



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

Ecole doctorale Sciences de l'homme, des organisations et de la société

présentée par

Renaud BOUVET

Préparée à l'unité de recherche EA 4640 - IDPSP
Institut du droit public et de la science politique
Faculté de droit et de science politique

**Liberté du médecin et
décision médicale**

**Thèse soutenue à Rennes
le 13 décembre 2016**

devant le jury composé de :

Valéry HEDOUIN

Professeur à l'Université de Lille 2, *examineur*

Joël MORET-BAILLY

Professeur à l'Université de Lyon – Université Jean Monnet de Saint-Etienne, *rapporteur*

Philippe PIERRE

Professeur à l'Université de Rennes 1, *examineur*

Johanne SAISON

Maître de conférences HDR à l'Université de Lille 2, *rapporteur*

Marie-Laure MOQUET-ANGER

Professeur à l'Université de Rennes 1, *directeur*

*A Aude,
Mahaut, Eugénie et Léopold*

Face à l'événement, c'est à soi-même que recourt l'homme de caractère. Son mouvement est d'imposer à l'action sa marque, de la prendre à son compte, d'en faire son affaire. Et loin de s'abriter sous la hiérarchie, de se cacher dans les textes, de couvrir des comptes rendus, le voilà qui se dresse, se campe et fait front.

Charles DE GAULLE, *Le fil de l'épée.*

SIGLES ET ABBREVIATIONS

ADN : acide désoxyribonucléique
aff. : affaire
AFDI : Annuaire français de droit international
AFSSAPS : Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
AJDA : Actualité juridique Droit administratif
AJ fam. : Actualité juridique Famille
AJFP : Actualité juridique Fonctions publiques
AJ Pénal : Actualité juridique Pénal
al. : alinéa
AME : aide médicale d'Etat
AMM : autorisation de mise sur le marché
AMP: assistance médicale à la procréation
Am J Prev Med : The American Journal of Preventive Medicine
ANAES : Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
anc. : ancien
ANDEM : Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale
ANESM : Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux
Ann Fam Med : The Annals of Family Medicine
Ann Fr Anesth Reanim : Annales françaises d'anesthésie et de réanimation
Ann Intern Med : Annals of internal medicine
ANSM : Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
Arch Intern Med : Archives of Internal Medicine
ARS : agence régionale de santé
art. : article
ass. : assemblée
Ass. nat. : Assemblée nationale
ATU : autorisation temporaire d'utilisation
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
BMJ : The British Medical Journal
BOMJL : Bulletin officiel du Ministère de la justice et des libertés
c/ : contre
C. civ : code civil
C. const. : Conseil constitutionnel
C. déf. : code de la défense
C. pén. : code pénal
C. proc. civ. : code de procédure civile
C. proc. pén : code de procédure pénale
C. trav. : code du travail
CA : cour d'appel
CAA : cour administrative d'appel
CADA : Commission d'accès aux documents administratifs
CAPI : contrat d'amélioration des pratiques individuelles
CASF : Code de l'action sociale et des familles
CCC : Contrats, concurrence consommation
CCNE : Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
cf. : confer
CGCT : Code général des collectivités territoriales
chap. : chapitre
chron. : chronique
ch. réunies : chambres réunies
CISS : Collectif inter associatif sur la santé
civ. : chambre civile
CJA : code de justice administrative
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CMU(-C) : couverture maladie universelle (-complémentaire)

CDOM : Conseil départemental de l'ordre des médecins
CNOM : Conseil national de l'Ordre des médecins
comm. : commentaire
concl. : conclusions
contra : en sens contraire
Convention EDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C(R)CI : Commission (régionale) de conciliation et d'indemnisation
Crim. : chambre criminelle
CSP : code de la santé publique
CSS : code de la sécurité sociale
D. : *Recueil Dalloz*
Defrénois : *Répertoire du notariat Defrénois*
doctr. : doctrine
DP : *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*
DP santé, bioéthique, biotechnologies : *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*
DPI : diagnostic préimplantatoire
DPN : Diagnostic prénatal
Dr. soc. : *Revue du droit social*
Dr. fam. : *Revue du droit de la famille*
Dr. pén. : *Revue du droit pénal*
éd. : édition
EHPAD : établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
et al. : *et alii.*
fasc. : fascicule
GAJA : *Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz*
GAJC : *Grands arrêts de la jurisprudence civile Dalloz*
Gaz. Pal. : *Gazette du Palais*
GC : Grande chambre
HALDE : haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HAS : Haute autorité de santé
HLA : human leukocyte antigen
ibid. : *ibidem*
IGAS : Inspection générale des affaires sanitaires et sociales
Int Psychogeriatr : *International Psychogeriatrics*
IR : informations rapides du *Recueil Dalloz*
IRM : imagerie par résonnance magnétique
IVG : interruption volontaire de grossesse
J Gen Intern Med : *The Journal of General Internal Medicine*
J Law Med Ethics : *The Journal of Law, Medicine and Ethics*
J Respir Crit Care Med : *The American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*
JAMA : *Journal of the American Medical Association*
JCP A : *Juris-classeur édition Administrations et collectivité territoriales*
JCP E : *Juris-classeur périodique édition entreprise*
JCP G : *Juris-classeur périodique édition générale*
JDI : *Journal de droit international*
JIM : *Journal international de médecine*
Jn : Evangile selon Saint Jean
JORF : *Journal officiel de la République française*
JOUE : *Journal officiel de l'Union européenne*
JO Sénat : *Journal officiel Sénat*
JO AN : *Journal officiel Assemblée nationale*
Lebon : *Recueil Lebon*
LPA : *Les Petites affiches*
Méd. & Droit : *Médecine et droit*
Med. & Law : *Medicine and Law*
Med Pal : *Médecine palliative*
MERRI : missions d'enseignement, de recherche, de référence et d'innovation
Milbank Q : *The Milbank Quarterly*
N Engl J Med : *The New England Journal of Medicine*
obs. : observations
op. cit. : *opere citato*
OMS : Organisation mondiale de la santé

ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux
p. : page
pan. : panorama
préc. précité
Presse med : *La Presse médicale*
QPC : question prioritaire de constitutionnalité
RBP : recommandation de bonne pratique
RDSS : *Revue de droit sanitaire et social*
Rép. min. : réponse ministérielle
req. : chambre des requêtes
RCA : *Responsabilité civile et assurance*
RDC : *Revue des contrats*
RDI : *Revue de droit immobilier*
RDP : *Revue du droit public*
Rép. civ. : *Répertoire civil Dalloz*
Rép. Dr. pén. proc. pén. : *Répertoire droit pénal et procédure pénale Dalloz*
Res Nurs Health : *Research in Nursing and Health*
Rev. Droit & Santé : *Revue Droit et santé*
Rev. jur. Ouest : *Revue juridique de l'Ouest*
Rev. soc. : *Revue des sociétés Dalloz*
RFDA : *Revue française de droit administratif*
RFDC : *Revue française de droit constitutionnel*
RGDM : *Revue générale de droit médical*
RGDIP : *Revue générale de droit international public*
RID comp. : *Revue internationale de droit comparé*
RJEP : *Revue juridique de l'économie publique*
RJS : *Revue de jurisprudence sociale*
RLDC : *Revue Lamy droit civil*
RMO : référence médicale opposable
ROSP : *rémunération sur objectifs de santé publique*
RSC : *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com. : *Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur. : *Revue trimestrielle de droit européen*
RTD sanit. soc. : *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social*
RTU : recommandation temporaire d'utilisation
Rutgers Law Rev : *Rutgers University Law Review*
s. : suivant
S. : *Sirey*
SIGAPS : système d'interrogation, de gestion et d'analyse des publications scientifiques
Soc. : chambre sociale
somm. : sommaire commenté
spéc. : spécialement
t. : tome
TA : tribunal administratif
Trib. confl. : Tribunal des conflits
T. corr. : tribunal correctionnel
v. : voir
VIH : virus de l'immunodéficience humaine
v° : *verbo*

