvoir symbolique. Symboliquement, l'acte médical reviendrait au médecin. Cela a donné l'évidence selon laquelle l'acte médical est l'acte du médecin. Une telle évidence a cependant été contestée par le législateur lui-même lorsqu'il a qualifié les actes de biologie médicale d'actes médicaux. Cette évidence n'était donc d'aucun secours pour mettre au point la définition de la notion.

En introduisant cette thèse, nous évoquons la particularité de la construction des définitions en droit. Parce qu'elles font naître une notion, elles sont liées aux régimes qu'elles permettent de mettre en oeuvre. La définition est donc inséparable du phénomène de qualification juridique.

Le régime juridique applicable à une notion peut cependant être complexe et difficile à saisir. Nous avons constaté cette difficulté dans le champ des règles applicables à la relation médicale et sommes partis du postulat qu'un rôle de théorisation pèse sur la doctrine et que la théorie, parce qu'elle a une fonction pédagogique, peut aider à mieux structurer un ensemble complexe de règles.

Nous avons souhaité que la définition de l'acte médical permette la construction d'une théorie simple en vue d'identifier aisément l'acte médical et donc les règles qui y sont associées. En conclusion de cette thèse, il s'agit de savoir si nous sommes parvenus à remplir cet objectif. Cela suppose *d'abord* de savoir si nous sommes parvenus à définir l'acte médical en tenant compte des différents régimes juridiques qui peuvent être associés à la notion. Cela suppose *ensuite* de savoir si cela a permis de simplifier la compréhension des règles intervenant dans le domaine de la relation médicale, ce qui implique *enfin* de relier la théorie mise sur pied aux autres théories.

Nous sommes partis du constat que l'acte médical est toujours soumis à une réglementation de ses auteurs. Nul ne peut librement effectuer un acte médical. Nous en sommes donc venus à définir l'acte médical comme étant l'acte enseigné à la faculté de médecine et à préciser ensuite la répartition des compétences entre les professionnels de santé. Celle-ci organise autour d'une distinction entre professionnels autorisés à diagnostiquer et professionnels ne pouvant que traiter.

Au sein de la notion d'acte médical, il nous est apparu important de distinguer les actes médicaux pratiqués sur le corps de la personne. En effet, en plus de signaler la spécificité des

actes de biologie médicale, cette distinction permet d'étudier deux éléments que les auteurs attachaient à tout acte médical : le consentement et le but. Concernant le consentement, nous avons pu constater que son caractère éclairé, s'il est admis, est mal exposé dans les textes, car mélangé avec l'information sur l'état de santé.

Le but de l'acte médical présentait d'autres difficultés. La diversification des buts assignés à l'acte médical est perçue comme un élément perturbateur. La perturbation a même donné lieu à la modification de l'article 16-3 du code civil qui autorise maintenant les actes sur le corps humain dès lors qu'ils répondent à une « nécessité médicale ». Nous constatons cependant que la notion, bien que séduisante parce qu'englobante, reste incompréhensible et potentiellement dangereuse. L'étude du régime des actes médicaux sur le corps de la personne démontre que cette notion n'a jamais été appliquée. Ainsi, le système actuel repose-t-il sur une autorisation générale des actes thérapeutiques et sur des autorisations spéciales des actes non thérapeutiques. Ce système, fondé sur l'adage *specialia generalibus derogant*, est parfaitement fonctionnel et nous proposons de modifier l'article 16-3 du code civil afin qu'il reflète la réalité.

Cette thèse se fonde sur l'existence, au sein des actes médicaux, d'une spécificité marquée pour les actes médicaux sur le corps de la personne. Au sein de cette catégorie, il faut aussi distinguer les actes thérapeutiques et les actes non thérapeutiques.

Déterminer l'aptitude d'une notion à simplifier revient à savoir si la théorie dont elle est le centre permet une compréhension plus simple d'un ensemble de règles.

La définition des actes médicaux comme étant les actes enseignés à la faculté de médecine permet une désignation plus claire des actes réservés à certains professionnels. Cependant, nous avons en apparence complexifié le tableau en précisant la répartition des compétences entre les professionnels. La distinction entre professionnels autonomes et non autonomes fondée sur l'aptitude à diagnostiquer ouvre néanmoins la voie à une meilleure compréhension.

La distinction entre actes de biologie et actes médicaux peut aider à clarifier le champ de la biomédecine. En rattachant les actes à l'une ou l'autre des catégories les règles qui leur sont applicables peuvent être mieux saisies.

Enfin, l'étude du but des actes médicaux sur la personne humaine peut permettre de dépasser la notion problématique de la nécessité médicale en instituant en principe la nécessité médicale et en exception les buts non thérapeutiques.

La comparaison de la théorie fondée sur l'acte médical avec les théories fondées sur le contrat et la décision médicale peut permettre d'identifier les limites de la théorie fondée sur l'acte médical.

La limite de la théorie de l'acte médical tient à la précision de la notion. Parce que l'acte médical ne vise que l'action médicale, la théorie se fondant sur cette notion sera, elle aussi, limitée. Ainsi n'est-il pas possible de prendre en compte l'inaction, ce qui a pour effet de ne pas faire coïncider la théorie fondée sur l'acte médical avec les règles relatives à la responsabilité médicale, fondées sur la faute. Il en va de même pour le financement de l'activité médicale :

fondé sur la relation médicale — et donc la consultation —, l'acte médical ne permet pas de le théoriser.

L'acte médical est donc inapte à théoriser l'ensemble du droit médical défini comme le droit applicable à la relation médicale. Il est néanmoins suffisamment précis pour aider à la clarification des auteurs et des buts de la relation médicale.

Résumé approfondi

La notion d'acte médical est fréquemment utilisée, tant dans la langue commune que dans le vocabulaire médical et juridique. Au constat d'une utilisation croissante et devant les hésitations de la doctrine quant à sa définition, il est apparu nécessaire de procéder à un travail de redéfinition. Cette redéfinition se place dans un contexte de multiplication des normes dans le domaine médical qui fait craindre un risque d'illisibilité du droit. Dès lors, la théorie, par son efficacité pédagogique, peut servir à réorganiser le droit et à améliorer sa compréhension.

La doctrine a envisagé trois caractéristiques à l'acte médical. Ce serait *d'abord* l'acte du médecin. Ce premier critère est doublement perturbant. Premièrement, il conduit à une définition circulaire : c'est un acte médical parce qu'il est réservé au médecin et parce qu'il est réservé au médecin, c'est un acte médical. Cela démontre que ce critère est en fait un élément de régime : c'est parce que l'acte est un acte médical qu'il est réservé au médecin. Cela suppose alors de trouver de nouveaux critères de reconnaissance à l'acte médical. Deuxièmement, le critère de l'auteur est perturbant parce qu'un grand nombre de professionnels non médecins pratiquent des actes identiques à ceux des médecins. Cet élément de régime serait donc trop synthétique. L'acte médical serait *ensuite* effectué en fonction d'une certaine technique. Cela renvoie à la définition de la médecine et rejoindra notre proposition de critère permettant de définir l'acte médical. *Enfin*, l'acte médical pourrait être défini par son but. Sur ce point, les auteurs s'accordent pour dire que, du fait de la multiplication des buts assignés à la médecine, ce critère est dépassé.

Une redéfinition de la notion d'acte médical s'impose donc.

Au fondement de l'effectivité du droit se trouve le mécanisme de qualification juridique. Celui-ci se fonde sur l'existence de notions auxquelles sont rattachées des règles qui forment leur régime. La qualification suppose donc de rapprocher une situation — *tel cas* — d'une notion — est qualifié *ainsi* — pour faire naître une prescription juridique — alors il faut appliquer *telle règle*. La définition d'une notion doit permettre la qualification. Il faut donc qu'elle soit aisément reconnaissable et que son régime juridique lui soit clairement associé.

L'état des lieux des règles pouvant constituer le régime de la notion d'acte médical rend nécessaire une distinction fondamentale. Il existe en effet des règles réglementant les acteurs compétents applicables à tous les actes médicaux tandis que d'autres, visant le consentement et le but poursuivi, ne sont applicables qu'aux actes médicaux sur le corps humain. Nous distinguerons donc le droit commun des actes médicaux du droit spécial des actes médicaux sur

le corps humain.

Le but de notre recherche est de déterminer un ou plusieurs critères permettant de reconnaître l'acte médical, et donc d'effectuer l'opération de qualification. Cela peut se faire d'abord en excluant certains critères.

Il faut ainsi distinguer l'acte médical de la rencontre au centre de la relation médicale. L'acte médical n'est ainsi pas la consultation médicale. L'acte médical n'est pas non plus la décision médicale puisque celle-ci peut aussi mener l'inaction.

Positivement maintenant, la recherche d'un critère peut se faire en écartant définitivement le but de l'acte médical, car évolutif et imprécis, et la technique permettant la réalisation de l'acte médical puisque la médecine peut être exercée à distance et assimile fréquemment de nouvelles techniques comme l'ostéopathie ou l'acupuncture.

Dès lors, il faut trouver un critère plus large. Nous proposons d'instituer l'enseignement dans les facultés de médecine comme critère. Le contenu des études médicales est régi par un ensemble de dispositions qui le rendent clair. Par ailleurs, ce critère sera évolutif puisqu'il variera avec les évolutions du programme des études de médecine. Pour éprouver ce critère, nous avons cherché à savoir si le diagnostic peut, grâce à lui, être qualifié d'acte médical. La grande variété des actes de diagnostic médical et l'existence de nombreux diagnostics non médicaux le désignait en effet comme cobaye. Le test fonctionne puisque le diagnostic peut être qualifié d'acte médical dans ses éléments : la connaissance de la nosologie est au programme des études de médecine tout comme le recueil des données sémiologiques et la comparaison des informations — le diagnostic au sens strict — aussi.

C'est donc à un critère unique que nous parvenons pour définir l'acte médical : il est l'acte enseigné à la faculté de médecine. Ce critère exposé, nous pouvions passer à l'exposé du régime de la notion.

Ce régime institue d'abord une détermination des professionnels autorisés à pratiquer les actes médicaux. Est médecin la personne détenant un doctorat d'exercice en médecine régulièrement inscrit à l'Ordre des médecins. Cette inscription est cependant conditionnée au respect de l'obligation de formation continue et à la non mise en oeuvre des procédures visant à priver de la possibilité d'exercer les praticiens dangereux. En théorie, les médecins sont autorisés à pratiquer tous les actes médicaux, ce qui les distingueraient des autres professions. Cependant, une telle distinction ne résiste pas à l'analyse de la spécialisation de cette profession. La spécialisation a un effet clair sur la responsabilité et surtout sur l'assurance. Les professions de santé sont soumises à une obligation d'assurance pour les actes qu'ils pratiquent. Or, les assureurs limitent leur police à la spécialité du praticien, ce qui fait que ceux-ci ne sont pas couverts hors de leur spécialité. Les médecins ne se distinguent ainsi pas des autres professions médicales que sont les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes. Ceux-ci voient le domaine de leurs actes limité différemment. Pour les chirurgiens-dentistes, il s'agit d'une limitation par la désignation d'une zone anatomique tandis que pour les sage-femmes, leur champ d'action est désignée par une situation non pathologique : l'accouchement non dystocique.

Les catégories de professions médicales et paramédicales se distinguent par leur autonomie. Là où les professionnels médicaux peuvent agir librement et mener tous les actes médicaux possibles dans leur champ de compétence, les praticiens paramédicaux sont cantonnés à certains actes, souvent sur délégation d'un professionnel médical *via* la prescription. Ces deux catégories peuvent ainsi se distinguer par leur aptitude à diagnostiquer. Un tel critère de distinction oblige cependant à une rénovation de ces catégories. En effet, l'existence de nouvelles professions comme les chiropracteurs et ostéopathes et l'évolution de la pratique de professions existantes comme les pharmaciens leur ont conféré la possibilité de mener des activités qui s'apparentent à des diagnostics. La catégorisation des professions de santé apparaît ici insatisfaisante.

L'actuelle incrimination d'exercice illégal de la médecine présente elle aussi une malfaçon. Si le système est clarifié par l'existence d'un arrêté visant à préciser les cas litigieux, le texte d'incrimination semble dépassé. En ne visant que les actes motivés par une pathologie, il délaisse les actes non-thérapeutiques.

L'acte médical apparaît ainsi centré autour de la compétence du praticien. Ces règles sont complétées lorsqu'il s'agit d'actes portant sur le corps humain.

Concernant le corps humain, il s'agit d'abord de savoir si on doit se limiter aux actes portant sur le corps humain de la personne humaine ou l'étendre aux actes sur le fœtus, le cadavre et les extraits biologiques. La réponse est clairement négative du fait de la spécificité de leurs régimes. Concernant le fœtus, l'étude montre que les règles applicables diffèrent radicalement selon que le fœtus est *in* ou *ex utero*. *In utero*, le fœtus bénéficie de la protection conférée au corps maternel, ce qui fait que les règles s'appliquant aux actes médicaux effectués sur lui correspondent à des règles relatives à un acte effectué sur le corps de la personne de la femme. Concernant le cadavre, les actes de thanatopraxie s'opposeraient aux actes médicaux sur le cadavre comme les autopsies. Là encore, ces actes médicaux présentent des spécificités de régime qui incitent à les distinguer des actes sur le corps de la personne humaine. Concernant les actes d'anatomopathologie et de biologie médicale pratiqués sur des éléments et produits du corps humain séparés du corps humain, la situation est plus confuse. S'ils disposent de régimes propres et sont pratiqués par des pharmaciens, les actes de biologie médicale ont récemment été qualifiés par la loi d'actes médicaux. Du fait de l'inexistence de raisons juridiques à une telle modification, nous avons avancé que celle-ci trouvait son origine dans une procédure intentée par la Commission européenne contre la France en matière de détention des parts sociales des laboratoires de biologie médicale et dans la volonté de revaloriser la profession de biologiste médical.