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA PROCÉDURE DE DÉCISION MÉDICALE

Titre 1 : L'auteur de la décision

Chapitre 1 : La relation médicale, préalable à la décision

Chapitre 2 : L'aptitude à la décision

Titre 2 : Les principes de la procédure de décision

Chapitre 1 : Le principe de concertation

Chapitre 2 : Le principe de motivation

DEUXIEME PARTIE : LE CONTENU DE LA DECISION MEDICALE

Titre 1 : La finalité de la décision

Chapitre 1 : La nécessité médicale comme finalité

Chapitre 2 : La nécessité médicale comme moyen

Titre 2 : La pertinence de la décision

Chapitre 1 : La standardisation de la décision

Chapitre 2 : Le contrôle de pertinence

INTRODUCTION

1. « L'origine historique comme la nature des professions libérales conduisent normalement à une organisation assurant à leurs membres une entière indépendance. Professions d'hommes libres, professions nobles, elles ne peuvent mettre celui qui les exerce en état de subordination sans renoncer à ces qualités. La fierté des membres des professions libérales est de n'avoir d'autre maître, qu'eux-mêmes »¹.

On ne saurait mieux que J. SAVATIER saisir l'essence même des professions libérales, marquée de l'indépendance matérielle et intellectuelle qui s'attache à leur exercice. Libérale, la profession médicale l'est incontestablement en France au regard de son histoire et des liens qui l'unissent aux patients et aux régimes d'assurance sociale. Ses praticiens revendiquent donc une liberté totale dans l'exercice de leur art – c'est-à-dire la possibilité de l'exercer sans entrave² – liberté qui leur est reconnue par la loi³ et qui leur est prescrite par la déontologie⁴. Dans le même temps, à l'échelle collective, l'organisation de la profession et le contrôle vigilant de l'Ordre des médecins concourent à assurer son indépendance vis-à-vis des autres professionnels de santé, de l'Etat, de la sécurité sociale ou des sociétés d'assurance. Par le contrôle de l'accès à la profession⁵, par le contrôle des contrats conclus par les médecins⁶, et par la sanction des manquements à la règle déontologique⁷ qu'il édicte, l'Ordre est en effet le garant de l'indépendance de la profession. Telle est la mission qui lui est confiée par le législateur⁸, et dont le Conseil d'Etat, juge de cassation du contentieux disciplinaire, a considéré dans son arrêt *Bouguen* qu'elle constituait une mission de service public⁹. L'indépendance de la profession étant assurée, la liberté de ses membres s'en trouve confortée.

¹ SAVATIER J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, LGDJ, 1947, 39.

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° liberté, PUF, 2013, p. 608.

³ CSS, art. L.162-2.

⁴ CSP, art. R.4127-5, art. R.4127-8.

⁵ CSP, art. L.4112-1.

⁶ CSP, art. L.4113-9, R.4127-83.

⁷ Sur le principe déontologique d'indépendance : CSP, art. R.4127-5, R.4127-26, R.4127-95, R.4127-97.

⁸ CSP, art. L.4121-2.

⁹ CE, ass., 2 avr. 1943, n°72210, *Lebon*, p. 86 ; *GAJA*, 19^e éd., Dalloz, 2013, n° 52 ; *D.* 1944, p. 52, concl. Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres ; *S.* 1944, 3, p. 1, concl. Lagrange, note Mestre ; *JCP* 1944, II, 2565, note Céliier.

La liberté médicale

2. La liberté des médecins dans l'exercice de l'art médical ne saurait cependant se déduire de leur seul statut libéral. L'émergence de statuts alternatifs à l'exercice libéral dans la seconde moitié du XX^e siècle n'a en effet pas remis en cause ce principe fondamental de l'exercice médical. Ainsi, les médecins salariés¹⁰ – y compris les médecins du travail¹¹ – comme les agents du service public hospitalier¹² conservent-ils, en vertu des mêmes dispositions que celles qui concernent leurs confrères libéraux, cette liberté et cette indépendance¹³ s'agissant des décisions qui relèvent de leurs compétences techniques propres. Et l'Ordre, au tableau duquel ils sont nécessairement inscrits, s'assure également que la position de sujétion qui est la leur en tant que salarié ou agent du service public, ne menace pas l'indépendance technique qui s'impose à eux dans l'exercice de leur ministère. La reconnaissance de la liberté décisionnelle du médecin dépasse donc la question de son mode d'exercice : elle est une condition nécessaire de la pratique médicale. Ce dépassement est par ailleurs acquis au regard de la consécration par la loi d'un régime statutaire de l'usager du système de santé, titulaire de droits, indifférent au mode d'exercice du médecin¹⁴. Ce constat rejoint les conclusions prémonitoires de la thèse de G. MEMETEAU soutenue en 1973 et consacrée à la liberté thérapeutique du médecin : « la liberté est d'ordre public, manifeste une intervention de l'ordre public dans l'exécution du contrat. Il y a même plus, car à la vérité l'ordre public s'échappe des limites contractuelles, gagne le domaine tout entier de l'exercice médical, alors même qu'il ne serait plus question du contrat médical, et c'est ainsi que nous avons pu constater que, quel que soit le statut du médecin, le principe de la liberté thérapeutique imposait ses exigences. Ce principe n'est donc pas lié au contrat, il lui est antécédent et

¹⁰ MERCAT F.-X., *L'indépendance technique des médecins salariés*, Rapport CNOM 1999.

¹¹ C. trav., art. L.4623-1 et s., garantissant l'indépendance professionnelle du médecin du travail, et précisant les garanties associées à la procédure de licenciement (accord de l'inspection du travail et avis du médecin inspecteur du travail).

¹² MOQUET-ANGER M.-L., *Le statut des praticiens hospitaliers publics*, PUF 1994 ; TRUCHET D., *Rép. responsabilité de la puissance publique* 2016, n°6.

¹³ BIENCOURT M., *et al.*, *L'indépendance de la décision médicale*, Rapport CNOM 2010.

¹⁴ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

supérieur »¹⁵. Nous rangeant à cette analyse, il nous paraît dès lors pertinent de devoir envisager la liberté du médecin dans l'exercice de son art indépendamment des spécificités relatives à leur mode d'exercice. Réserves faites de contingences matérielles¹⁶, et intégrant à notre réflexion le regard issu de l'expérience du médecin praticien, il appert que tant en droit qu'en fait, la liberté décisionnelle du médecin nous semble indifférente à son statut.