Ces actes bénéficient donc de régimes spéciaux et il faut les distinguer des actes médicaux pratiqués sur le corps de la personne. Techniquement, ces actes se heurtent d'abord à la protection juridique du corps humain. Celle-ci prohibe toute atteinte au corps humain, fut-elle consentie. Néanmoins, le droit a aménagé des causes d'irresponsabilité pénale objectives qui permettent d'échapper à la protection juridique du corps humain et aux répressions qui l'accompagnent. Parmi ces causes d'irresponsabilité, l'exclusion de l'état de nécessité est notable. En effet,

accepter que des actes médicaux puissent être effectués en vertu de l'état de nécessité reviendrait à pouvoir faire exception aux règles qu'institue l'autorisation de la loi en cette matière, et, par exemple, à pouvoir passer outre le refus de soins. Ainsi, en matière d'actes médicaux, la seule cause d'irresponsabilité pouvant jouer pour les professionnels est l'autorisation de la loi. Celle-ci a un destin peu commun. Au début, celle-ci est une autorisation de la coutume, comme en témoigne la doctrine. L'acte médical, atteinte pourtant réprimable, est donc autorisé et non réprimé et ce sans texte. Il faut y voir l'expression d'une évidence : il n'y a pas lieu de réprimer un acte socialement bénéfique. Vint ensuite en 1994 la traduction de cette évidence à l'article 16-3 du code civil par l'une des lois dites « de bioéthique » : l'atteinte thérapeutique à l'intégrité physique est autorisée, sous réserve de l'obtention du consentement de la personne si elle est apte à le donner.

Les conditions sont donc posées : il faut à la fois un consentement et une nécessité thérapeutique.

Concernant le consentement, il faut noter qu'il ne s'agit pas à proprement parler de l'exigence d'un consentement, mais de l'exigence d'une conformité de l'acte aux dispositions relatives au consentement. La différence est notable puisque le droit autorise que des actes médicaux soient pratiqués sans consentement, en les assortissant néanmoins de certaines procédures et conditions. C'est par exemple le cas des soins pratiqués sur des personnes inaptes à consentir ou dans le cadre d'admissions en soins psychiatriques. En dehors de ces hypothèses et à la condition qu'il soit éclairé, le refus de soins est souverain. Pour en revenir au principe du consentement, il faut noter que celui-ci doit aujourd'hui être éclairé. Cela suppose qu'une information préalable à l'acte médical soit donnée. Celle-ci doit être clairement dissociée de l'information sur l'état de santé qui a un régime et une nature différente. Sur ce point, le code de la santé publique doit être clarifié. Par ailleurs, il est notable que le consentement est inefficace à justifier seul l'atteinte médicale. Cela est aujourd'hui refusé par la doctrine et la jurisprudence. Cette position pourrait évoluer, obligeant à une réflexion profonde sur le nouveau mode de régulation des actes médicaux sur le corps humain. Ceux-ci ne seraient plus toujours subordonnés à l'obligation de correspondre à un but spécifique.

Le but spécifique est en effet au coeur des préoccupations du législateur. En 1999, il a fait évoluer l'article 16-3 du code civil en remplaçant la « nécessité thérapeutique » par la « nécessité médicale ». La nécessité est connue. Ce principe vise à ce que ne puissent être effectués que des actes présentant de réelles chances de parvenir au résultat, étant les meilleures alternatives thérapeutiques et présentant enfin une proportion acceptable entre les risques et les bénéfices.

Ce qu'est une nécessité « médicale » est en revanche plus obscur, la finalité « médicale » étant imprécise. Cette notion est d'abord dangereuse. Deux interprétations sont possibles. Premièrement, une interprétation personnelle au terme de laquelle l'acte déterminé par un médecin comme étant nécessaire serait licite. Une telle interprétation est inacceptable car elle reviendrait à empêcher toute régulation juridique des buts de la médecine, ce qu'a pourtant entendu faire le législateur. La seconde interprétation, matérielle, permettrait de qualifier la

nécessité via la médecine. Serait ainsi nécessaire ce que la médecine édicte comme tel. Nous retrouvons le travers que nous venons de dénoncer puisque la pratique et la détermination de la médecine sont le fait des médecins, ce qui nous fait revenir à l'interprétation personnelle. En plus d'être dangereuse, cette modification est juridiquement inutile. Le législateur, pour modifier le texte, avait indiqué que l'utilisation de l'expression « nécessité thérapeutique » était, en 1994 une « coquille ». Cela est faux puisque le législateur de 1994 avait sciemment écarté l'adjectif « médical ». Mais les raisons sont plus profondes puisque cette modification doit être comprise comme une tentative maladroite de rassurer les praticiens pratiquant des actes non thérapeutiques. Ceux-ci, et spécialement ceux pratiquant des stérilisations contraceptives, craignaient en effet que leur responsabilité pénale soit engagée sur le fondement des violences volontaires.

Ces praticiens avaient raison de s'inquiéter : la pratique était illégale. Appeler à la modification du code civil était cependant inutile. La solution était en effet bien connue du législateur qui, depuis la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*, créait des autorisations spéciales pour pratiquer des actes non thérapeutiques. Il y avait là une application simple et efficace de l'adage *specialia generalibus derogant*. La modification était donc avant tout symbolique et la notion de « nécessité médicale » est donc totalement transparente. Nous en voulons pour preuve que, justement en matière de stérilisation thérapeutique, la modification de l'article 16-3 du code civil n'a pas suffi pour autoriser ces actes et qu'il a fallu qu'intervienne une loi spéciale. De plus, nous notons que la « nécessité médicale » est inapte à permettre l'exercice d'actes non autorisés par une loi spéciale comme le clonage ou la gestation pour le compte d'autrui.

La notion de « nécessité médicale » étant inapplicable, l'ancien système prévaudrait. Celui-ci présente l'avantage de la simplicité : sont généralement autorisés — tacitement par l'article 16-3 du code civil — les actes thérapeutiques et doivent être spécialement autorisés les actes non thérapeutiques. Ce système doit pour être compris — et donc être rassurant pour les praticiens — être correctement décrit. Cette description passe d'abord par la description du but thérapeutique. La thérapeutique est une réponse à une pathologie : il s'agit de la prévenir, de la découvrir ou de la traiter. Il faut alors cerner clairement ce qu'est une pathologie. Sur ce point, il faut croiser philosophie et nosologie pour conclure que la pathologie est la réunion d'une lésion et d'une souffrance — le *pathos* — et que les pathologies ont été théorisées et classées par les praticiens au sein des nosologies. L'identification des pathologies est cependant rendue complexe lorsque l'un de ces deux éléments vient à manquer. Les malformations viennent ainsi parfois créer des situations jugées pathologiques mais dépourvues de souffrance tandis que certaines pathologies mentales ne trouvent leur siège dans aucune lésion observable mais provoquent une souffrance indéniable. La frontière de la thérapeutique est donc floue. Néanmoins, nous avons pu dresser une typologie des actes non thérapeutiques. Ceux-ci présentent en effet la particularité d'être autorisés par une disposition spécifique. Nous avons choisi de les ordonner par thème puisque le législateur, sensible aux questions éthiques, légifère par groupes d'actes. Cette typologie permet

de mettre en lumière certaines constantes.

L'acte médical présente donc un intérêt théorique en ce qu'il permet d'identifier correctement les situations dans lesquelles jouent des règles qui, jusqu'alors, étaient attachées à tout acte médical. Il permet par ailleurs d'introduire des nuances dans les auteurs de l'acte et de dépasser les problèmes théoriques et pratiques que posait la « nécessité médicale » de l'article 16-3 du code civil.

Annexes

Annexe n° 1 : Suggestions de textes

L'ordre des suggestions de textes suit le plan de la thèse.

Suggestions de modification de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique

Exposé des motifs. *Sur cette question, cf. supra n° 263, p. 130.*

Conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale et considérant que l'article L. 4161-1 du code de la santé publique instituant l'infraction d'exercice illégal de la médecine ne renvoie qu'aux actes ayant pour objectif le diagnostic ou le traitement de « maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées », les actes médicaux sans lien avec une maladie peuvent être pratiqués.

Néanmoins, le législateur a manifestement entendu réserver les actes médicaux non thérapeutiques aux médecins. Dès lors, une modification de cet article est nécessaire.

Deux solutions s'offrent au législateur. Soit préciser que les traitements sans lien avec une maladie sont réprimés, soit faire référence à la notion d'acte médical qui inclut tant les actes médicaux thérapeutiques que les actes médicaux non thérapeutiques¹ et qui est indifférente à la technique employée².

Suggestions de modification.

Première possibilité. Au second alinéa de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, remplacer les mots « au traitement de » par « à un traitement, qu'il soit ou non lié à des »³.

1. Cf. sur ce point *supra* n° 83 et s., p. 51 et s.

2. Cf. sur ce point *supra* n° 91 et s., p. 54 et s.

3. L'article deviendrait alors « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic **ou à un traitement, qu'il soit ou non lié à des** maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient [...] ».

Seconde possibilité. Au second alinéa de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, remplacer les mots « prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une » par « pratique habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, des actes médicaux, ou pratique un des actes médicaux visés par »¹.

Suggestion de modification de l'article L. 6211-1 du code de la santé publique

Exposé des motifs. *Sur cette question, cf. supra n° 326 et s., p. 166 et s.*

Les actes de biologie médicale ont été qualifiés d'actes médicaux concourant « à la prévention, au dépistage, au diagnostic ou à l'évaluation du risque de survenue d'états pathologiques, à la décision et à la prise en charge thérapeutiques » par l'Ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 *relative à la biologie médicale* ayant modifié l'article L. 6211-1 du code de la santé publique.

Or, et mis à part les actes de conseils en biologie, ces actes n'ont qu'une parenté très faible avec les actes médicaux comme en témoigne le fait qu'ils aient été qualifiés d'« actes médicaux concourant à » et non simplement d'actes médicaux.

Néanmoins, cette modification avait pour objectif de revaloriser la profession de biologiste médical et de permettre en qualifiant la biologie médicale d'activité médicale. Nous proposons une formulation qui permette la préservation de ces objectifs tout en dissociant les activités de biologie médicale des actes médicaux.

Suggestion de modification. À l'article L. 6211-1 du code de la santé publique, remplacer les mots « acte médical qui concourt » par « acte qui concourt à la pratique de la médecine et notamment »².

1. L'article deviendrait alors « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui pratique habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, des actes médicaux, ou pratique un des actes médicaux visés par une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine [...] ».

2. L'article deviendrait alors : « Un examen de biologie médicale est un **acte qui concourt à la pratique de la médecine et notamment** à la prévention, au dépistage, au diagnostic ou à l'évaluation du risque de survenue d'états pathologiques, à la décision et à la prise en charge thérapeutiques, à la détermination ou au suivi de l'état physiologique ou physiopathologique de l'être humain, hormis les actes d'anatomie et de cytologie pathologiques, exécutés par des médecins spécialistes dans ce domaine. »

Suggestion de modification des articles L. 1111-2 et L. 1111-7 du code de la santé publique

Exposé des motifs. *Sur cette question, cf. supra n° 394 et s., p. 204 et s.*

L'article L. 1111-2 du code de la santé publique combine des normes variées relatives à l'information dans le cadre de la relation de soins. Or, ce mélange est préjudiciable à la clarté de la loi puisqu'il faut distinguer l'information sur l'état de santé de l'information préalable à l'acte médical, les deux informations n'ayant pas le même régime. L'information sur l'état de santé est traitée à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique. La présente modification est donc avant tout une modification rédactionnelle.

Par ailleurs, nous constatons que le but de l'information préalable à l'acte médical est parfois oublié par les praticiens. Ceux-ci y voient en effet un potentiel risque judiciaire, ce qui les pousse à informer les patients avant tout pour éviter la naissance d'un tel risque. Il faudrait alors introduire une disposition précisant le but de cette information.¹

Suggestion de modification. À l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, réécrire comme suit le premier alinéa :

« Avant chaque acte médical, le patient reçoit une information destinée à permettre la formation d'un consentement éclairé. 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. Le patient est également informé de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'il relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. 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. »

Supprimer le quatrième et le dernier alinéa.

A l'article L. 1111-7, insérer avant le premier alinéa la phrase suivante « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. »

Après le premier alinéa, insérer l'alinéa suivant : « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. »

Avant le dernier alinéa, insérer l'alinéa suivant : « L'établissement de santé recueille auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie. »

1. Sur cette question, cf. *supra* n° 433 et s., p. 223 et s.

Suggestion de modification de l'article 16-3 du code civil

Exposé des motifs. *Sur cette question, cf. supra n° 485 et s., p. 243 et s.*

L'article 16-3 du code civil est central en droit médical puisqu'il institue une autorisation de la loi permettant aux praticiens de la médecine d'agir légalement sur le corps de la personne humaine. Néanmoins, la transformation de la nécessité thérapeutique en nécessité médicale a amoindri la précision de cet article.

Le droit médical est cependant constitué d'un grand nombre de textes autorisant spécialement des actes non thérapeutiques. La modification de l'article 16-3 du code civil est donc juridiquement invisible puisque si les actes thérapeutiques sont par principe autorisés, les actes non thérapeutiques bénéficient d'une autorisation spéciale les faisant alors bénéficier de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Considérant que les praticiens sont très attachés à la modification de l'article 16-3 du code civil, l'incompréhensible notion de « nécessité médicale » ayant en effet une valeur politique puisqu'elle témoigne d'une reconnaissance par la loi de leur action, il semble impossible de modifier la substance de cet article. Il est néanmoins possible de préciser la notion, en s'appuyant justement sur le fait que les actes non thérapeutiques sont autorisés par des textes spéciaux.

Subsidiairement, il serait possible d'harmoniser l'article 16-3 du code civil avec l'actuelle exigence du consentement qui doit être éclairé. Il faut noter que cela avait déjà été proposé par le Sénat¹.

Suggestion de modification. À l'article 16-3 du code civil, insérer au premier alinéa le mot « éclairé » après le mot « consentement ».

Au même article, après l'alinéa premier, ajoutez un alinéa ainsi rédigé : « Répondent à une nécessité médicale les actes médicaux nécessaires à la poursuite d'un but thérapeutique ou un but autorisé par une disposition spéciale. »

1. Cf. *supra* n° 420, p. 217.

Annexe n° 2 : Suggestion de définitions

Les présentes définitions pourraient être incluses dans un dictionnaire juridique.

Acte médical

Acte enseigné à la faculté de médecine.

Thérapeutique

Qui a pour objet de prévenir, diagnostiquer et traiter les pathologies.

Bibliographie

Sources juridiques

Rapports officiels

Avant-projet de loi. Réforme de la responsabilité civile, Ministère de la justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau, 29 mai 2016, URL : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf (visité le 31/05/2016).

Avis n° 1 : Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport, n° 1, Comité consultatif national d'éthique, 22 mai 1984.

Avis n° 50 : Avis sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive, Comité consultatif national d'éthique, 3 avr. 1996, URL : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis050.pdf> (visité le 29/08/2013).

Avis n° 87 : Refus de traitement et autonomie de la personne, Comité consultatif national d'éthique, 2005, URL : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis087.pdf> (visité le 19/03/2015).