3. Bien évidemment, la reconnaissance d'une telle liberté d'action suppose, en sus de la consécration de son principe, une formulation précise, le respect d'une procédure et de garanties, notamment juridictionnelles¹⁷. Loin d'être absolue, elle est orientée, encadrée par des règles, dont certaines sont juridiques ; elle a donc pour corollaire une responsabilité¹⁸. C'est à ce titre que le mode d'exercice du médecin peut entrer en ligne de compte, s'agissant des modalités de sanction de cette responsabilité. C'est également à ce titre que doit être évoquée l'articulation du rôle du juge avec la liberté décisionnelle du médecin. En effet, si la responsabilité découle de la liberté, la sanction de celle-là peut avoir, par ricochet, une influence sur celle-ci via la détermination des comportements médicaux admissibles, délimitant ainsi un espace de liberté. Or la sanction relève du juge, qui reste soumis à l'application du droit qui, pour partie, est fonction du statut du médecin.

L'influence du mode d'exercice du médecin doit pourtant à notre sens, ici encore, être tempérée. S'agissant de l'engagement de la responsabilité médicale aux fins de sanction, le mode d'exercice du médecin est neutre. En matière pénale, nul n'est en effet responsable que de son propre fait¹⁹. En matière disciplinaire devant les juridictions ordinaires²⁰, il en est de même, et si l'engagement des poursuites disciplinaires contre un praticien hospitalier relevait initialement d'une liste limitative d'autorités, les dispositions de la loi du 24 juillet 2009²¹, au

¹⁵ MEMETEAU G., *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin. Etude de droit français positif*, thèse Poitiers, 1973, n°674 et n°675.

¹⁶ Notamment en matière de prescription médicamenteuse, qu'il s'agisse de la liste des spécialités pharmaceutiques agréées à l'usage des collectivités et divers services publics (CSP, art. L.5123-2 et s.), ou des médicaments à prescription restreinte : réserve hospitalière, prescription hospitalière, prescription hospitalière initiale, prescription réservée à certaines spécialités.

¹⁷ MORANGE J., v° liberté, in : ALLANS D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 945.

¹⁸ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

¹⁹ C. pén., art. 121-1.

²⁰ A l'exception des médecins non inscrits au tableau de l'Ordre : médecins militaires du Service de santé des armées ; fonctionnaires de l'Etat ou agents titulaires d'une collectivité locale qui ne sont pas appelés, dans l'exercice de leurs fonctions, à exercer la médecine.

²¹ Loi n°2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF* du 22 juill. 2009, p. 12184.

filtre ordinal près, tendent à rapprocher du droit commun la situation des agents du service public. Ne demeure à titre spécifique que l'action disciplinaire engagée devant l'administration dont dépend le médecin agent du service public²². La procédure relève de la compétence du Centre national de gestion et est placée sous le contrôle du juge administratif. Elle reste rare, pour ne pas dire exceptionnelle, les poursuites disciplinaires contre les praticiens hospitaliers étant volontiers engagées devant les juridictions ordinaires. Concernant le médecin, salarié, le principe étant celui de la responsabilité du commettant du fait de son préposé²³, seul l'abus de fonctions peut permettre l'engagement de poursuites par l'employeur, ce qui demeure également une hypothèse rare. S'agissant de l'engagement de la responsabilité médicale aux fins d'indemnisation des victimes d'accident médical, le statut du professionnel déterminera la juridiction compétente : administrative pour l'agent du service public, sauf faute détachable ; civile pour le médecin libéral. La répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ne soulève guère de difficulté²⁴. Elle nécessite parfois quelques éclaircissements au regard des liens de plus en plus étroits entre structures de droit public et de droit privé, tissés notamment dans le cadre de la coopération sanitaire²⁵.

Si la dichotomie persiste, il convient d'admettre que le régime juridique issu de la loi du 4 mars 2002 a gommé, à la compétence juridictionnelle près, l'essentiel des différences d'appréciation fondées sur le mode d'exercice du professionnel de santé. En définissant les droits des malades ; en déterminant le standard des connaissances médicales avérées, dont le respect s'impose à tout médecin ; en consacrant le principe d'une responsabilité pour faute²⁶. L'effacement des singularités liées au statut se prolonge dans la création d'une voie d'indemnisation amiable via les commissions de conciliation et d'indemnisation²⁷. Ces « commissions administratives », telles que qualifiées par le Conseil d'Etat²⁸, connaissent en effet sans distinction des demandes d'indemnisation concernant des accidents médicaux survenus à l'occasion de l'activité de professionnels et d'établissements de santé publics et privés. Depuis leur création, elles sont devenues pour les patients, en raison d'une procédure

²² CSP, art. R.6152-74 et s.

²³ Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, n° 01-17.908, n° 01-17.168, *D.* 2005, p. 253, note F. Chabas ; *ibid.*, pan. 406, obs. J. Penneau ; *JCP* 2005, II, 10020, rapp. D. Duval-Arnould ; *ibid.*, note S. Porchy-Simon ; *RCA* 2004, comm. 364 ; *RTD civ.* 2005, p. 143.

²⁴ Compétence administrative : Trib. confl., 25 mars 1957, *Chilloux*, n°1624 ; compétence judiciaire : Trib. confl., 14 févr. 2000, *Ratinet*, n°2929 ; Trib. confl., 25 janv. 1988, *Bunelier*, n°02502.

²⁵ Trib. confl., 7 juill. 2014, n°3951.

²⁶ CSP, art. L.1142-1, I.

²⁷ CCI, initialement commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI).

²⁸ CE, avis, 10 oct. 2007, *AJDA* 2007, p. 2328, concl. J.-Ph. Thiellay ; *RDSS* 2008, p. 85, note D. Cristol.

rapide, efficace et gratuite, la porte d'entrée principale dans le dispositif d'indemnisation²⁹. En attestent notamment les statistiques des assureurs de responsabilité professionnelle. Ainsi selon le Sou médical – Groupe MACSF³⁰, la part relative des assignations en référé *versus* saisines de CRCI est passée de 86% vs 14% en 2003 à respectivement 54% vs 46% en 2009. Selon cet assureur, sur les 862 affaires concernant ses sociétaires tranchées au fond en 2015, 416 l'ont été devant le juge et 446 devant les CCI³¹. Les données issues de l'activité de la SHAM³², qui assure près de 60% des lits MCO³³ en France, dont 70% d'établissements publics, témoignent également de la part croissante des CCI. En 2015, près de 37% des réclamations ont été effectuées par la voie des CCI ; sur 12.728 dossiers clos la même année, 6.7% l'ont été via la voie contentieuse, 93.3% des dossiers ont trouvé une issue amiable³⁴. Le recours aux voies de règlement amiable, notamment devant les commissions de conciliation et d'indemnisation, nous semble donc venir au soutien du choix d'aborder la liberté décisionnelle du médecin sans distinction de son mode d'exercice. Cette évolution témoigne également de l'articulation du rôle du juge avec la liberté décisionnelle du médecin.

5. Si la responsabilité est le corollaire de la liberté, il convient donc de s'interroger sur la place du juge, qui sanctionne cette responsabilité, dans la détermination de la liberté médicale. On pourrait considérer, au regard de la jurisprudence, que la liberté médicale est largement affectée par l'œuvre prétorienne. Cette affirmation a pu revêtir une certaine réalité, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002 ; elle nous semble pouvoir être aujourd'hui écartée de l'analyse pour deux raisons. Premièrement, l'analyse de la liberté décisionnelle du médecin impose d'envisager celle-ci *a priori*, c'est-à-dire en amont de la décision médicale, quelles que soient sa nature et sa finalité. Or l'élaboration de la décision ne fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, celui-ci ne s'exerçant qu'*a posteriori*, c'est-à-dire en aval de la décision. De manière indirecte, on pourrait cependant penser que la jurisprudence antérieure à la décision exerce une influence sur le médecin décisionnaire. Ainsi, par exemple, des obligations contractuelles dégagées par le juge judiciaire au fil de sa jurisprudence, ou des

²⁹ LAUDE A., La judiciarisation de la santé, *Questions de santé publique* 2013, n°20.