Avis du 17 janvier 2007 sur deux projets de décrets relatifs à l'ostéopathie, Haute Autorité de santé, 17 jan. 2007, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/avis_projets_decret_osteopathie.pdf (visité le 24/10/2013).

BRAIBANT (Guy), *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, n° 4855, 1988.

BUFFET (François-Noël), *Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique*, Rapport parlementaire n° 381, Sénat, 29 avr. 2011, URL : <http://www.senat.fr/rap/a10-381/a10-3811.pdf> (visité le 20/06/2014).

CAZEAU (Bernard), *Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information portant sur les dispositifs médicaux implantables et les interventions à visée esthétique*, Rapport parlementaire, Sénat, 10 juin 2012, URL : <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf> (visité le 20/06/2014).

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53*, 1^{er} fév. 2013, URL : http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/Regularsession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf?u (visité le 16/07/2015).

Le refus de soins opposé au malade, Université Paris Descartes et Institut droit et santé, 2010, URL : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf (visité le 27/05/2016).

Les droits des enfants à l'intégrité physique, Résolution 1952 (2013), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1^{er} oct. 2013, URL : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=fr> (visité le 25/11/2015).

LIGNIÈRES-CASSOU (Martine), *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rapport parlementaire n° 2726, Assemblée nationale, 15 nov. 2000, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2726.asp> (visité le 07/09/2013).

Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n° 3258, 5 sept. 2001, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3258.asp> (visité le 20/03/2015).

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale, URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021683276> (visité le 04/11/2014), NOR : SASX0927179P.

Rapport relatif à la législation funéraire, Défenseur des droits, nov. 2012, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000619/index.shtml> (visité le 14/06/2015).

Réflexions sur le droit de la santé, Rapport public n° 49, Conseil d'État, fév. 1998.

Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs

AUBY (Jean-Marie), *Le droit de la santé*, Thémis, Presses Universitaires de France, 1981.

— *Le sang humain et le droit*, Que sais-je ? n° 3211, Presses universitaires de France, 1997.

BAUD (Jean-Pierre), *L'affaire de la main volée*, Seuil, Des Travaux, mar. 1993.

BERGEL (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, 5^e éd., Méthodes du droit, Presses universitaires de France, 2005.

BERGOIGNAN-ESPER (Claudine) et Pierre SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, avec une préf. de P. MAZEAUD, 1^{re} éd., Grands arrêts, Dalloz, 2010.

— *Les grands arrêts du droit de la santé*, avec une préf. de P. MAZEAUD, 2^e éd., Grands arrêts, Dalloz, 2016.

BINET (Jean-René), *Droit médical*, Cours, Montchrestien, 2010.

BOULOC (Bernard), *Droit pénal général*, Précis, Dalloz, 2013, 23^e éd.

BOUZAT (Pierre), *Droit pénal général*, 1970, Tome I, 2^e ed.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil, 1, Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, t. 1, Thémis, Presses universitaires de France, 2000.

— *Droit civil*, Thémis, Presses universitaires de France, 2004.

CASTELLETTA (Angelo), *Responsabilité médicale*, Dalloz référence, Dalloz, 2004, 2^e édition.

CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014.

- CONTE (Philippe) et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, avec une préf. de J. LARGUIER, Collection U, Armand Colin, 2004.
- CORNU (Gérard), *L'art du droit en quête de sagesse*, Doctrine juridique, Presses Universitaires de France, 1998.
- CORNU (Gérard) et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2008.
- *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 10^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 2014.
- DECOCQ (André), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, avec une introd. de G. LEVASSEUR, L.G.D.J., 1960.
- DEMICHEL (André), *Droit médical*, Manuels b-1 santé, Berger-Levrault, 1983.
- *Le droit de la santé*, Les Études Hospitalières, 2011.
- DESPORTES (Frédéric) et Francis LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2008, 15^e ed.
- *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2009, 16^e ed.
- DIBIE-KRAJCMAN (Dorothee), *Informations génétiques et fonctions médicales : Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, avec une préf. de C. LABRUSSE-RIOU, Thèses, n° 16, Les Études Hospitalières, 2002, Thèse de droit soutenue à l'université de Paris I le 10 avril 2002.
- DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du recueil Sirey, 1947, 3^e édition.
- DOSDAT (Jean-Claude), *Les normes nouvelles de la décision médicale*, avec une préf. d'A. LAMBOLEY, Collection Thèses, n° 19, Les Editions Hospitalières, 2010, Thèse de droit privé soutenue à l'université des sciences sociales de Poitiers le 6 mars 2004.
- DREYER (Emmanuel), *Droit pénal général*, Manuel, LexisNexis SA, 2014, 3^e éd.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *Droit des obligations*, Thémis droit, Presses universitaires de France, 2013.
- FLOUR (Jacques), Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations*, 2. Le fait juridique, Collection U, Armand Collin, 2011, 14^e ed.
- GARÇON (Emile), *Code pénal annoté*, Librairie Sirey, 1956, Tome deuxième (art. 295 à 401).
- GARNIER (André), *Le délit d'exercice illégal de la médecine*, Domat-Montchrestien, 1937.
- GÉNICOT (Gilles), *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010.
- GÉNY (François), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 1914.
- *Sciences et techniques en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, L.G.D.J., 1922.
- GHESTIN (Jacques), Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994.
- GIRER (Marion), *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, avec une préf. de M.-F. CALLU, concl. G. MÉMETEAU, thèses, n° 18, Les Éditions hospitalières, 2008, Thèse de droit soutenue le 6 décembre 2005.
- GUASTINI (Riccardo), *Teoria del diritto*, Approchio metodologico, Modena : Mucci editore, 2012.

- GUESTIN (Jacques), Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- HERMITTE (Marie-Angèle), *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996.
- HOCQUET-BERG (Sophie) et Bruno PY, *La responsabilité du médecin*, Droit professionnel, Heures de France, 2006.
- HUSSON (Léon), *Droit, économie et sociologie*, Dalloz, 1959.
- JARROSSON (Charles), *La notion d'arbitrage*, Nouvelle bibliothèque des thèses, L.G.D.J., 1987.
- JAUNAIT (Alexandre), *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes français de déontologie médicale*, avec une préf. de M. SADOUN, Nouvelle bibliothèque de thèses, science politique, Dalloz, 2005.
- JESTAZ (Philippe) et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Dalloz, 1962, URL : <http://www.scribd.com/doc/61470451/Theorie-pure-du-droit-1962-Hans-Kelsen> (visité le 07/10/2015), Traduction française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre ».
- KLEIN (Noémie), *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Thèses numériques de la BNDS, n° 6, Les Etudes Hospitalières, 2010.
- KORNPROBST (Louis), *Les Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1957.
- LABBÉE (Xavier), *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, avec une préf. de J.-J. TAISNE, Sciences juridiques et sociales, Presses universitaires du Septentrion, 2012, URL : https://books.google.fr/books?id=_vvgw40HIT4C&lpg=PA1&hl=fr&pg=PA1#v=onepage&q&f=false (visité le 21/07/2016).
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), *Ecrits de bioéthique*, avec une introd. de M. FABRE-MAGNAN, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2007, URL : <http://www.cairn.info/ecrits-de-bioethique--9782130561323.htm> (visité le 22/07/2016).
- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel : Systèmes d'indemnisation*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2012.
- LAUDE (Anne), Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3^e éd., Thémis droit, Presses universitaires de France, 2012.
- Le SIDA : Aspects juridiques*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, avec une préf. de F. KERNALEGUEN, Economica, 1995, Centre de Recherche Juridique et Judiciaire de l'Ouest (CRJO).
- LECHOPIÉ (Alfred) et Ch. FLOQUET, *Droit médical ou code des médecins : Docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc.*, Octave Doin et Marchal et Billard, 1890, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76782z> (visité le 12/02/2016).
- LEPAGE (Agathe) et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Thémis, Presses Universitaires de France, 2015.
- Les cliniques juridiques*, sous la dir. de X. AUREY, Presses universitaires de Caen, 2016.
- LOISEAU (Pierre), *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, Collection de droit de la santé, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
- MAYAUD (Yves), *Droit pénal général*, 3^e éd., Collection droit fondamental, Presses universitaires de France, 2010.

- MÉMÉTEAU (Gérard), *Le droit médical*, Jurisprudence française, Litec, 1985.
- *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les études hospitalières, 2010.
- MISTRETTA (Patrick), *Droit pénal médical*, avec une préf. de D. SAFRAN, Ed. Cujas, 2013.
- MOTULSKY (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, avec une préf. de P. ROUBIER, Dalloz, 2002.
- NEIRINCK (Claire), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, avec une préf. de B. TEYSSIÉ, 182 t., Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1984.
- PAULIN (Christophe), *Droit pénal général*, 6^e éd., Objectif droit, LexiNexis SA, 2010.
- PAUTHIER (Céline), *L'exercice illégal de la médecine (1673-1793) : entre défaut de droit et manière de soigner*, Histoire, médecine et société, Glyph & Biotem éditions, 2002, Version remaniée d'une thèse d'histoire du droit.
- PELLETIER (Hervé) et Jean PERFETTI, *Code pénal*, LexisNexis, 2014, 27^e éd., daté de 2015.
- PENNEAU (Jean), *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, avec une préf. d'A. TUNC, Bibliothèque de droit privé, t. 133, L.G.D.J., 1973.
- PICHARD (Marc), *Le droit à*, avec une préf. de M. GOBERT, Recherches Juridiques, Economica, 2006.
- PITCHO (Benjamin), *Le statut juridique du patient*, Thèses, n° 15, Les études hospitalières, 2002.
- PRADEL (Jean), *Sang et droit pénal*, 14 t., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris : Cujas, 1995.
- *Droit pénal général*, Editions Cujas, 2008.
- *Droit pénal général*, Référence, Editions Cujas, 2012.
- *Droit pénal général*, 20^e éd., Référence, Editions Cujas, 2014.
- PRADEL (Jean) et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : Droit commun, droit des affaires*, Editions Cujas, 2011.
- RASSAT (Marie-Laure), *Droit pénal spécial : Infractions au Code pénal*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2014.
- REBECQ (Geneviève), *La prescription médicale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.
- ROBARD (Isabelle), *Médecines non-conventionnelles et droit : la nécessaire intégration dans les systèmes de santé en France et en Europe*, Actualités, Litec, 2002.
- ROUSSET (Guillaume), *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèses, n° 26, Les Études Hospitalières, 2010.
- SAURY (Robert), *Manuel de droit médical : à l'usage du médecin praticien et de l'étudiant en médecine*, Masson, 1989.
- SAURY (Robert) et André CASTALDO, *L'éthique médicale et sa formulation juridique : approche médico juridique des grands problèmes éthiques*, Montpellier : Sauramps médical, 1991.
- SAVATIER (René) et al., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956.
- TERRÉ (François) et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes : Personnalité, Incapacité, Protection*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2012.

VÉRON (Michel), *Droit pénal spécial*, 12^e éd., Sirey université, Dalloz, 2008.

VITU (André) et Roger MERLE, *Traité de droit criminel Tome 1 Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e éd., Paris : Editions Cujas, 1997.

WELSCH (Sylvie), *Responsabilité du médecin*, 2^e éd., Pratique professionnelle, Editions du Juris-Classeur, 2003.

WOLMARK (Cyril), *La définition prétorienne*, Etude en droit du travail, avec une préf. de G. BORENFREUND, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2007.

ZENATI-CASTAING (Frédéric) et Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, Presses universitaires de France, 2006.

Thèses et mémoires

BELVILLE (Jean-Philippe), *La chirurgie esthétique en France. Histoire juridique de la construction d'une spécialité.*, sous la dir. de M.-F. CALLU, Doctorat en droit, Lyon : Université Jean Moulin Lyon 3, 27 oct. 2006, URL : http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2006/belville_jp/info (visité le 13/09/2013).

BODELET (Lionel), *Le Risque accepté en droit pénal français contemporain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Dijon, 1932.

BRÉCHAT (Pierre-Henri), *Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé*, sous la dir. de M. BORGHETTO, Université Panthéon-Assas (Paris II), nov. 2012, URL : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/494c0702-2276-4c0a-aae2-deedf654e58e> (visité le 20/07/2016).

DEGOY (Lucie), *Essai sur la nécessité médicale*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Toulouse : Université de Toulouse 1 Capitole, 31 mai 2013.

FRAGU (Estelle), *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle : Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, sous la dir. de Y. LEQUETTE, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 9 nov. 2015.

LEBRUN (Noémie), *Les clauses de conscience dans le domaine médical*, sous la dir. de F. BELLIVIER, mém.de mast., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014.

MORON-PUECH (Benjamin), *Les inteseuxels et le droit*, Mémoire de master, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, URL : http://www.u-paris2.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichier?ID_FICHER=79168 (visité le 03/02/2014).

— *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, sous la dir. de D. FENOUILLET, Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 avr. 2016, URL : <http://www.theses.fr/s50212> (visité le 22/09/2015).

NEY (Michel), *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, Université de Lausanne, 1979.

PY (Bruno), *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, sous la dir. de J.-F. SEUVIC, Université Nancy 2, 1993.

RISSEL (Aurélien), *L'information médicale : Contribution à l'étude de la relation médicale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER, Thèse de droit, Rennes : Université de Rennes 1, 13 déc. 2011.

SARONAT (Geneviève), *Le Principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil*, thèse de doct., Université de Poitiers, 1951.

VÉRON (Paul), *La décision médicale*, sous la dir. de F. VIALLA, Thèse en droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 9 déc. 2015, Version de soutenance.

Articles

ANGEVIN (Henri), « Torture et actes de barbarie », *Jurisclasseur droit pénal*, vol. 20.

ASQUINAZI-BAILLEUX (Dominique), « Un regard sur la prestation de chirurgie esthétique », *Petites affiches*, 31 juil. 1996, p. 14.

ATIAS (Christian), « Les références médicales opposables : révolution ou continuité ? », *RDSS*, 1995, p. 21.

BACACHE (Mireille), « L'information médicale est-elle encore perfectible ? », *La Gazette du Palais*, Ed. Spéciale 2012, 7^{es} états généraux du dommage corporel. 2002-2012-2022 La loi Kouchner entre deux décennies, p. 1907.

BATTEUR (Annick), *Le consentement sur le corps en matière médicale* in LARRALDE (Jean-Manuel), *La libre disposition de son corps*, Droit et justice, Bruylant-Nemesis, 2009.

BELLIVIER (Florence), Rosalice FIDALGO PINHEIRO et Christine NOIVILLE, « Le prix du sang », *Revue des contrats*, sept. 2015, vol. 3, p. 597.

BÉNOIT (Francis-Paul), *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel* in *Mélanges Gustave Peiser*, sous la dir. de J.-M. GALABERT et M.-R. TERCINET, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995.

BERNARD (Michel), « 55 - Un diplôme de docteur en médecine autorise-t-il la pratique de tout acte médical ? » in *160 questions en responsabilité médicale*, sous la dir. de M. BERNARD, 2^e éd., Paris : Elsevier Masson, 2010, p. 136, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9782294708879000555>.

BIOY (Xavier), *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction* in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, *Etudes juridiques*, 31, Economica, 2009.

BLOCH (Laurent), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique* in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, sous la dir. de P. DELMAS SAINT-HILAIRE et al., LexisNexis - Dalloz, 2012.

BOUTEILLE (Magalie), « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 18 fév. 2001, n° 1, p. 17, Supplément au JCP E.

BURGELIN (Jean-François), *L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins* in *Rapport annuel de la Cour de cassation (1999)*, Etudes et documents, La Documentation française, 2000, URL : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/jean_fran_5787.html (visité le 14/08/2015).

BYK (Christian), « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », *RGDM*, 1999, 3, p. 16.

CATHELINÉAU (Anne), « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, p. 4.

CATHERINE (Aurore), *La codécision, entre mythe et réalité* in *Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes.

- CLUZEL-MÉTAYER (Lucie), « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 442.
- COING (Helmut), *Signification de la notion de droit subjectif in Le droit subjectif en question*, t. IX, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964.
- CONTIN (Monique), « La nécessité médicale jusqu'où? » in *Colloque Franco-Libanais La protection de la personne au regard des conditions de l'acte médical*, Beyrouth, Liban, 2 mar. 2012, URL : <https://inriav3-preprod.archives-ouvertes.fr/IODE/halshs-00686414>.
- CORMIER (Christine), « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.
- CREMER (Robin), « La classification de Maastricht des donneurs d'organes change-t-elle la définition de la mort ? », *RGDM*, 2015, p. 45–58.
- DANTI-JUAN (Michel), *Ordre de la loi in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, oct. 2010.
- DE CALLATAÏ (Daniel), *L'expertise du dommage corporel et de la responsabilité médicale in VAN COMPERNOLLE (Jacques) et Bernard DUBUISSON, L'expertise*, Bruxelles : Bruylant, 2002.
- DEKEWER-DÉFOSSÉZ (Françoise), *De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine in ROUAULT (Marie-Christine), Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999.
- *Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique in Mélanges en honneur de Gérard MÉMETEAU : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, sous la dir. de B. PY, F. VIALLA et J. LEONHARD, Collection Mélanges, LEH Éditions, 2015.
- DEMICHÉL (Francine), *Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique in Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz, 1992.
- DESCOMBES (Vincent) et Georges VIGARELLO, « Peut-on séparer le corps de la personne ? », *Hors-série Justices*, 2001, p. 4.
- DOUCET (Jean-Paul), *La nature juridique de l'état de nécessité in La diversité du droit*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. TERRÉ, Bruylant, 2012.
- DOUMENG (Valérie), « *Ton corps nous appartient* » : *Réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte in Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, sous la dir. de B. BEIGNIER et al., 2015.
- DOURLEN-ROLLIER (Anne-Marie), *Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés in GAMI (Alain) et Henri LERIDON, Les enjeux de la stérilisation*, Questions en santé publique, INSERM INED, 2000.
- DREIFUSS-NETTER (Frédérique), « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gazette du Palais*, 2006, p. 1693.
- « Quels principes pour un droit de la procréation médicalement assistée ? », *Médecine & Droit*, jan. 2011, n° 106, p. 8–11.
- DUBOIS (Charlotte), *Entre tradition et modernité : le Décalogue en contrepoint in Entre tradition et modernité : le code pénal en contrepoint*, Dalloz, à paraître.
- DUBOIS (Louis), « Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ? », *RDSS*, 2002, p. 41.

- EISENMANN (Charles), *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique* in *La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, Sirey, 1966, p. 25.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *De la sélection à l'eugénisme* in *La génétique, science humaine*, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN et P. MOULLIER, Débats, Belin, 2004.
- FABRE-MAGNAN (Muriel) et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits, Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes moeurs »* n° 48, 2009, *La liberté du consentement*, t. 1.
- FAURÉ (Georges), « Que bien légiférer est un art difficile ! : Bref commentaire du nouvel alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 27 juillet 1999 », *Médecine & Droit*, 1999, vol. 38, p. 1-3.
- FEUILLET (Brigitte), *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in BELLIVIER (Florence) et Christine NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Dalloz, 2006.
- *Les directives anticipées, un indice de consentement à effets limités* in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, sous la dir. de H. GAUMONT-PRAT, Les Éditions Hospitalières, 2013, p. 69.
- FEUILLET-LE MINTIER (Brigitte), *La biomédecine, nouvelle branche du droit ?* in *Normativité et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, Études Juridiques, Paris : Economica, 2003.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.
- GONGGRYP (Thibault), *L'hospitalisation sous contrainte à l'épreuve des droits fondamentaux du patient* in CENTRE DE DROIT DE LA SANTÉ, *Les cahiers de droit de la santé du Sud-Est - La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, t. 6, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- GROUDEL (Hubert), « Assurance des recherches biomédicales », *RDSS*, 2010, p. 103.
- GRZEGORCZYK (Christophe), *Le concept de bien juridique, l'impossible définition* in *Les biens et les choses en droit*, Archives de philosophie du droit, t. 24, Sirey, 1979.
- HARICHAUX (Michèle), « L'obligation du médecin de respecter les données de la science : A propos du cinquante-nième de l'arrêt Mercier : bilan d'une jurisprudence », *JCP G.*, 18 nov. 1987, I 3306, n° 47.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 3154.
- HENNION-JACQUET (Patricia), « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.
- HERBERT (Alexandra), *La transmission du tabou de la virginité chez les jeunes filles d'origine mabhrébine* in REVEYRAND-COULON (Odile) et Zohra GUERRAOUI, *Pourquoi l'interdit ? : regards psychologique, culturel et interculturel*, Ramonville Saint-Agne : érès, 2006.
- HO DHIN (Anne-Marie), « Le "vide juridique" et le "besoin de droit". Pour un recours à l'hypothèse du non droit », *L'Année sociologique*, 2 2007, vol. 57, p. 419-453, URL : www.cairn.info/revue-1-annee-sociologique-2007-2-page-419.htm.
- JONVILLE (Armand), « La "médicalisation" de la biologie par l'ordonnance du 13 janvier 2010 », *RGDM*, 2011, 38.
- JOUANNET (Pierre), *Le médecin face à la procréation légalement assistée* in *Juger la vie*, sous la dir. de M. IACUB et P. JOUANNET, Cahiers libres, La découverte, 2001, p. 127-139, URL : <http://www.cairn.info/juger-la-vie---page-127.htm> (visité le 19/06/2014).

- JOURDAIN (Patrice), « Les actes de chirurgie esthétique sont des “actes de soins” », *RTD civ.*, 2014, p. 394.
- KAYSER (Pierre), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 445.
- LACHAUD (Yves) et Laurence AVELINE, « La responsabilité médicale pour défaut d'information, de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative », *Gaz. pal.*, 1999, p. 852.
- LASSERRE-KIESOW (Valérie), « Droit et technique », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 24 jan. 2011, 4, p. 93.
- LAUDE (Anne), « La force juridique des références médicales opposables », *Médecine & Droit*, fév. 1998, 28, p. 1.
- « Le consommateur de soins », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 415.
- « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1151.
- « La judiciarisation de la santé », *Questions en santé publique*, mar. 2013, 20, URL : <http://www.iresp.net/iresp/files/2013/04/judiciarisation-sante-n20.pdf> (visité le 21/09/2015).
- LAURENT (Dominique), « La déontologie médicale en 2015 », *Les Tribunes de la santé*, 3 2015, 48, p. 23-32, DOI : 10.3917/seve.048.0023.
- LECA (Antoine) et Caroline BERLAND-BENHAIM, *Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique in Consentement et santé*, éd. établie et préf. par A. LAUDE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 19, Acte du colloque international de l'association française de droit de la santé s'étant tenu le 4 octobre 2012 à l'Université Paris Descartes.
- LEMENNICIER (Bertrand), « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, 1991, n° 13, p. 111.
- LOKIEC (Pascal), « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641.
- MANAOUIL (Cécile) et al., « Information du patient par le pharmacien en officine », *Médecine & Droit*, 2016, vol. 2016, 138, p. 70-81, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2015.07.003>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673911500086X>.
- MATHIEU (Bertrand), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.
- *L'appréhension de l'eugénisme par le droit : entre réglementation et interdiction in L'éternel retour de l'eugénisme*, sous la dir. de J. GAYON, D. JACOBI et M.-C. LORNE, Science, histoire et société, Paris : Presses universitaires de France, 2006.
- MÉMETEAU (Gérard), « Le refus de soins à l'enfant conçu », *RDSS*, 1979, p. 327.
- « à l'abordage », *Les petites affiches*, 1994-12, p. 149.
- « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois de bioéthique », *JCP*, 1995, I, p. 3838.
- « La reconnaissance de la profession de chiropracteur », *Droit Déontologie & Soins*, 2007, vol. 7, p. 328-337.
- *Les mots du droit médical in Mots de science : Mélanges en l'honneur de Nicole M. Le Douarin*, sous la dir. de C. PUIGELIER, avec une préf. de F. JACOB, Bruxelles : Bruylant, 2010.
- MORET-BAILLY (Joël), « Les modes de définition des professions de santé : présent et avenir », *RDSS*, 2008, p. 508.
- « L'ostéopathie : profession de santé ou activité de soins ? », *RDSS*, 2009, p. 290.

- MORON-PUECH (Benjamin), « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue droit et santé*, 2013, n° 50, p. 200–214.
- NEIRINCK (Claire), « L’embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 841.
- « Signalement : maltraitance ? », *Empan*, 2006, vol. 2, n° 62, p. 28–33, DOI : 10.3917/empa.062.0028., URL : www.cairn.info/revue-empan-2006-2-page-28.htm. (visité le 15/08/2015).
- OLIVIERO (Philippe), *La notion de « pré-embryon » dans la littérature politico-scientifique in Droit et science*, Archives de philosophie du droit, t. 36, Dalloz, 1991, URL : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/resume.php?ref=174> (visité le 20/11/2015).
- PARAIN-VIAL (Jeanne), *La nature du concept juridique et la logique in La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, Sirey, 1966, p. 45.
- PENNEAU (Jean), « Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 602.
- « Droit médical : décembre 2007 - novembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1302.
- *Médecine (Réparation des conséquences des risques sanitaires) in Répertoire de droit civil*, Dalloz, déc. 2013.
- PENNEAU (Michel), « Le défaut d’information en médecine », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 46.
- PIN (Xavier), « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC*, 2003, p. 259.
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », Vers la reconnaissance d’un fait justificatif?, *Droits, Le sujet, les droits de l’homme et la fin des « bonnes moeurs »* n° 49, 2009, *La liberté du consentement*, t. 2.
- PORCHY-SIMON (Stéphanie), « Fasc. 440-40 : Santé . – Responsabilité médicale . – Responsabilité pour faute de technique médicale », *J.-Cl. res. civ.*, 25 juil. 2013.
- PRIEUR (Sébastien), « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM*, 2002, p. 119.
- PY (Bruno), « Un médecin sentant sa mort prochaine... De l’obligation de porter secours au “laisser mourir” » in *Mélanges en l’honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009.
- « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *Actualité juridique pénal*, 2012, n° 7-8, p. 384.
- « La dimension exonératrice des causes d’irresponsabilité pénale » in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Dix-neuvièmes journées d’études de l’Institut de Sciences Criminelles de Poitiers Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, 15 juin 2012, sous la dir. de M. DANTI-JUAN, t. XXVIII, Editions Cujas, 2013.
- RENAUT (Marie-Hélène), « L’évolution de l’acte médical », *RDSS*, 1999, p. 35.
- RIVERO (Jean), « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 23.
- ROMAN (Diane), « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, p. 423.
- ROSS (Alf), « Tû-tû », trad. par E. M. MILLARD et E. MATZNER, *Harvard Law Review*, 5 1957, vol. 70, URL : <http://enquete.revues.org/1586> (visité le 10/08/2014).
- ROUBIER (Paul), *Délimitations et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs in Le droit subjectif en question*, t. IX, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964.

- ROUSSET (Guillaume), « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *RGDM*, mar. 2008, 26.
- ROUVIÈRE (Frédéric), *Le revers du principe « différence de nature (égal) différence de régime »*, Penser le droit in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Economica, 2013, URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document> (visité le 11/03/2016).
- SAINT-ROSE (Jerry), « Une dépénalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide », *Droit de la famille*, n° 10 2015, étude 13.
- SARGOS (Pierre), « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Médecine & Droit*, 1998, 28, p. 9–12.
- « Rapport sous Cass. 1^{re} civ. 29 octobre 2001 », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3470.
- SAVATIER (Jean), « Défense et illustration du Droit médical », *Archives de philosophie du droit*, 1953–1954, *Déontologie et discipline professionnelle*.
- SAVATIER (René), *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle in Etudes Capitant*, Dalloz, 1930.
- « Note sous CA Paris 13 janv. 1959, D^{11e} Le Ligeour c. Dr. X », *JCP G.*, 1959, I.11142.
- SOLEIL (Sylvain), *Eugénisme français, eugénisme à visage humain ? in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000.
- SUREAU (Claude), *L'appréhension par le corps médical des normes biomédicales in Normativité et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER, Economica, 2003.
- TERRÉ (François), *Inestimable Code civil in 1804-2004, Le Code civil*, Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004.
- THOUVENIN (Dominique), « La personne humaine et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *Les petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 25.
- « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit*, mai–juin 1994, n° 6, p. 57.
- *Annexe 8 - Note juridique in Le Dépistage de la trisomie 21 à l'aide des marqueurs sériques maternels : rapport d'étape de la mission confiée par le ministre du travail et des affaires sociales et le secrétaire d'Etat à la santé et à la sécurité sociale*, Ministère du travail et des affaires sociales, déc. 1996, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974014700/0000.pdf> (visité le 24/06/2014).
- « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.*, 2000, p. 485.
- « La construction juridique d'une atteinte au corps humain », *Hors-Série Justices*, 2001.
- TILLET (Edouard), « Le droit pénal face au corps humain : l'exemple de l'infraction de violences volontaires », *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, 2004, 2, p. 127.
- TROPER (Michel), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, nov. 1989, 10, p. 101.
- TRUCHET (Didier), « La décision médicale et le droit », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 20 oct. 1995, 11, p. 611.
- VALENTIN (Vincent), *Droit et légitimité. L'épreuve du consentement. in Droit et légitimité*, sous la dir. de L. FONTAINE, Nemesis, Bruxelles : Bruylant, 2011.