³⁰ Cité par LAUDE A., *op. cit.*

³¹ <https://www.macsf-exerciceprofessionnel.fr/Rapport-annuel-sur-le-risque-en-sante/Decisions-de-justice-et-avis-CCI-2015>.

³² http://www.sham.fr/content/download/17527/96887/version/1/file/synthese_FR_panorama_sham_2016.pdf.

³³ MCO : médecine, chirurgie, obstétrique.

³⁴ Règlement amiable dans 37.9% des cas ; rejet de la réclamation amiable, absence de poursuites dans 55.4% des cas.

exigences retenues par le juge administratif à l'endroit des agents du service public, au regard des fautes antérieurement sanctionnées. Ainsi encore des principes dégagés par le Conseil d'Etat en sa qualité de juge de cassation en matière disciplinaire, tel, par exemple, que le respect de la personne humaine même après la mort, érigé au rang de principe général du droit³⁵. Deux arguments viennent relativiser cette influence. Le premier, matériel, est celui de la connaissance – en fait, de la méconnaissance³⁶, sauf exceptions³⁷ – par les praticiens de la jurisprudence relative à leur activité professionnelle. Le second, juridique, est celui de la consécration des droits du patient par le législateur de 2002, qui dessine en creux les obligations du médecin, donc en dehors de l'intervention du juge. L'influence de ce dernier sur l'élaboration de la décision médicale s'en trouve donc considérablement minorée, puisque seules les conséquences défavorables de la décision ou de l'exécution de la décision pourront justifier son intervention. En outre, l'objet de cette intervention ne relève pas d'une restriction de la liberté décisionnelle du médecin, mais de la sanction de la violation des conditions de nécessité médicale et de consentement – via le défaut d'information par exemple –, ou de la non-conformité de la décision au standard des connaissances médicales avérées ou des données acquises de la science ; toutes conditions relevant désormais de la loi ou du règlement.

6. Deuxièmement, l'influence du juge sur la liberté médicale peut être écartée sur des arguments de fait. Si l'on entend parfois certains médecins s'inquiéter d'une judiciarisation de la médecine³⁸, volontiers qualifiée de « dérive à l'américaine », qui les plongerait dans une expectative anxieuse permanente de nature à affecter, par anticipation, leur liberté décisionnelle, la perception et donc l'influence du risque contentieux sur cette liberté doivent également être relativisées. On a déjà évoqué la méconnaissance du corps médical quant à la jurisprudence relative au contentieux de la responsabilité médicale. Il convient d'y ajouter deux éléments de fait, l'un découlant sans doute de l'autre. *Primo*, l'expérience praticienne permet de penser que le risque contentieux ne fait pas partie, au quotidien, de l'équation de la

³⁵ CE, ass., 2 juill. 1993, n°124960, *Lebon* p. 194, concl. D. Kessler ; *AJDA* 1993, p. 579 ; *ibid.*, p. 530, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *D.* 1994, p. 74, note J.-M. Peyrical ; *ibid.*, p. 352, chron. G. Lebreton ; *RFDA* 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; *RDSS* 1994, p. 52, concl. D. Kessler ; *RTD civ.* 1993, p. 803, obs. J. Hauser ; *JCP* 1993, II, 22133, note P. Gonod.

³⁶ BOUGHRIET N., Essai sur un paradigme d'alliance constructive ente droit et médecine. L'accès du médecin à la connaissance juridique, *RGDM* 2013, p. 15.

³⁷ Dans le cas d'affaires très médiatiques, telles que – en matière disciplinaire ordinale – CE, 30 déc. 2014, n°381245, *AJDA* 2015, p. 5 ; *ibid.*, p. 749, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *D.* 2015, p. 81, obs. F. Violla ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. R. Keller.

³⁸ GARAY A., La gestion juridique du risque médical, outil stratégique au service des médecins, *RGDM* 2014, p. 153.

décision médicale, dont il paraît dès lors peu susceptible d'affecter la liberté. En d'autres termes, dans l'immense majorité des situations soumises chaque jour aux médecins exerçant en France, la crainte de la commission d'une faute sanctionnable n'occupe pas l'esprit du professionnel. Sans doute à raison (*secundo*), dans la mesure où si les réclamations sont rares, les condamnations restent exceptionnelles, et la sinistralité des professionnels et établissements de santé reste stable. A. LAUDE, J. PARIENTE et D. TABUTEAU ont ainsi pu montrer sur une période de dix ans que les réclamations des usagers du système de santé se situaient au niveau très faible de 23 requêtes pour 100.000 admissions à l'hôpital et 5 requêtes par million d'actes réalisés en ville³⁹.

7. En définitive, l'analyse de la liberté du médecin apparaît devoir être abordée indifféremment à son mode d'exercice, tant cette liberté semble constituer un principe fondamental de la pratique médicale. Nourrie de l'expérience pratique et envisagée à l'étape de l'élaboration de la décision, cette liberté se déploie en amont de l'intervention juridictionnelle, ce qui minore l'influence directe du juge.

La décision médicale

8. Si la liberté irrigue donc la pratique médicale, il convient de s'interroger sur son objet. La doctrine a volontiers envisagé la liberté du médecin dans la réalisation de ses actes⁴⁰, ceux-ci n'étant d'ailleurs le plus souvent envisagés que dans une perspective thérapeutique, la prescription d'un remède représentant l'archétype de l'acte médical. Il nous semble toutefois par trop réducteur de réduire notre analyse à la liberté du médecin qui se manifesterait dans la réalisation de l'acte médical. L'acte médical est le terme par lequel est désignée une intervention particulière d'un médecin ou d'un chirurgien sur un malade⁴¹. Ainsi défini, l'acte médical peut consister en une prescription du médecin, c'est-à-dire en l'émission orale ou écrite – via l'ordonnance – d'une indication, d'un conseil ou d'un ordre⁴²; comme il peut consister en la réalisation d'un geste à visée diagnostique ou thérapeutique par le médecin lui-même. La référence à l'acte médical paraît peu pertinente pour apprécier pleinement la liberté

³⁹ LAUDE A., PARIENTE J., TABUTEAU D., *La judiciarisation de la santé*, Edition de santé 2012, 367 p.

⁴⁰ MEMETEAU G., *op. cit.*; REBECQ G., *La prescription médicale*, PUAM 1997.

⁴¹ www.cnrtl.fr/portail/, v° acte, § acte médical.

⁴² *Ibid.*, v° prescription.

du médecin dans l'exercice de son art. D'une part au regard du caractère restrictif attaché à la finalité de l'acte. D'autre part, en ce que cette action est en réalité précédée d'une opération intellectuelle, qui procède d'un choix arbitré par le médecin. Ce choix résulte de la rencontre entre la manifestation d'un besoin et une offre de soin, entendues au sens larges. Cette rencontre est à l'origine de la création préalable de la relation médicale ; c'est donc dans le cadre de la relation médicale unissant le patient au médecin, en amont de l'action pratique et concrète des professionnels, que doit s'analyser leur liberté ; plus précisément, que leur liberté de choix doit être appréciée. Cet arbitrage constitue la décision médicale, au contraire de l'acte médical, qui ne correspond qu'à une modalité d'exécution de la décision. Il ne peut en effet y avoir d'acte médical sans décision, alors qu'il peut exister une décision sans acte médical ; plus encore, la décision peut consister en une abstention de la réalisation de l'acte médical envisagé.

9. Le recours à la notion de décision peut paraître inadapté – incongru même⁴³ – au regard de la qualification contractuelle de la relation médicale liant un patient à un médecin libéral. Il peut également l'être s'agissant des médecins des hôpitaux publics, dont les arbitrages techniques rendus dans le cadre de leur activité de soin – leurs décisions – ne sont en aucun cas des décisions de nature administrative. Ces réserves n'ont cependant pas empêché la doctrine la plus autorisée de retenir cette qualification que nous faisons nôtre, et ce bien avant la loi du 4 mars 2002. Outre l'autorité de la doctrine, ces préventions peuvent cependant être rejetées puisque le modèle statutaire de la relation désormais légalement défini consacre la notion de décision. Ainsi de l'article L.1111-4, al. 1^{er} CSP qui dispose que toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. La consécration de la décision par le législateur concerne donc tant le médecin que le patient, puisqu'aux termes de l'article précité – l'usage de la conjonction « avec » – la décision résulte du concours des deux protagonistes de la relation médicale. L'examen attentif des dispositions du titre premier du code de la santé publique relatif au droit des personnes malades et des usagers du système de santé le confirme. S'agissant du patient, la personne de confiance peut l'accompagner dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions⁴⁴ ; il peut

⁴³ LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641.

⁴⁴ CSP, art. L.1111-6, al. 2.

prendre la décision de refuser les soins⁴⁵, et le cas échéant celle de solliciter une sédation profonde et continue⁴⁶. Quant au médecin, en dehors du cadre général des dispositions de l'article L.11114, al. 1^{er}, c'est bien aux décisions médicales que se réfère le législateur en matière de limitation ou d'arrêt des traitements⁴⁷, mais également en matière de secret professionnel⁴⁸ et de consentement⁴⁹ s'agissant des mineurs, et en matière d'information⁵⁰ et de consentement⁵¹ s'agissant des mineurs et des majeurs sous tutelle. C'est donc bien dans la détermination de la décision médicale, née dans la relation médicale, que se joue la liberté du médecin.

La relation médicale

10. La reconnaissance d'une liberté médicale justifie d'interroger sa finalité, et donc de savoir vis-à-vis de qui elle s'exerce. Ainsi convient-il d'affirmer qu'elle n'est pas pour le médecin un outil lui conférant l'immunité, faisant de lui un « médecin-prêtre »⁵² hors du droit, une telle immunité pouvant être nuisible aux intérêts du malade. Car c'est bien dans le cadre de la relation médicale, celle qui unit le médecin à son patient, que doit être appréhendée cette liberté. On comprend dès lors qu'elle n'est reconnue au médecin que dans la mesure où elle peut garantir la protection de l'intérêt du patient. L'autonomie revendiquée par les médecins, et qui leur est reconnue par le droit, ne s'exerce et ne s'exprime en définitive que vis-à-vis des tiers à la relation médicale, le médecin étant, au sein de celle-ci, au service de l'intérêt de son patient. A l'instar de Frédéric II de Prusse qui considérait le souverain comme le premier serviteur de l'Etat, le médecin peut être considéré comme une sorte de souverain – car doté du pouvoir que lui confère son savoir – serviteur de l'intérêt de son patient.

11. Il convient de préciser que cette subordination s'entend plus à l'égard de l'intérêt du patient qu'à celui de sa volonté. D'une part parce qu'elle peut faire défaut alors que cet intérêt

⁴⁵ CSP, art. L.1111-4, al. 3.

⁴⁶ CSP, art. L.1110-5-2, al. 1^{er}, 2^o.

⁴⁷ CSP, art. L.1111-4, al. 6.

⁴⁸ CSP, art. L.1110-4, V, al. 3.

⁴⁹ CSP, art. L.1111-5.

⁵⁰ CSP, art. L.1111-2.

⁵¹ CSP, art. L.1111-4, al. 7.

⁵² MÉMETEAU G., *op. cit.*, n°672.

est menacé, et qu'une telle menace appelle l'intervention médicale. D'autre part parce que cette volonté s'exprime avant tout, sauf circonstances particulières, dans la création de la relation médicale, mais ne suffit pas à obliger le médecin. Ainsi les dispositions de l'article 16-3 C. civ. requièrent-elles, pour que l'acte médical soit licite, que soit d'abord établie la nécessité médicale avant que d'exiger le consentement de la personne. Or le médecin ne peut être lié par la volonté du malade dans la qualification de la nécessité médicale, laquelle relève du diagnostic qu'il est seul à pouvoir établir du fait de ses particulières compétences professionnelles. Si le médecin doit donc être libre vis-à-vis des tiers à la relation médicale, il semble également exister une certaine liberté vis-à-vis de la volonté « brute » du patient, c'est-à-dire telle qu'exprimée par lui, en raison de la compétence propre du médecin. S'en remettre à l'homme de l'art c'est admettre son incapacité à trouver par soi-même la réponse à ses questions.

12. La marge de manœuvre qui résulte du découplage de la légitimité de l'intervention médicale de l'expression d'une volonté n'en est pas moins bornée. A cette mécanique de la volonté s'en substitue une autre, celle de la subordination à la science et à la conscience du médecin. De même que le diagnostic ou le choix d'une thérapeutique ne peuvent être liés par la volonté du patient, ils ne peuvent être établis qu'en référence aux données acquises de la science. Cette référence de comportement médical fondé sur la connaissance légitime l'intervention du médecin en même temps qu'elle le distingue du magicien ou du charlatan. A cette subordination technique s'ajoute une subordination morale qui témoigne de la vocation médicale à servir l'intérêt du patient. Ainsi lorsque le médecin décide de dispenser ses soins, « c'est l'être pensant tout entier qui est en cause, et c'est lui qui s'engage selon ce qu'il croit être la vérité »⁵³. La liberté du médecin paraît donc instaurée dans le seul but de permettre cet engagement.

13. L'appréciation de la sphère d'autonomie réservée au médecin dans la détermination des modalités et de la nature de son intervention nécessite par ailleurs d'examiner cette liberté en tenant compte des courants qui traversent et modèlent la société, partant, en façonnent les outils – notamment juridiques – de régulation. Il est ainsi possible de discerner, en sus de la soumission de l'intervention médicale à la science et à la conscience du médecin

⁵³ BURDEAU G., *Libertés publiques*, 4^e éd, LGDJ 1972, p.215.

traditionnellement admise, ce que nous qualifions de « déterminants », phénomènes individuels et collectifs susceptibles d'affecter la régulation juridique de la pratique médicale.

Les déterminants individuels de la décision médicale

14. Au titre des phénomènes individuels affectant la liberté décisionnelle du médecin, peuvent être retenues l'autonomisation du patient et la subjectivisation de la santé. Longtemps la place accordée à l'expression de la volonté du patient s'est limitée à l'initiative de la création de la relation médicale. Une fois cette relation nouée, le patient se retrouvait le plus souvent réduit au rang de spectateur de sa prise en charge médicale, cet état de fait résultant de l'asymétrie consubstantielle à la relation médicale, fondée sur la demande d'un ignorant à un sachant. Ne restait au patient que la possibilité de s'en remettre au médecin, lequel, par une sorte de présomption socialement admise, était supposé agir dans son intérêt. La volonté initialement exprimée se trouvait donc prolongée par la confiance placée par le patient dans son médecin. Pour autant la confiance se construit plus qu'elle ne se décrète ; voire, elle peut être trahie, ce d'autant qu'elle est aveugle. Il a donc échoué au droit, et en premier lieu au juge, de déterminer les conditions propres à garantir la confiance qui sied à la relation médicale.