VIALLA (François), « Bref retour sur le consentement éclairé », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 292.

WALINE (Marcel), *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?* in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant-Sirey, 1963.

Autres sources

Rapports officiels

Analyse de l'activité hospitalière 2014, ATIH, 23 oct. 2015, URL : http://www.atih.sante.fr/sites/default/files/public/content/2790/rapport_analyse_activite_hospitaliere_2014.pdf (visité le 19/10/2015).

BALLEREAU (Michel), *Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale*, Ministère de la santé de la jeunesse et des sports, 2008, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_pour_la_biologie_medicale.pdf (visité le 04/11/2014).

BLANCHARD (Nicolas), Francis FAGANI et Sabine GADENNE, *Étude documentaire sur les professions d'ostéopathe et de chiropracteur en Europe*, 20065-188, Haute autorité de Santé et Cemka Eval, 16 juin 2006, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/etude_doc_osteopathe_chiropracteur.pdf (visité le 31/03/2016).

BOUSQUET (Danielle) et Françoise LAURANT, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG*, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires, n° 2013-1104-SAN-009, Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 nov. 2013, URL : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_ivg_volet2_v10.pdf (visité le 20/02/2016), Rapport en réponse à la saisine de la Ministre des Droits des femmes, Madame Najat VALLAUD-BELKACEM.

DIONIS DU SÉJOUR (Jean) et Jean-Claude ETIENNE, *Rapport sur les télécommunications à haut débit au service du système de santé*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 23 juin 2004, URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i1686-t1.asp> (visité le 12/06/2016).

Echographies foetales à visée médicale et non médicale : définitions et compatibilité, Rapport d'évaluation technologique, Haute autorité de santé, 26 avr. 2012, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/rapport_echographies_foetales_vde.pdf (visité le 12/06/2015).

Education thérapeutique du patient : Programmes de formation continue pour professionnels de soins dans le domaine de la prévention des maladies chroniques, Recommandation d'un groupe de travail de l'organisation mondiale de la Santé, Organisation Mondiale de la Santé, Bureau Régional pour l'Europe, 1998, URL : http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/145296/E93849.pdf (visité le 14/05/2014).

Éfficience de la télémédecine : état des lieux de la littérature internationale et cadre d'évaluation, Note de cadrage, Haute autorité de santé, juin 2011, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2011-06/cadrage_telemedecine_vf.pdf (visité le 26/11/2015).

Guide de contractualisation des dotations finançant les missions d'intérêt général, version Version 1 - actualisée en avril 2013, Direction générale de l'offre de soins, mar. 2012, URL : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/04/cir_36777.pdf (visité le 20/02/2014), Issu de la circulaire n° DGOS/R5/2013/57 du 19 février 2013 relative au guide de contractualisation des dotations finançant les missions d'intérêt général (NOR : AFSH1304733C).

- LE BRETON-LEROUVILLOIS (Guénaëlle) et al., *Atlas de la démographie médicale en France*, sous la dir. de P. ROMESTAING, Conseil National de l'Ordre des Médecins, 2013, URL : http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/atlas_national_2013.pdf (visité le 02/09/2015).
- *Atlas de la démographie médicale en France*, sous la dir. de J.-F. RAULT, Conseil National de l'Ordre des Médecins, 2015, URL : http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/atlas_national_de_la_demographie_medecale_2015.pdf (visité le 02/09/2015).
- Les métiers du diagnostic biologique du cancer : anatomie et cytologie pathologiques, biologie médicale, génétique*, Observatoire national de la démographie des professions de santé, 2009, URL : http://www.college-pathologistes.com/UserFiles/File/Rapport_ONDPS_INCa_2008-2009.pdf (visité le 23/06/2015).
- Maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : diagnostic et prise en charge de l'apathie*, Recommandation de bonne pratique, Haute autorité de santé, juil. 2014, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2014-10/bat-3v_reco2clicsapathie-alzheimer-071014.pdf (visité le 18/11/2015).
- Manifestations dépressives à l'adolescence : 1. Repérage, diagnostic et stratégie en soins de premier secours*, Synthèse de la recommandation de bonne pratique, Haute autorité de santé, nov. 2014, URL : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2014-12/manifestations_depressives_fiche_de_synthese_reperage-diagnostic_et_strategie.pdf (visité le 19/11/2015).
- Note valant avis sur les opérations funéraires pour les personnes décédées infectées par le VIH*, Conseil national du Sida, 12 mar. 2009, URL : http://www.cns.sante.fr/IMG/pdf/Avis_Operations_funeraires.pdf (visité le 14/06/2015).
- Plan Psychiatrie et Santé mentale 2011-2015*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, URL : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_Psychiatrie_et_Sante_Mentale_2011-2015.pdf (visité le 31/05/2016).
- Rapport anatomie et cytologie pathologiques*, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 15 avr. 2012, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Anatomie_cytologie_pathologiques.pdf (visité le 17/06/2015).
- Rapport annuel au Parlement et au Gouvernement*, Commission nationale des accidents médicaux, 2004, URL : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_CNAMED_04-05.pdf (visité le 07/04/2014).
- Rapport sur la formation clinique des étudiants en médecine : remis à Madame Marisol Touraine Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes*, Conférence des Doyens de Faculté de Médecine, 28 oct. 2015, URL : http://basedaj.aphp.fr/daj/public/file/openfile/id_fiche/13189/id/3292 (visité le 27/11/2015).
- Rapport sur les actes à visée esthétique*, sous la dir. de DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, Ministère en charge de la santé, déc. 2008, URL : <http://www.esthetic-planet.com/docutiles/rapport-dgs.pdf> (visité le 28/02/2014).
- Référentiel métier « psychiatrie »*, sous la dir. de COMMISSION NATIONALE DE L'INTERNAT ET DU POST INTERNAT, URL : http://www.medecine.u-psud.fr/_resources/DES-Psychiatrie/Maquette%20et%20organisation%20g%C3%A9n%C3%A9rale/Maquette%20nationale/2011-04%20R%C3%A9f%C3%A9rentiel%20M%C3%A9tier%20Psychiatrie.%20CNIPI.pdf?download=true (visité le 28/04/2016).
- SAURY (Robert), *Secret médical et compagnie d'assurance*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins d'avril 2000, Conseil national de l'Ordre des médecins, avr. 2000, URL : http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secret_medical_et_compagnie_dassurance.pdf (visité le 02/09/2015).

//www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretassurancesaury.pdf (visité le 04/08/2015).

Vade-mecum Télémédecine, Conseil national de l'ordre des médecins, 11 sept. 2014, URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/node/1504> (visité le 01/04/2016).

VOYNET (Dominique), *Restructuration de la filière visuelle*, Rapport, n° 2015-008R, Inspection générale des affaires sociales, juil. 2015, URL : http://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_2015-008R_Filiere_visuelle_.pdf (visité le 27/11/2015).

Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs

AMEISEN (Jean-Claude), Patrick BERCHE et Yvan BROHARD, *Une histoire de la médecine*, avec une préf. d'A. KAHN, concl. A. KAHN, Éditions de La Martinière, 2011.

ASSOCIATION CHOISIR, *Avortement : une loi en procès : L'affaire Bobigny*, avec une préf. de S. DE BEAUVOIR, N.R.F., Gallimard, 1973.

AZZARETTI (Michel), *Dictionnaire médical en six langues*, La maison du dictionnaire, 2008.

CANGUILHEM (Georges), *Le normal et le pathologique*, 11^e éd., Quadrige, Presses universitaires de France, 1966.

CHARPIN (Dominique), *Hammu-rabi de Babylone*, Presses universitaires de France, 2003.

CRIGNON-DE OLIVEIRA (Claire) et Marie GAILLE-NIKODIMOV, *À qui appartient le corps humain ? : Médecine, politique et droit*, Les Belles Lettres, 2004.

DE BEAUVOIR (Simone), *Le troisième sexe*.

DELAMARE (Jacques), *Lexique Français - Anglais Anglais - Français des termes de médecine*, 2^e édition, Maloine, 2003.

Diagnostic prénatal pratiques et enjeux, sous la dir. de M. DOMMERGUES et al., Questions en santé publique, Paris : Inserm, 2004.

Dictionnaire de la pensée médicale, sous la dir. de D. LECOURT, Quadrige, Presses Universitaires de France, 2004.

Dictionnaire des sciences pharmaceutiques et biologiques, sous la dir. de L. PARIENT, t. 1, URL : <http://dictionnaire.acadpharm.org/w/Acadpharm:Accueil> (visité le 12/02/2016).

FOUCAULT (Michel), *Naissance de la clinique*, 8^e éd., Presses universitaires de France, 2009.

FREUD (Sigmund), *Contributions à la psychologie de la vie amoureuse*, Quadrige, Grands textes, Presses universitaires de France, 2011.

GARNIER (Marcel) et al., *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, avec une préf. de H. PÉQUINOT, 31^e édition, Maloine, 2012.

GIRAUDOUX (Jean), *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935, URL : http://wikilivres.ca/wiki/La_guerre_de_Troie_n%27E2%80%99aura_pas_lieu/Acte_II (visité le 10/02/2015).

GOURSOU (Henri), *Dictionnaire de médecine*, 1^{re} édition, Goursou, 2006.

HABERMAS (Jürgend), *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, trad. par C. BOUCHINDHOMME, NRF-Essais, Gallimard, 2001.

- HOCHMANN (Jacques), *Histoire de la psychiatrie*, Presses universitaires de France, 2004.
- LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, avec une préf. de R. POIRIER, Quadrige, Presses Universitaires de France, oct. 2010.
- LE NAOUR (Jean-Yves) et Catherine VALENTI, *Histoire de l'avortement XIX^e-XX^e siècle*, L'Univers historique, Paris : Éd. du Seuil, 2003.
- Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, juin 2000.
- Le nouveau Petit Robert*, sous la dir. de P. ROBERT et J. R. et ALAIN REY, Dictionnaires Le Robert, 2010.
- LÉONARD (Jacques), *La médecine entre les savoirs et les pouvoirs : Histoire intellectuelle et politique de la médecine française au XIX^e siècle*, Collection historique, Aubier Montaigne, 1981.
- LEPORRIER (Michel), *Petite encyclopédie médicale Hamburger*, 20^e édition, Lavoisier, 2011.
- LITTRÉ (Emile), *Dictionnaire de la langue française*, 1877.
- LOCKE (John), *Deuxième Traité du gouvernement civil*, trad. par GILSON, Vrin, 1977.
- MANUILA (Ludmila) et al., *Dictionnaire médical Manuila*, 10^e édition, Masson, 2004.
- MATTEI (Jean-François), *De la médecine à la santé*, Flammarion, 1997.
- MILLIEZ (Jacques), *L'euthanasie du fœtus : médecine ou eugénisme ?*, Médecine, Odile Jacob, 1999.
- MORIN (Yves), *Larousse Médical*, Larousse, 2006.
- ORWELL (Georges), *Nineteen eighty-four*, 1949, URL : <http://gutenberg.net.au/ebooks01/0100021.txt> (visité le 10/02/2016).
- PAOLAGGI (Jean-Baptiste) et Joël COSTE, *Le raisonnement médical de la science à la pratique clinique*, avec une préf. de L. AUQUIER, Editions Estem, 2001.
- PELERMAN (Chaïm) et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Editions de l'université de Bruxelles, 1988.
- PLATON, *La République*, trad. par R. BACOU, Garnier-Flammarion, 1966.
- PORTES (Louis), *A la recherche d'une éthique médicale*, Préface au Code de déontologie, Masson-Presses Universitaires de France, 1954.
- QUEVAUVILLIERS (Jaques), Alexandre SOMOGYI et Abe FINGERHUT, *Dictionnaire médical*, 5^e éd., Elsevier Masson, 2007.
- *Dictionnaire médical*, 6^e éd., Elsevier Masson, 2009.
- REY (Alain) et al., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.
- ROUSSEAU, *Le contrat social*, Garnier-Flammarion, 1762.
- ROY (Odile), *Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises*, Anthemis, 2012.
- SEUX (Marie-Joseph), *Lois de l'Ancien Orient*, Cahiers Évangile, Le Cerf, 1986.
- SOURNIA (Jean-Charles), *Histoire de la médecine*, Poche, La Découverte, 1997.
- WARNOCK (Lady), *Fécondation et embryologie humaine*, La Documentation Française, 1984, Rapport de la Commission d'enquête concernant la fécondation et l'embryologie humaine (R.U.)

ZWEIG (Stefan), *Sigmund Freud*, trad. par H. DENIS-JEANROY, Le livre de poche, 1931.

Thèses et mémoires

BERNHEIM (Jacques), *Essai d'une définition de l'acte médical*, Thèse pour le doctorat en médecine, Faculté de Médecine de l'Université de Genève, 1961.

Articles

ALLEMAND (Hubert) et Marie-France JOURDAN, « Sécurité sociale et références médicales opposables », *Revue médicale de l'Assurance maladie*, 2000, 3, p. 51.

BARBRÉ (Yann), « Circoncision », *Encyclopedia Universalis*, 2012.

BAUR (Michel) et Manuel WOLF, « Principes du système de santé européen : aspects éthiques », *Lettre de l'espace éthique*, 2002, n° 15 à 18, URL : <http://www.espace-ethique.org/ressources/article/principes-du-syst%C3%A8me-de-sant%C3%A9-europ%C3%A9en-aspects-%C3%A9thiques> (visité le 06/08/2015).

BAYLE-INGUEZ (Anne), « Responsabilité civile : à 273 000 euros, le coût moyen des condamnations des hôpitaux a grimpé de 6,3 % en 2014 », *Le quotidien du Médecin*, 6 oct. 2015, URL : http://www.lequotidiendumedecin.fr/actualites/article/2015/10/06/responsabilite-civile-273-000-euros-le-cout-moyen-des-condamnations-des-hopitaux-grimpe-de-63-en-2014_774036#sthash.Bj05o1qn.dpuf (visité le 07/10/2015).