L'œuvre prétorienne a consisté à dégager, au fil des espèces, les exigences imposées aux médecins dans le cadre de la relation les unissant à leurs patients. Parmi les décisions fondatrices de la création des conditions de la confiance, doit en premier lieu être cité l'arrêt *Teysnier*⁵⁴, qui proclame que le respect de la personne humaine impose au praticien d'obtenir le consentement éclairé par l'information, et qu'en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits des malades et manque à ses devoirs médicaux. Cet arrêt fonde la reconnaissance par la Cour de cassation de la primauté du respect de la personne humaine dans l'activité médicale. Doit également être cité l'arrêt *Mercier*⁵⁵, en ce qu'il qualifie contractuellement la relation médicale, et permet dès lors de déterminer les obligations du médecin ainsi que les conditions de la sanction de leur violation. Cette qualification place indéniablement au centre de la relation médicale l'expression de la volonté du patient, et peut

⁵⁴ Req., 28 janv. 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177 ; *DP* 1942, p. 63.

⁵⁵ Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P. ; *S.* 1937.1.321, note Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n°161 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493.

donc être regardée comme un indice témoignant de ce qu'elle constitue l'un des déterminants fondamentaux de la liberté médicale. Cette consécration n'a cependant pas suffi.

D'abord, l'analyse contractuelle s'est heurtée à certaines difficultés, s'agissant de distinguer le consentement en tant que condition de la formation du contrat, d'une part, et l'assentiment à la réalisation de l'acte médical d'autre part⁵⁶ ; difficultés de nature à affecter l'effectivité du contrôle du respect des obligations médicales. Ensuite, elle ne trouvait pas à s'appliquer dans la relation établie entre le patient usager d'un établissement public de santé et le médecin agent d'un tel établissement. Cette relation médicale, quoique bien réelle, n'existe pas juridiquement, les deux protagonistes n'étant respectivement engagés dans une situation légale et réglementaire de droit public que vis-à-vis de l'établissement, et non entre eux. Enfin, elle peinait à masquer l'asymétrie consubstantielle à la relation médicale, que les obligations patiemment dégagées par la jurisprudence ne semblaient pas suffisantes à combler.

15. C'est sans doute la persistance de cette asymétrie et le constat de son caractère irréductible, associés à l'évolution des mœurs au cours du dernier tiers du XX^e siècle, qui expliquent le phénomène de promotion de l'autonomie des personnes dans la relation médicale. La protection de cette autonomie a abouti à la consécration de droits subjectifs reconnus par la loi aux usagers du système de santé : droit à la protection de sa santé ; droit au respect de la dignité ; droit à l'absence de toute discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins ; droit au respect de la vie privée et au secret ; droit aux soins les plus appropriés et aux thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et la sécurité garantie ; droit à la prise en compte et au traitement de la douleur ; droit à la mise en œuvre de moyens assurant une vie digne jusqu'à la mort. La définition légale de ces droits affecte profondément la nature de la relation médicale. S'agissant des patients confiés aux praticiens hospitaliers, si elle ne crée pas de lien juridique entre eux, elle permet de saisir les enjeux de cette relation humaine. S'agissant des patients des professionnels libéraux, la qualification contractuelle est délaissée au profit de l'avènement d'un modèle statutaire. L'équilibre de la relation s'en trouve également modifié, puisqu'au pouvoir résultant du savoir et du savoir-faire médicaux, le patient est désormais en mesure d'opposer des droits, parmi lesquels le droit fondamental à la

⁵⁶ GARAY A., GONI P., La valeur juridique de l'attestation de refus de transfusion sanguine, *LPA*, 13 août 1993, n°97, p. 15.

protection de la santé⁵⁷. La relation médicale semblerait donc se muer en une confrontation, peu propice à la sérénité requise pour que survienne ou persiste la confiance. Plus qu'une confrontation, nous y voyons une clarification favorable à la construction de la confiance, dans les limites de l'aptitude réelle du patient à exercer ses droits de manière autonome.

16. Si la consécration des droits subjectifs du patient peut être saluée, la promotion croissante de la place accordée à sa volonté interroge. On peut reconnaître au législateur une certaine cohérence dans la durée, dépassant d'ailleurs les clivages politiques, lorsqu'il reconnaît de nouveaux droits aux patients : le droit de ne pas subir des soins qui traduiraient une obstination déraisonnable⁵⁸, ou encore le droit à l'inconscience en fin de vie⁵⁹. On doit également saluer la reconnaissance d'un droit à refuser les soins par celui qui le demande, dès lors qu'il le fait en toute lucidité. Il est cependant permis de s'interroger sur la sacralisation de la volonté du patient au regard de sa capacité réelle à appréhender sa situation médicale. D'une part, il faut admettre qu'aucune information, même la plus adaptée ou la plus exhaustive, ne pourra compenser son incompetence technique et le placer en situation d'égal du médecin. D'autre part, il est illusoire d'envisager la personne malade comme un être pensant et agissant en toute logique. Cette illusion atteint son apogée dans le recours grandissant aux moyens d'expression de la volonté antérieurement exprimée. Il y a là une présomption de rationalité des comportements humains qui ne rend pas compte de la réalité, et pourrait s'avérer *in fine* contraire à la protection de l'intérêt du patient.

17. La promotion par le législateur de l'expression et de la portée de la volonté du patient dans la relation médicale se prolonge et se manifeste dans le phénomène que nous qualifions de subjectivisation de la santé. Elle aboutit à la modification des termes de la relation médicale en conférant au patient une place prépondérante, jusqu'alors occupée par le médecin au nom de ses compétences techniques. Cette subjectivisation peut être envisagée selon trois dimensions.

18. Elle se révèle tout d'abord dans l'extension de la finalité de l'intervention médicale, c'est-à-dire dans la définition du champ de la nécessité médicale. Ici également, doivent être

⁵⁷ LOKIEC P., *op. cit.*

⁵⁸ Loi n°2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF* du 23 avril 2005, p. 70890.

⁵⁹ Loi n°2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JORF* du 3 févr. 2016

distinguées plusieurs perspectives. La première témoigne de la reconnaissance par la médecine de sa faillibilité, qui l'a conduite à admettre qu'elle avait vocation à s'occuper des patients qui lui étaient confiés non seulement pour les guérir, mais également, et peut être plus modestement, pour les soigner. C'est donc bien le sujet soigné qui est au centre de la préoccupation médicale, plus que la performance des soignants et le succès de leurs interventions. A côté de la médecine curative triomphante (*cure*), existe désormais une médecine qui continue de prendre soin (*care*), y compris lorsque la guérison ne peut plus être atteinte. La nécessité médicale ne se conçoit donc plus uniquement dans une finalité thérapeutique, mais également dans une finalité plus générale de soin, alors que dans le même temps, les droits de refuser les soins, de ne pas souffrir ou de voir sa conscience abolie sont reconnus par la loi.

19. Le processus de subjectivisation de la santé se révèle également dans une seconde perspective : celle qui aboutit à l'effacement de la frontière entre le normal et le pathologique, théoriquement fondée sur le diagnostic, donc sur la connaissance. Si la chirurgie et la médecine esthétiques ont de longue date ouvert la voie à une médecine utilitariste répondant à un désir personnel déconnecté des finalités de prévention, de diagnostic ou de soin, ce mouvement semble s'accroître à mesure que les possibilités techniques offertes aux médecins leur permettent de répondre à la satisfaction de nouveaux désirs : désir d'enfant, désir d'enfant sain, désir d'amélioration des performances de l'être humain... Il y a bien là une subjectivisation de la santé, qui se traduit également par la médicalisation de la souffrance, du mal-être ou de la peur. Il en résulte une extension du champ de la nécessité médicale, qui se trouve progressivement déconnectée du diagnostic, c'est-à-dire de l'opération de qualification visant à placer une situation individuelle sous une qualification tirée de la nosologie : création d'embryons, suppression d'embryons, stérilisation contraceptive, augmentation des performances cognitives, résistance du soldat au combat⁶⁰... Toutes hypothèses concourant à envisager la nécessité médicale non comme une finalité mais comme un moyen, au risque d'une instrumentalisation de la médecine et d'une annihilation de la liberté du médecin.

20. La subjectivisation de la santé se révèle enfin – et plus positivement – dans les mutations qui concernent l'organisation du système de santé du fait de la place centrale désormais

⁶⁰ V. sur ce sujet : Le soldat augmenté. Repousser les limites pour s'adapter, *Défense et sécurité internationale* 2015, hors-série n°45.

accordée au patient, ce qui a été théorisé sous l'appellation de *patient-centered care*⁶¹. Ce modèle de prise en charge concerne volontiers les patients atteints de maladies chroniques ainsi que les personnes dépendantes. Il consiste à abandonner la traditionnelle relation duelle entre le patient et chacun des professionnels pour envisager un réaménagement du système soignant – au sens du *care* plus que du *cure* – intégrant la famille, les proches, et dépassant le strict cadre des professionnels de santé. La nature de la prise en charge se définit dès lors moins par les disciplines convoquées et par le statut des professionnels, que par la mobilisation des compétences nécessaires à satisfaire les besoins du patient, qui intéressent le champ sanitaire mais également les champs social, médico-social, ou éducatif. C'est donc au regard de cette modification de son environnement de travail que doit également être appréciée la liberté du médecin.

A côté de ses déterminants individuels, la liberté du médecin est également affectée par des déterminants collectifs, en ce qu'ils dépassent le strict cadre de la relation médicale.

Les déterminants collectifs de la décision médicale

21. Limitée par la science et la conscience du médecin, soumise à la volonté du patient, et justifiée par la protection des intérêts de celui-ci, la liberté médicale est aussi affectée par des facteurs extérieurs à la relation unissant le médecin à son patient. Il s'agit donc d'appréhender les phénomènes contextuels susceptibles d'affecter la liberté médicale.

22. Parmi les déterminants collectifs de la liberté médicale, doit en premier lieu être considéré le coût de la prise en charge sanitaire des populations. La question du poids financier des soins remboursés aux assurés sociaux a pris en France une importance significative au cours des années quatre-vingts ; importance non démentie depuis. En témoigne, du point de vue de la doctrine, l'évolution des questionnements abordés dans les travaux de G. MEMETEAU consacrés à la liberté thérapeutique du médecin en 1973⁶², et ceux de G. REBECQ consacrés à

⁶¹ EPSTEIN R.M., STREET R.L., The values and value of patient-centered care, *Ann Fam Med* 2011, n°9(2), p. 100.

⁶² MEMETEAU G., *op. cit.*

la prescription médicale en 1997⁶³, ces derniers consacrant comparativement aux premiers une large place à l'analyse de la prescription médicale dans sa dimension collective, et notamment au contrôle de la prescription et à la sanction du prescripteur au regard du primat de l'intérêt social. Le médecin, via la prescription à visée diagnostique, préventive ou thérapeutique, est en effet un ordonnateur de dépenses de santé. Or, en vertu de la liberté de prescription qui découle du fait que ses décisions ne sont soumises qu'à la nécessité médicale sous réserve du consentement de son patient, il ne peut en théorie lui être imposé de tenir compte de critères économiques dans l'établissement de ladite prescription. Reste que la bonne gestion des ressources de l'Assurance maladie constitue un élément déterminant de la pérennité du système de protection sociale et, par voie de conséquence, contribue à la protection de la santé des populations en garantissant notamment l'accès aux soins. Soucieux de la protection des intérêts des assurés sociaux, le Conseil constitutionnel a fait de la préservation de l'équilibre financier de la Sécurité sociale un objectif à valeur constitutionnelle⁶⁴. Cette préoccupation, partagée par le législateur, l'a conduit à introduire, dans l'équation de la prescription médicale, l'exigence de la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins⁶⁵. Une telle exigence, si elle n'apparaît pas explicitement, se lit également en filigrane dans le code de déontologie médicale, tel qu'il résulte de sa modification intervenue en 1995⁶⁶.

La contrainte économique justifiée par la protection de l'intérêt social collectif vient donc s'ajouter aux limitations de la liberté médicale déjà envisagée. Elle se manifeste dans l'exercice d'un contrôle individuel des médecins réalisé *ex post* par les caisses de sécurité sociale et portant sur la pertinence des prescriptions. Elle se manifeste également dans l'exercice d'un contrôle collectif *ex ante* qui s'est progressivement mis en place selon la politique de maîtrise médicalisée des dépenses de santé⁶⁷, via la production de références professionnelles fondées non seulement sur des critères d'efficacité mais également sur des

⁶³ REBECQ G., *op. cit.*

⁶⁴ C. const., 18 déc. 1997, n°97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, *AJDA* 1998, p. 181 ; *ibid.* p. 127, note J.-E. Schoetti ; *D.* 1998, p. 523, note V. Champeil-Desplats ; *ibid.* 1999, p. 234, obs. L. Favoreu ; *Dr. soc.* 1998, p. 164, note X. Prétot ; *RFDA* 1998, p. 148, note B. Mathieu.

⁶⁵ CSS, art. L.162-2-1.

⁶⁶ Notamment aux articles 8 (liberté de prescription) et 12 (concours à la protection de la santé) ; v. CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, respectivement p. 49 et p. 57.

⁶⁷ BONNICI B., La maîtrise des dépenses de santé. Réflexions sur la problématique, *RDSS* 1993, p. 411 ; DUBOIS L., La maîtrise des dépenses de santé et la loi du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, *RDSS* 1993, p. 421 ; RAVOUX V., Maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé, *Dr. soc.* 1994, p. 578 ; PEDROT P., Maîtrise médicale des dépenses de santé, *RDSS* 1997, p. 169.

critères d'efficience, c'est-à-dire d'efficacité rapportée à un coût. Ainsi des références médicales opposables et des recommandations de bonne pratique élaborées par des organes de l'Etat⁶⁸, qui témoignent de son intervention dans la détermination de la justification de la prescription médicale au motif de l'efficacité économique. Si ces référentiels ont vocation, selon leurs auteurs, à n'être que des guides, des outils d'aide à la prescription, la force normative⁶⁹ qui peut leur être reconnue impacte nécessairement la liberté médicale.