BAZOT (Alain), « Le fiasco de la liberté tarifaire des praticiens », *Libération*, 22 déc. 2011, p. 19.

BOUVATTIER (Claire), Claire-Lise GAY et Pierre CHATELAIN, « Prise en charge néonatale des désordres de la différenciation sexuelle », *Archives de Pédiatrie*, 2014, vol. 21, 5, Supplément 1, Congrès des Sociétés de Pédiatrie, Lyon, 22-24 mai 2014, p. 39-40, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0929-693X\(14\)71452-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0929-693X(14)71452-6), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0929693X14714526>.

BOUVET (Renaud), M. PIERRE et Marie-Annick LE GUEUT, « L'acte médical réalisé sur un mineur nécessite le consentement des deux parents », *Archives de Pédiatrie*, 2014, vol. 21, 11, p. 1272-1273, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0929693X14003595>.

BRIVAL (Marie-Laure), « C'est la stigmatisation qui est à craindre », *Le Monde*, 24 jan. 2014, p. 23.

CATHÉBRAS (Pascal), « Rassurer : un acte médical essentiel mais plus difficile qu'il n'y paraît, aux conséquences socio-économiques négligées », *La Revue de Médecine Interne*, 2014, vol. 35, 5, p. 285-288, ISSN : 0248-8663, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.revmed.2013.11.005>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0248866313010692>.

DUBAND (Sébastien) et al., « L'autopsie médicale : ses indications, ses contre-indications, les modalités de sa mise en œuvre, son coût et ses limites. Ou l'Autopsie de l'autopsie », *Annales de Pathologie*, 2012, vol. 32, 1, p. 19-32, ISSN : 0242-6498, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.annpat.2011.11.001>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0242649811004718>.

FAGOT-LARGEAULT (Anne), « Le consentement éclairé : Historique du concept de consentement », *Médecine & Droit*, mai-juin 1994, n° 6, p. 55.

- FINKELSTEIN (Claude), « La contention en psychiatrie : il faut désormais respecter la loi » 2016, URL : http://www.fnapsy.org/tc/FNAPSY_Contention_Psy_GD.pdf (visité le 01/06/2016).
- FRYDMAN (René), Muriel FLIS-TRÈVES et Sophie GELLMAN, « Ne confondons pas l'embryon, le fœtus et l'enfant », *Le Monde*, 22 fév. 2008, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2008/02/22/ne-confondons-pas-l-embryon-le-fœtus-et-l-enfant_1014535_3232.html (visité le 12/06/2015).
- GHREA (Matthieu) et al., « Difficultés du transfert d'information en vue d'un consentement éclairé : étude expérimentale chez 21 patients », *Revue de Chirurgie Orthopédique et Réparatrice de l'Appareil Moteur*, 2006, vol. 92, 1, p. 7–18, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0035-1040\(06\)75669-0](http://dx.doi.org/10.1016/S0035-1040(06)75669-0), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0035104006756690>.
- GOMEZ (Marianne), « La justice se penche sur le droit de refuser des soins », *La Croix*, 26 oct. 2001, p. 14.
- HARDY (Patrick) et Aude DECLUZE, « Pourquoi le DSM ? », *Psychiatrie Française*, mai 2013, p. 35.
- HAZIF-THOMAS (Cyril), Pascal DAVID et Philippe THOMAS, « Soins des personnes fragiles : des compétences professionnelles à celles plus profanes des aidants familiaux, que reste-t-il de l'acte médical ? », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, 2013, vol. 171, 8, p. 574–578, ISSN : 0003-4487, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.amp.2013.06.014>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0003448713002461>.
- HOERNI (Bernard), « La Loi du 30 novembre 1892 », *Histoire des sciences médicales*, 1998, vol. XXXII, 1, URL : <http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx1998x032x001/HSMx1998x032x001x0063.pdf> (visité le 21/09/2015).
- JAUBERT (Francis) et al., « Pathologie des hermaphrodismes », *Annales de Pathologie*, 2004, vol. 24, 6, p. 499–509, ISSN : 0242-6498, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0242-6498\(04\)94014-X](http://dx.doi.org/10.1016/S0242-6498(04)94014-X), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S024264980494014X>.
- JOHNSTON (Josephine) et Carl ELIOTT, « Healthy limb amputation : ethical and legal aspects », *Royal College of Physicians*, 2002, vol. 2, 5, p. 431–435.
- LETTA (Lynda), « Prescription médicale et soins infirmiers », *Droit, Déontologie & Soins*, mar. 2006, vol. 6, 1, p. 34–41.
- MEMMI (Dominique), *Sonder les âmes ou radiographier les corps ? : La régulation sociale du « désir d'enfants » in Juger la vie*, sous la dir. de M. IACUB et P. JOUANNET, Cahiers libres, La découverte, 2001, p. 150–180, URL : <http://www.cairn.info/juger-la-vie---page-127.htm> (visité le 19/06/2014).
- MENKÈS (Charles-Joël), « L'ostéopathie n'est pas une discipline médicale », *Bulletin de l'académie nationale de médecine*, 25 nov. 2008, vol. 192, 8, p. 1675–1676.
- MICHAUD (Thierry) et Serge MORDON, « Théorie des lasers et des lampes », *Annales de Dermatologie et de Vénérologie*, 2008, vol. 135, Supplement 3, Dermatologie esthétique et correctrice, p. 184–188, ISSN : 0151-9638, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638\(08\)70079-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638(08)70079-6), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0151963808700796>.
- MICHEL (François-Bernard) et Bernard CHARPENTIER, *Enseigner l'humanisme aux futurs médecins et aux autres professionnels de santé : Des propositions pour humaniser la santé in Santé, égalité, solidarité*, sous la dir. de C. DREUX et J.-F. MATTEI, Springer, 2012.

- MIRLESSE (Véronique), Claire NIHOUL-FEKETE et Jacques MAC ALEESE, « Pathologie génitale foetale », *EMC - Pédiatrie*, 2004, vol. 1, 2, p. 203–209, ISSN : 1762-6013, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/j.emcped.2004.02.004>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1762601304000230>.
- NORMAND (Alexis), « “Ubérisation” de la santé : “Réconcilions le médecin et l’ingénieur” », *Le Monde*, 1^{er} avr. 2016, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/04/01/uberisation-de-la-sante-reconcilions-le-medecin-et-l-ingenieur_4894073_3232.html (visité le 01/04/2016).
- PEREZ (Martine), « L’aléa thérapeutique reconnu et indemnisé », *Le Figaro*, 5 sept. 2001, n° 17751, p. 14.
- POIRIER (Jacques), *Au coeur de l’histoire, la santé in Pour l’histoire de la médecine : Autour de l’oeuvre de Jacques Léonard*, sous la dir. de M. LAGRÉE et F. LEBRUN, Presses Universitaires de Rennes, 1994.
- PUYMERAL (P.), M. Guez- CHAILLOUX et C. LE BÂCLE, « Thanatopraxie : état des pratiques et risques professionnels : Dossier médico-technique », *Documents pour le Médecin du travail*, 129 2005, p. 449–469, URL : <http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=TC%20105> (visité le 15/06/2015).
- S. BROWN (Mark) et Cheryl A. BROWN, « Circumcision decision : proeminence of social concerns », *Pediatrics*, 1987, vol. 80, 2, p. 215–219.
- TACK (Bernard), « Epilation par laser et lumière intense pulsée », *Annales de Dermatologie et de Vénérologie*, 2005, vol. 132, 1, p. 75–79, ISSN : 0151-9638, DOI : [http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638\(05\)79206-1](http://dx.doi.org/10.1016/S0151-9638(05)79206-1), URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0151963805792061>.
- LANSAC (Jacques) et François PERROTIN, « Chapitre 9 - Chirurgie au cours de la grossesse » in *La pratique chirurgicale en gynécologie obstétrique*, sous la dir. de J. LANSAC, 3^e édition, Paris : Elsevier Masson, 2011, p. 245–298, ISBN : 978-2-294-02095-7, DOI : <http://dx.doi.org/10.1016/B978-2-294-02095-7.50009-3>, URL : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9782294020957500093>.
- « The sexes : an instant cure », *Time*, avr. 1974.
- VARDI (Adam) et Laurent Guy and. JEAN-PIERRE BOITEUX, « Circoncision et VIH », *Progrès en Urologie*, 2008, vol. 18, 6, p. 331–336.
- VERDY (Pierre), « Hollande rouvre le débat sur l’euthanasie », *Le Figaro*, 18 juil. 2012, n° 21138, p. 10.

Index

Les entrées référencées renvoient à des numéros de paragraphe.

A

Acte médical
but, 82, 513, 533
définition courante, 13
de prélèvement, 313, 320, 322, 357, 658
disproportionné, 494
non-thérapeuthique, 19
prix, 69
risque, 427
technique, 97
Acte médicalisé, 31, 606
Acte non thérapeutique, 606
Acupuncture, 97
Administration de substances nuisibles, 346
Admission en soins psychiatriques sans consentement, 470
Affaire *K.A. et A.D. c. Belgique*, 451
Affaire *Senanayake*, 478
Affaire *Vo*, 297
Agence régionale de santé, 172
Alimentation, 643
Anamnèse, 59
Anatomopathologie, 321
Arrêt de soins, 76, 643
Arrêté du 6 janvier 1962, 276
Assentiment, 400
Assistance médicale à la procréation, 552,

619

Assurance maladie
prise en charge, 6
Autonomie, 589
Autopsie, 311
Autorisation de la coutume, 382, 576
Autorisation de la loi, 380, 567, 578
Auxiliaire médical, 196, 240
pratique avancée, 200
Avis médical, 58
Avortement, 4, 547

B

Balance bénéfice-risque, 494
Barbarie, 343
Biologie médicale, 321
Biomédecine, 19, 298, 319, 348, 620
Blessure, 346
But non thérapeutique, 274
But préventif, 269
But thérapeutique, 31, 533, 536, 551, 570
Buts non thérapeutiques, 385

C

Cadavre, 303
Cause d'irresponsabilité civile, 366
Cause d'irresponsabilité pénale, 350, 362
consentement, 445

- Cavalier législatif, 524
 - Certificat de compétence clinique, 153
 - Chiropracteur, 219, 286
 - Chirurgie
 - esthétique, 1, 499, 512, 529, 551, 555, 646, 654
 - opération de conversion sexuelle, 576
 - reconstructrice, 1
 - Chirurgien-dentiste, 206
 - exercice illégal, 281
 - Circoncision, 649
 - Classification, *voir aussi* Typologie
 - Classification internationale des maladie, 592
 - Clonage, 560
 - Codécision, 398
 - Colloque singulier, 74
 - Commandement de l'autorité légitime, 369
 - Conseil de l'Ordre des médecins
 - inscription, 160
 - Consentement, 67, 445, 510, 583, 636
 - éclairé, 420
 - acte pédagogique, 152
 - circoncision, 652
 - définition courante, 395
 - don d'organes, 665
 - histoire, 405
 - personne hors d'état d'exprimer sa volonté, 466
 - soins thanatopractiques, 307
 - Consultation, 57
 - financement par l'assurance maladie, 61
 - psychiatrique, 63
 - Contraceptif
 - prescription, 249
 - Contraception, 548, 630
 - d'urgence, 632
 - Contrat médical, 23, 67
 - Corps humain
 - intégrité, 339, 488
 - maternel, 301
 - Coup, 346
- D**
- Décision médicale, 24, 74, 131, 329, 399
 - Définition, 36
 - choix de non-définition, 12
 - informative, 39
 - redéfinition, 41
 - stipulative, 40
 - Développement professionnel continu, 168
 - Diagnostic, 30, 106, 245, 266
 - échographie, 299
 - auxiliaires de soins, 198
 - bilans, 199
 - de la mort, 311
 - erreur, 131
 - examen, 124
 - expertise, 371
 - faute, 131
 - préimplantatoire, 613
 - réflexion, 135
 - toucher vaginal, 124, 152, 226, 405
 - Diagnostics anténataux, 612
 - Diagostic
 - expertise, 678
 - Diplôme d'État de docteur en médecine, 149
 - Diplôme de médecin, 260
 - Doctorat en médecine
 - équivalences, 155
 - Doctrine, 20
 - Don
 - d'ovocyte, 623
 - prélèvement d'organe, 313, 550
 - Don d'organe, 312, 483, 550, 661
 - consentement, 408
 - don croisé, 664
 - Don de corps humain, 312
 - Dopage, 562, 676

Douleur, 266, 594, 642

Droit de la personnalité, 358

Droit subjectif, 358

E

Education thérapeutique du patient, 60

Embryon, *voir aussi* Fœtus

Empreintes génétiques, 463

Enregistrement des personnes susceptibles
de concourir au système de soins,
159

Épilation, 277

Etat de nécessité, 491

État de nécessité, 373

Etudiant en médecine, 152

Euthanasie, 4, 559

Examens classants nationaux (ECN), 149

Exercice illégal de la médecine, 135

Expertise, 58, 108, 371, 675

F

Fœtus, 296, 613

Fin de vie, 76, 478, 557

Finalité médicale, 503

Formation clinique, 151

G

Gamètes, 672

Gestation pour le compte d'autrui, 561

Geste, 13

H

Hammurabi (code), 15

Hippocrate (corpus), 15

Homéopathie, 97

Hydratation, 643

I

Inaction, 76

Information postérieure à l'acte médical, 437

Information préalable à l'acte médical

contenu, 430

de recherche biomédicale, 682

preuve, 434

Information préalable au consentement, 414

Injonction de soins, 459

Insuffisance professionnelle, 173

Internat de médecine, 149

Interruption volontaire de grossesse, 499, 547,
638

Intimité, 70

Inviolabilité du corps humain, 355

J

Justification pénale, 491

L

Légitime défense, 368

Libéralisme, 510

Liberté d'aller et venir, 394

Liberté de choix du praticien, 394

M

Médecin

titre, 146

Médecine

études de, 102

alternative, 97

but, 568

défensive, 529

définition, 261

exercice illégal, 257

généraliste, 177

gynécologie-obstétrique, 529

technique, 91, 103

usage du nom, 146

Maladie, 85, 617

Massage, 277, 346

N

Nécessité, 486

greffe, 663

Nécessité médicale, 485, 564

Nécessité thérapeutique, 509

Non assistance à personne en danger, 77

Nosologie, 118, 136, 592

Numerus clausus, 149

Nuremberg (« code » de), 407

O

Obligation de minimiser son dommage, 458

Obligation de moyen, 492

Obligation de soins, 460

Obstination déraisonnable, 494

Omnivalence, *voir aussi* Spécialité médicale

Ordonnance, *voir aussi* Prescription médicale

Ordre de la loi, 380

Ordre des médecins, 508

Organisation mondiale de la Santé, 87, 592

Ostéopathe, 219, 286

Osteopathie, 219

P

Pathologie, 209, 224, 587

Pharmacien, 135, 215

Prescription médicale, 245, 251, 331

Procréation médicalement assistée, *voir aussi*
Assistance médicale à la procréation

Profession médicale, 196, 199

Profession paramédicale, 199, 240
exercice illégal, 284

Pronostic, 112

Proportionnalité, 486

Psychanalyse, 97, 272

Psychiatrie, 62, 125, 272, 470

Psychologue, 237

Psychothérapeute, 237

Psychothérapie, 97, 493

Q

Qualification juridique, 16

R

Régime juridique, 16, 43

Rôle propre, 244

Raison proportionnée, *voir aussi* Balance
bénéfice-risque

Recherche biomédicale, 484

Recherches biomédicales, 499, 551, 680

Refus de soins, 477

du praticien, 496

Relation médicale, 17, 23, 54, 394

Responsabilité, 15, 24, 30, 491

actes sur le cadavre, 315

actes sur le fœtus, 300

de l'interne en médecine, 153

ordinale, 173

pénale, 173, 497

risque « médico-légal », 529

spécialité, 182

Risque, 499

S

Sédation profonde, 643

Sémiologie, 123

Sage-femme, 209

exercice illégal, 281

responsabilité, 297

Sang, 670

Santé, 86

Secret médical, 70, 582

Service d'aide médicale urgente (SAMU),
394

Silence thérapeutique, 442

Soin, 111

Soins palliatifs, 557, 642

Spécialité médicale, 175

assurance, 190

définition, 178

Spécialité médicale et chirurgicale, 149

Specialia generalibus derogant, 542

Stérilisation

contraceptive, 447, 523, 536, 548, 554,
634

thérapeutique, 512

T

Télémédecine, 64, 91

Tableau de l'Ordre des médecins, 161

Théorie, 20

Thèse d'exercice de médecine, 148

Thanatopraxie, 304

Tissus, cellules et produits du corps humain,
667

Tonomètre à air, 266

Torture, 343

Traitement, 267

Typologie, 607

U

Unité de formation et de recherche (UFR),
102

Université, 149

Urgence, 378, 394, 466

V

Vaccination, 209, 249

obligatoire, 461

Viol, 350

Violences psychologiques, 344

Voies de fait, 346

Index des auteurs

Symbols

PLATON, 529

CHRÉTIEN, Steve, 499

CHRISTOL, Danièle, 684

CRIGNON-DE OLIVEIRA, Claire, 510

A

A. BROWN, Cheryl, 649

ALLEMAND, Hubert, 2

AMEISEN, Jean-Claude, 255

ANGEVIN, Henri, 343

ASQUINAZI-BAILLEUX, Dominique, 556

ASSOCIATION CHOISIR, 547

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, 12, 16, 21,
37, 79, 79, 312, 339, 342, 358, 396,
542, 543

ATIAS, Christian, 2

AUBERT, Jean-Luc, 375

AUBY, Jean-Marie, 22, 670

AUTAIN, François, 519, 522, 523, 529, 539

AVELINE, Laurence, 556

AZZARETTI, Michel, 5

B

BÉNOIT, Francis-Paul, 7, 21

BACACHE, Mireille, 433

BALLEREAU, Michel, 324, 327, 329

BARBRÉ, Yann, 649

BARGY, Frédéric, 151

BATTEUR, Annick, 446, 510

BAUD, Jean-Pierre, 303

BAUR, Michel, 408

BAYLE-INIGUEZ, Anne, 532

BAZOT, Alain, 4

BELLIVIER, Florence, 670

BELVILLE, Jean-Philippe, 555

BERCHE, Patrick, 255

BERGEL, Jean-Louis, 38, 38, 39

BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, 18, 442

BERLAND-BENHAIM, Caroline, 405, 406, 406,
411

BERNARD, Michel, 5

BERNHEIM, Jacques, 27

BERNICHAN, Julie, 227

BIGNON, Jérôme, 388

BINET, Jean-René, 22, 299, 663, 664

BIOY, Xavier, 21

BLANCHARD, Nicolas, 98

BLOCH, Laurent, 24

BODELET, Lionel, 383, 577

BOILEAU, Pascal, 301

BOUCHET, Jean-Claude, 653

BOULOC, Bernard, 375, 390

BOUSQUET, Danielle, 4, 638

BOUTEILLE, Magalie, 31, 49, 606

BOUVATTIER, Claire, 598, 598

BOUVET, Renaud, 5, 5

BOUZAT, Pierre, 351

BOYER, Valérie, 653

BRÉCHAT, Pierre-Henri, 155

BRAIBANT, Guy, 356

BRIVAL, Marie-Laure, 4
BROHARD, Yvan, 255
BURGELIN, Jean-François, 405
BYK, Christian, 412

C

CABANEL, Guy, 522, 582
CANGUILHEM, Georges, 587, 588–590
CARBONNIER, Jean, 343, 357, 358, 359, 360
CARIUS, Manuel, 398
CASTALDO, André, 376
CASTELLETTA, Angelo, 493, 646
CATHÉBRAS, Pascal, 5
CATHELINEAU, Anne, 556
CATHERINE, Aurore, 398, 398
CAZEAU, Bernard, 646
CHAILLOUX, M. Guez-, 304
CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, 12, 12, 21,
39, 40, 41, 41, 51
CHARLES, Bernard, 221
CHARPENTIER, Bernard, 149
CHARPIN, Dominique, 15
CHATELAIN, Pierre, 598, 598
CHAVATTE-PALMER, Pascale, 301
CLUZEL-MÉTAYER, Lucie, 398
COING, Helmut, 358
CONTE, Philippe, 390
CONTIN, Monique, 602
CORMIER, Christine, 385, 556
CORNU, Gérard, 12, 16, 21, 21, 37, 39, 40,
79, 79, 312, 339, 342, 358, 396, 542,
543
COSTE, Joël, 118, 123, 124
CREMER, Robin, 313

D

DÉCHAUX, Raphaël, 525
DANTI-JUAN, Michel, 343, 382, 576
DAVID, Pascal, 5
DE BEAUVOIR, Simone, 547

DE CALLATAÏ, Daniel, 675
DECLUZE, Aude, 601
DECOCQ, André, 383, 577
DEGOY, Lucie, 110, 377, 383, 500, 507, 511,
522, 525, 539, 569, 577, 601, 653
DEJEAN DE LA BÂTIE, Alice, 375
DEKEWER-DÉFOSSEZ, Françoise, 503, 604
DELAMARE, Jacques, 5, 5
DEMICHEL, André, 23, 24, 551
DEMICHEL, Francine, 503
DESBOIS, Henri, 419
DESCOMBES, Vincent, 343
DESPORTES, Frédéric, 389, 390
DIBIE-KRAJCMAN, Dorothée, 110, 616
DIONIS DU SÉJOUR, Jean, 93
DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET
ADMINISTRATIVE, 6
DONNEDIEU DE VABRES, Henri, 376
DOSDAT, Jean-Claude, 74, 399, 438
DOUCET, Jean-Paul, 363
DOUMENG, Valérie, 467
DOURLÉN-ROLLIER, Anne-Marie, 87, 536,
537
DREIFUSS-NETTER, Frédérique, 74, 398, 621
DREYER, Emmanuel, 376, 390
DREYFUS-SCHMIDT, Michel, 522
DUBAND, Sébastien, 310, 311, 311
DUBOIS, Olivier, 2
DUBOIS, Charlotte, 342
DUBOIS, Louis, 480

E

EISENMANN, Charles, 38, 43
ELIOTT, Carl, 550
ETIENNE, Jean-Claude, 93

F

FABRE-MAGNAN, Muriel, 16, 375, 452, 543,
616, 616
FAGANI, Francis, 98

FAGOT-LARGEAULT, Anne, 405, 406
FAURÉ, Georges, 507, 533, 539
FENOUILLET, Dominique, 21, 21, 357
FEUILLET, Brigitte, 32, 32, 43, 49, 51, 74,
79, 446
FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte, 620
FIDALGO PINHEIRO, Rosalice, 670
FINGERHUT, Abe, 5, 5
FINKELSTEIN, Claude, 472
FLIS-TRÈVES, Muriel, 296
FLOQUET, Ch., 23, 28, 419
FLOUR, Jacques, 375
FOUCAULT, Michel, 589
FRAGU, Estelle, 12, 451, 452
FREUD, Sigmund, 97, 597
FRISON-ROCHE, Marie-Anne, 395, 639
FRYDMAN, René, 296

G

GÉNICOT, Gilles, 311
GÉNY, François, 21, 21
GADENNE, Sabine, 98
GAILLE-NIKODIMOV, Marie, 510
GALÀN CORTÉS, Julio César, 408
GARÇON, Emile, 350, 376, 384
GARNIER, André, 653
GARNIER, Marcel, 5, 134
GAY, Claire-Lise, 598, 598
GELLMAN, Sophie, 296
GHESTIN, Jacques, 543
GHREA, Matthieu, 431
GIRAUDOUX, Jean, 16
GIRER, Marion, 15, 23, 67, 74, 424
GOMEZ, Marianne, 4
GONGGRYP, Thibault, 601
GOUBEAUX, Gilles, 16, 360, 543
GOUDOT, Patrick, 151
GOURSAU, Henri, 5
GROUTEL, Hubert, 683

GRZEGORCZYK, Christophe, 16, 16
GUASTINI, Riccardo, 40, 41
GUESTIN, Jacques, 16

H

HABERMAS, Jürgend, 616
HARDY, Patrick, 601
HARICHAUX, Michèle, 183
HAZIF-THOMAS, Cyril, 5
HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, 480
HENNION-JACQUET, Patricia, 505, 507
HERBERT, Alexandra, 597
HERMITTE, Marie-Angèle, 529, 670
HO DHIN, Anne-Marie, 15
HOCHMANN, Jacques, 601
HOCQUET-BERG, Sophie, 383, 577
HOERNI, Bernard, 255
HUMAN RIGHTS COUNCIL, 351
HURIET, Claude, 519, 522, 533
HUSSON, Léon, 16

I

ISSA, Ahmad, 408

J

JAMIN, Christophe, 21, 21, 38
JARROSSON, Charles, 16, 21, 45
JAUBERT, Francis, 598
JAUNAIT, Alexandre, 529, 530
JEAN-PIERRE BOITEUX, Laurent Guy and.,
649
JESTAZ, Philippe, 21, 21, 38
JOHNSTON, Josephine, 550
JONVILLE, Armand, 330
JOUANNET, Pierre, 623
JOURDAIN, Patrice, 31
JOURDAN, Marie-France, 2

K

KAYSER, Pierre, 359

KELSEN, Hans, 542

KLEIN, Noémie, 500, 507

KORNPROBST, Louis, 15

KUREK, Camille, 344

L

LÉONARD, Jacques, 255

LÉVY, Rachel, 301

LABBÉE, Xavier, 293, 299

LABRUSSE-RIOU, Catherine, 296, 683

LACCOURREYE, O., 5

LACHAUD, Yves, 556

LALANDE, André, 395

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, 371

LANSAC, Jacques, 299

LASSERRE-KIESOW, Valérie, 15

LAUDE, Anne, 2, 67, 183, 299, 394, 398, 532,
556

LAURANT, Françoise, 4, 638

LAURENT, Dominique, 162

LE BÂCLE, C., 304

LE GUEUT, Marie-Annick, 5, 5

LE GUNEHEC, Francis, 389, 390

LE NAOUR, Jean-Yves, 547

LE BRETON-LEROUVILLOIS, Guénaëlle, 166

LEBRUN, Noémie, 499

LECA, Antoine, 405, 406, 406, 411

LECHOPIÉ, Alfred, 23, 28, 419

LEMENNICIER, Bertrand, 510

LENOIR, Noëlle, 356

LEPAGE, Agathe, 344

LEPORRIER, Michel, 5

LETTA, Lynda, 248

LIGNIÈRES-CASSOU, Martine, 554

LITTRÉ, Emile, 597

LOCKE, John, 510

LOISEAU, Pierre, 529, 529

LOKIEC, Pascal, 74

LUCAS, Jacques, 93, 94, 94

M

MÉMETEAU, Gérard, 24, 33, 43, 49, 67, 69,
220, 230, 251, 357, 359, 408, 536,
539, 564, 616

MAC ALEESE, Jacques, 598

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, 390

MANAOUIL, Cécile, 216, 675

MANUILA, Ludmila, 5

MATHIEU, Bertrand, 67, 299, 356, 394, 616

MATSOPOULOU, Haritini, 344

MATTEI, Jean-François, 388, 448, 519, 566,
579

MAYAUD, Yves, 362, 364, 364, 365, 371, 388

MEMMI, Dominique, 623

MENKÈS, Charles-Joël, 98

MERLE, Roger, 351, 384, 389

MICHAUD, Thierry, 320

MICHEL, François-Bernard, 149

MILLIEZ, Jacques, 616, 617

MIRLESSE, Véronique, 598

MISTRETTA, Patrick, 344, 348, 350, 368, 390,
459

MOLFESSIS, Nicolas, 356

MORDON, Serge, 320

MORET-BAILLY, Joël, 228, 229, 276

MORIN, Yves, 219

MORON-PUECH, Benjamin, 21, 24, 67, 79,
79, 473, 505, 508, 509, 598

MOTULSKY, Henri, 16

MUSEAU, Rolland, 89

N

NEIRINCK, Claire, 120, 296, 297, 617

NEY, Michel, 555

NIHOUL-FEKETE, Claire, 598

NOIVILLE, Christine, 670

NORMAND, Alexis, 135

O

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, 40

OLIVIERO, Philippe, 296
ORWELL, Georges, 24, 24

P

PAOLAGGI, Jean-Baptiste, 118, 123, 124
PARAIN-VIAL, Jeanne, 21
PAULIN, Christophe, 351
PAUTHIER, Céline, 255
PAVARD, Bibia, 547
PELERMAN, Chaïm, 40
PELLETIER, Hervé, 374
PENNEAU, Jean, 126, 128, 134, 183, 479
PENNEAU, Michel, 443
PEREZ, Martine, 4
PERFETTI, Jean, 374
PERROTIN, François, 299
PICHARD, Marc, 358
PIERRE, M., 5, 5
PIN, Xavier, 446, 451, 454, 454
PITCHO, Benjamin, 23, 300
POIRIER, Jacques, 255
PORCHY-SIMON, Stéphanie, 183, 371
PORTES, Louis, 399, 405
PRADEL, Jean, 343, 344, 382, 389, 491, 491,
576, 670
PRIEUR, Sébastien, 74
PUYMERAL, P., 304
PY, Bruno, 258, 340, 349, 350, 376, 377, 383,
390, 446, 551, 577, 578

Q

QUEVAUVILLIERS, Jaques, 5, 5

R

RASSAT, Marie-Laure, 346
REBECQ, Geneviève, 110, 251
RENÉ, Jean-Louis, 579
RENAUT, Marie-Hélène, 30
RENET, Thierry, 358

REY, Alain, 36, 41, 59, 79, 84, 84, 106, 199,
267, 304, 395, 589, 590
RISSEL, Aurélien, 438, 439, 443
RIVERO, Jean, 21
ROBARD, Isabelle, 267
ROCHE, Thomas, 499
ROCHEFORT, Florence, 547
ROMAN, Diane, 398
ROSS, Alf, 12
ROUBIER, Paul, 358
ROUSSEAU, 342, 510
ROUSSET, Guillaume, 2, 556
ROUVIÈRE, Frédéric, 7, 49

S

S. BROWN, Mark, 649
SAINT-ROSE, Jerry, 31
SARGOS, Pierre, 2, 18, 411, 442
SARVONAT, Geneviève, 357
SAURY, Robert, 311, 376, 503
SAVATIER, Jean, 22, 28
SAVATIER, René, 0, 18, 20, 22, 23, 28, 28, 29,
33, 43, 49, 67, 80, 99, 100, 118, 190,
373, 375, 375, 409, 419, 419, 498,
675
SAVAUX, Eric, 375
SELIGMANN, Françoise, 522
SEUX, Marie-Joseph, 15
SOLEIL, Sylvain, 616
SOMOGYI, Alexandre, 5, 5
SOURNIA, Jean-Charles, 176
SUREAU, Claude, 319

T

TABUTEAU, Didier, 67, 299, 394
TACK, Bernard, 320
TERRÉ, François, 357, 410
THOMAS, Philippe, 5
THOUVENIN, Dominique, 27, 343, 349, 357,
360, 360, 383, 384, 446, 507, 507,

510, 511, 513, 529, 538, 538, 539,
566, 578, 579, 616

TILLET, Edouard, 342, 343, 343

TOUBON, Jacques, 388

TROPER, Michel, 39

TRUCHET, Didier, 74, 399

V

VÉRON, Michel, 390

VÉRON, Paul, 23, 24, 24, 31, 74, 74, 493, 498,
498

VALENTI, Catherine, 547

VALENTIN, Vincent, 454

VARDI, Adam, 649

VAUZELLE, Michel, 420, 448

VERDY, Pierre, 4

VIALLA, François, 446

VIGARELLO, Georges, 343

VITU, André, 351, 384, 389

VOYNET, Dominique, 246

W

WALINE, Marcel, 21, 45

WARNOCK, Lady, 296

WELSCH, Sylvie, 77, 433

WOLF, Manuel, 408

WOLMARK, Cyril, 40

Z

ZANCARINI-FOURNEL, Michelle, 547

ZENATI-CASTAING, Frédéric, 358

ZORN, Caroline, 70

ZWEIG, Stefan, 97

Table des matières

Avertissement	iii
Remerciements	v
Résumé	ix
Sommaire	xi
Glossaire	xiii
Introduction	1
Section I Le besoin d'une définition de l'acte médical	7
Section II La recherche d'une définition de l'acte médical	18
§ 1. L'acte médical, une notion aux définitions variées	19
§ 2. L'acte médical, une notion à redéfinir	23

Partie I Droit commun des actes médicaux	31
Titre I Nature juridique des actes médicaux	35
Chapitre 1 Distinction des actes médicaux de leur contexte	39
Section I La consultation, contexte de l'acte médical	39
§ 1. Définition de la consultation	40
§ 2. Régime de la consultation	44
Section II La décision médicale, cause de l'acte médical	46
Chapitre 2 Recherche des caractéristiques des actes médicaux	49
Section I Les critères inefficaces pour caractériser la notion d'acte médical	51
§ 1. L'impossibilité de caractériser les actes médicaux par leur but	51
§ 2. L'indifférence de la technique permettant la réalisation de l'acte médical . . .	54
A. L'absence de spécificité de l'acte réalisé à distance	54
B. L'indifférence de la théorie sur laquelle se fonde l'acte médical	57
Section II Le critère efficace pour caractériser la notion d'acte médical	59
§ 1. Hypothèse de caractéristique : l'acte enseigné à la faculté de médecine	59
§ 2. Vérification de l'hypothèse <i>via</i> le diagnostic	63
A. Le recueil des informations nécessaires au diagnostic	67
1. La mobilisation de la donnée nosologique	68
2. Le recueil de la donnée sémiologique	69
B. La réflexion diagnostique	71
1. Les décisions diagnostiques	72
2. La comparaison des informations permettant la production de la conclusion : le diagnostic	73
Titre II Régime des actes médicaux	75
Chapitre 1 La nécessité d'une autorisation pour pratiquer un acte médical	79
Section I L'auteur autorisé pour tous les actes médicaux : le médecin	80
§ 1. Conditions du bénéfice de l'autorisation générale des médecins	80
A. Les conditions d'obtention de l'autorisation générale des médecins	80

§ 1. Exercice illégal des professions médicales autres que celle de médecin	136
§ 2. Exercice illégal des professions paramédicales	137

Partie II Droit spécial des actes médicaux sur le corps humain	143
Titre I Analyse des actes médicaux sur le corps humain aux frontières de la vie	147
Chapitre 1 Actes sur le corps humain avant la naissance et après la mort	151
Section I Début du corps humain : le fœtus	151
Section II Fin du corps humain : le cadavre	154
§ 1. Actes non médicaux sur le cadavre : la thanatopraxie	155
§ 2. Actes médicaux sur le cadavre	156
Chapitre 2 Actes sur les éléments et produits du corps hu- main séparés du corps humain	163
Titre II Régime des actes médicaux sur le corps de la personne	171
Chapitre 1 La nécessité d'une exception aux normes proté- geant le corps de la personne humaine	175
Section I Le principe de l'impossibilité des actes pratiqués sur le corps de la personne humaine	175
§ 1. L'effectivité de la protection du corps humain par le droit pénal	176
A. La conception large de l'intégrité corporelle : de l'intégrité physique à l'intégrité psychique	176
B. Mise en œuvre de la protection pénale de l'intégrité corporelle en matière médicale	181
§ 2. La protection du corps humain par le droit non pénal : un droit de la personnalité	184
Section II L'autorisation de la pratique des actes sur le corps de la per- sonne	188
§ 1. Exclusion de la légitime défense, du commandement de l'autorité légitime et de l'état de nécessité	191
§ 2. L'applicabilité de l'autorisation de la loi	196
A. Avant 1994 : l'acte médical hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la coutume	197

B.	Après 1994 : l'acte médical hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la loi	199
Chapitre 2 Les conditions de l'autorisation de la loi permettant des actes médicaux sur le corps humain . .		203
Section I L'acte médical : un acte par principe consenti par le patient		204
§ 1.	L'exigence d'un consentement éclairé	208
A.	La naissance de la notion de consentement éclairé	208
1.	L'affirmation progressive de l'exigence du consentement éclairé	208
a.	L'affirmation de l'exigence d'un consentement	209
b.	L'affirmation postérieure de l'exigence d'un consentement éclairé par l'information préalable	214
i.	L'information préalable au consentement dans les textes et dans la jurisprudence	215
ii.	L'information préalable : substantivement tournée vers la facilitation d'un consentement éclairé	218
2.	L'apparition postérieure de l'information sur l'état de santé	225
B.	L'inefficacité du consentement à justifier seul l'atteinte médicale	228
1.	Le refus de donner au consentement la capacité à justifier seul l'acte médical .	228
2.	La possibilité de faire du consentement un fait justificatif permettant de justifier seul l'atteinte médicale	231
§ 2.	L'hypothèse de l'absence de consentement	233
A.	Les cas légaux d'actes pratiqués sans le consentement	236
1.	L'acte thérapeutique sur une personne inapte à consentir	236
2.	L'acte pratiqué dans le cadre d'admissions en soins psychiatriques sans consentement	237
B.	L'impossibilité de pratiquer un acte médical en l'absence de consentement	239
1.	Le refus souverain est le refus qui a été éclairé	240
2.	Le refus spécialement souverain pour les soins pratiqués dans l'intérêt d'un tiers	242
Section III L'acte médical : un acte conforme à la « nécessité médicale »		243
§ 1.	L'exigence d'une nécessité	243
§ 2.	L'exigence d'une finalité « médicale »	251
A.	La finalité médicale de l'article 16-3 du code civil : une notion inapplicable	251
1.	Les dangers des interprétations théoriques de la finalité médicale	252
2.	L'inutilité juridique de l'adoption de la finalité médicale	257
a.	Les circonstances de la création de la notion de nécessité médicale : la volonté de répondre à la peur des médecins	258
i.	Arguments à l'origine de la modification de l'article 16-3 du code civil	258
ii.	Causes de la modification de l'article 16-3 du code civil	263

α.	Les <i>causa remota</i> de la modification de l'article 16-3 du code civil	263
β.	La <i>causa proxima</i> de la modification de l'article 16-3 du code civil : la stérilisation contraceptive non thérapeutique	267
b.	La solution : l'application de l'adage <i>specialia generalibus</i>	270
i.	L'application de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> avant 2000	272
ii.	La poursuite de l'application de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> malgré la modification de l'article 16-3 du code civil	276
α.	Permanence des lois d'autorisation spéciales pour les actes non thérapeutiques après 2000	277
β.	Essai d'une explication de la permanence des lois d'autorisation spéciale en matière d'actes médicaux non thérapeutiques	280
B.	La survie <i>de facto</i> d'un système fondé sur la finalité thérapeutique	283
1.	La permanence de la finalité thérapeutique	283
a.	La finalité thérapeutique, une notion juridique centrale	284
i.	Le but thérapeutique, notion au cœur de l'autorisation de la loi	284
ii.	Le but thérapeutique, but strict de la médecine	286
b.	Le but thérapeutique : une notion à définir	288
i.	De la philosophie à la nosologie	289
ii.	Une définition complexifiée en l'absence de l'un de ses deux éléments	292
2.	Typologie des actes médicaux non thérapeutiques autorisés	297
a.	Actes autorisés au bénéfice de la personne elle-même	299
i.	Actes relatifs à la procréation	299
α.	Actes visant à maîtriser la procréation	299
β.	Actes visant à empêcher la procréation	307
ii.	Actes médicaux en fin de vie	310
iii.	Les actes transformant l'aspect du corps	311
α.	La chirurgie esthétique	311
β.	Les actes rituels, l'exemple de la circoncision	313
b.	Actes autorisés au bénéfice d'un tiers	316
i.	Actes nécessaires à la circulation de produits et d'éléments du corps humain	317
α.	Prélèvement d'organes	318
β.	Prélèvement de tissus, cellules et produits du corps humain	320
γ.	Prélèvements de sang	320
δ.	Prélèvement de gamètes	321
ii.	Actes nécessaires à la production d'une information sur la santé de la personne	322
α.	Actes d'expertise	322
β.	Actes nécessaires à l'avancée des connaissances scientifiques et techniques	324
	Conclusion générale	335

Résumé approfondi	339
Annexes	345
Annexe n° 1 : Suggestions de textes	345
Annexe n° 2 : Suggestion de définitions	349
Bibliographie	351
Sources juridiques	351
Rapports officiels	351
Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs	352
Thèses et mémoires	356
Articles	357
Autres sources	363
Rapports officiels	363
Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs	365
Thèses et mémoires	367
Articles	367
Index	371
Index des auteurs	377
Table des matières	383
Résumé	392
Abstract	392

Résumé

Le Doyen SAVATIER écrivait en 1956 que « le droit médical se centre autour de l'acte médical. Celui-ci, propre au médecin, doit être défini par le juriste. » L'acte médical est ainsi au centre d'une discussion doctrinale. Il est défini par trois éléments : l'auteur de l'acte médical — le médecin —, la technique utilisée et le but poursuivi. Ces éléments de définition ne convainquent pas car le critère de l'auteur compétent est en fait un élément de régime, la définition de la technique médicale est fuyante et les buts assignés à l'acte médical sont en perpétuelle évolution.

Nous procédons ici à une redéfinition de la notion en distinguant en son sein les actes médicaux sur le corps de la personne. Après avoir défini l'acte médical comme l'acte enseigné à la faculté de médecine, nous établissons une distinction entre les auteurs de l'acte médical en fonction de leur aptitude à diagnostiquer et donc à agir de manière autonome. Concernant les actes sur le corps de la personne humaine, nous démontrons qu'il est possible de distinguer les actes médicaux sur le corps des actes de biologie médicale avant de démontrer que la notion de « nécessité médicale » de l'article 16-3 du code civil ne reflète pas le fonctionnement actuel du droit puisque celui-ci, après avoir institué une autorisation générale pour les actes thérapeutiques, crée des autorisations spéciales pour les actes non thérapeutiques, ce qui nous a permis de créer une typologie de ces actes.

Une théorie fondée sur l'acte médical permet ainsi de clarifier les différentes professions de santé et de mettre un terme aux incertitudes liées à l'existence de la notion de « nécessité médicale ».

Abstract

Saying that the « medical law is centered on the medical act », dean Savatier was suggesting that this act « specific to the medical practitioner, has to be defined by the jurist. » Thus, the juridical literature has debated on this notion. It has been defined thanks to three elements : the author — the physician —, the technique used and the aim pursued. These elements aren't so convincing : the author seems to be an element of the legal regime, the technique isn't so easy to define and the aims are evolving fast.

That is why a new definition has been created in this thesis, distinguishing in the notion the medical acts on the person's body. Defining the medical act as the act taught at the faculty of medicine, we establish a classification of the professionals allowed to perform medical acts. This classification relies on their ability to diagnose and to act autonomously. Concerning the acts on the person's body, we show that the « medical necessity » used by the article 16-3 of the french civil code is an unfair representation of the actual mechanism. This mechanism relies on the general autorisation of the therapeutic acts and add exception for the non therapeutic acts. These exceptions allows us to classify such acts.

A theory based on the medical act allows us to make a clear distinction between the professionals allowed to perform medical acts and to solve the insecurity caused by the fussy notion of the « medical necessity ».