La prise en compte de la contrainte économique se prolonge par le recours à l'évaluation médico-économique, qui consiste à mettre en regard l'évaluation des bénéfices cliniques d'une stratégie de santé, d'une technologie ou d'un produit de santé et leurs coûts, en vue d'une allocation optimale des ressources disponibles⁷⁰. Ainsi, par exemple, des compétences particulières reconnues en la matière à la Haute autorité de santé, dont la commission de transparence est amenée à se prononcer sur le service médical rendu des médicaments, et sur l'amélioration du service médical rendu par rapport à ceux de la classe pharmacothérapeutique de référence⁷¹. L'évaluation médico-économique se situe en amont de la prescription et ne constitue donc pas un facteur influençant directement la liberté médicale. Elle a d'abord vocation à éclairer les décideurs publics, dont elle ne prédétermine d'ailleurs pas les décisions. Le cadre de contrainte n'est pas posé par elle mais bien par l'autorité publique, confrontée à un certain contexte économique et social⁷². Il n'en demeure pas moins que compte tenu des contraintes économiques et financières qui pèsent sur l'Assurance maladie, l'évaluation médico-économique semble infuser dans la pratique des professionnels de santé⁷³ et, à ce titre, est susceptible d'influencer la liberté médicale.

23. Le second déterminant collectif de la liberté médicale qu'il nous semble devoir être évoqué est le risque sanitaire. La question du risque sanitaire est étroitement liée à celle de la confiance nécessaire à l'établissement et à la poursuite de la relation de soin. L'accroissement

⁶⁸ Haute autorité de santé, Agence nationale de sécurité sanitaire des produits de santé.

⁶⁹ THIBIERGE C., *et al.*, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ 2009, 891 p.

⁷⁰ JEANTET M., LOPEZ A., DESTAIS N., *Evaluation médico-économique en santé*, Rapport IGAS 2014-066R, 2014, p. 3.

⁷¹ CSS, art. R.163-18. V. également : DEGOS L., Bilan de la loi du 13 août 2004, le rôle de la Haute autorité de santé, *RDSS* 2009, p. 635.

⁷² JEANTET M., LOPEZ A., DESTAIS N., *op. cit.*

⁷³ Par exemple en psychiatrie : SOUETRE E., *et al.*, Évaluation médico-économique des neuroleptiques dans la schizophrénie : amisulpride versus halopéridol, *L'Encéphale* 1992, p. 263 ; en nutrition : ROTILY M., MOATTI J.-P., Méthodes d'évaluation médico-économique dans le domaine de la nutrition, *Nutrition clinique et métabolisme*, 1998, p. 107 ; ou en infectiologie : FAYE O., *et al.*, Prise en charge du paludisme grave de l'enfant dans un pays en développement: élaboration d'un protocole d'évaluation médico-économique, *Médecine tropicale* 1999, p. 283.

des connaissances scientifiques et les innovations technologiques les plus pointues permettent d'entretenir cette confiance, en ce qu'elles contribuent à renforcer la qualité et la sécurité des soins. Elles ne constituent pas pour autant une garantie de leur innocuité. De même que la démarche scientifique comporte une part d'incertitude, la pratique médicale comporte, de manière inhérente, une dimension aléatoire qui ne peut au mieux qu'être maîtrisée et réduite, mais rarement annihilée. Cette dimension aléatoire touche toutes les facettes de la pratique médicale, qu'il s'agisse du diagnostic, de la prévention ou de la thérapeutique. Elle n'est pas ignorée par le droit, qui soumet l'intervention médicale à l'examen des bénéfices escomptés mais également des risques associés⁷⁴, lesquels doivent être portés à la connaissance du patient dès lors qu'ils sont fréquents ou graves, normalement prévisibles⁷⁵. Elle est également reconnue eu égard au principe selon lequel la responsabilité du médecin ne peut être engagée – sauf régimes particuliers – qu'en cas de faute⁷⁶. L'exigence de la commission par le professionnel ou l'établissement de santé d'une faute, distincte de l'erreur, témoigne de la prise en compte, notamment par le juge administratif⁷⁷, de la dimension aléatoire de l'exercice médical.

Si la faillibilité de l'intervention médicale est donc intellectuellement admise et comprise, il reste qu'en matière sanitaire, la tolérance sociale au risque s'est amenuisée. Ce phénomène concerne tout particulièrement la sécurité sanitaire des produits de santé, qui a été éprouvée à plusieurs reprises depuis une trentaine d'années, à l'occasion de ce qui a pu être qualifié de « scandales sanitaires » récurrents. Ainsi des affaires du sang contaminé, de l'hormone de croissance, du diéthylstilbestrol (Distilbène®), et, plus récemment, du benfluorex (Mediator®), des prothèses PIP® ou des essais thérapeutiques de phase I. Il en est résulté dans la population une véritable aversion au risque sanitaire et parfois une certaine défiance vis-à-vis de la médecine. On peut le regretter dans la mesure où si la confiance des usagers dans le système de santé a pu être éprouvée, l'objet de la défiance a peut-être mal été identifié. Les manquements qui ont abouti à ces scandales sont en effet imputables moins à « la médecine », c'est-à-dire à ses praticiens, qu'à l'efficacité du contrôle des produits de santé qui relève de la compétence de l'Etat⁷⁸. L'intolérance sociale au risque transparait également dans le

⁷⁴ CSP, art. L.1110-5.

⁷⁵ CSP, art. L.1111-2.

⁷⁶ CSP, art. L.1142-1, I.

⁷⁷ CONSEIL D'ETAT, *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossier thématique 2015, p. 9.

⁷⁸ CE, ass., 9 avr. 1993, n°138653, *Lebon* p. 110, concl. H. Legal ; *AJDA* 1993, p. 344, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *D.* 1993, p. 312, concl. H. Legal ; *ibid.*, 1994, p. 63, obs. P. Terneyre et P. Bon ; *RFDA* 1993, p. 583, concl. H. Legal.

développement croissant de la solidarité nationale⁷⁹, qui tend à faire de l'ONIAM un « guichet unique » de l'indemnisation des dommages liés aux soins, au risque d'oublier que l'activité de soin est par essence incertaine et que l'innocuité des produits de santé ne peut être garantie sans faille. Il n'en demeure pas moins que l'aversion au risque sanitaire et la réticence de certains patients vis-à-vis des thérapeutiques conventionnelles sont de nature à influencer la relation médicale.

La liberté médicale semble donc en définitive limitée par la science et par la conscience du médecin, soumise à la volonté du patient, justifiée par la protection des intérêts de celui-ci, conditionnée par la protection de l'intérêt collectif des assurés sociaux, dans un contexte social d'aversion au risque sanitaire.

L'appréciation de la liberté décisionnelle médicale

25. La proclamation de la liberté du médecin dans l'exercice de son art, son objet, sa finalité et les éléments contextuels individuels et collectifs qui sont de nature à l'influencer interrogent la réalité et l'étendue de la liberté du médecin dans le processus de décision médicale. Au-delà de l'identification de ces influences, il s'agit d'apprécier, compte tenu de l'inflation normative qui concerne l'activité médicale et des attentes de la société vis-à-vis des médecins, la latitude qui est la leur dans la construction de leurs décisions. Cette appréciation ne peut réellement être menée qu'en adoptant le point de vue du médecin lui-même, c'est-à-dire en interrogeant sa liberté à chaque étape du processus décisionnel. Il convient pour se faire de procéder à une analyse systématique de ce processus axée sur la pratique médicale elle-même, c'est-à-dire de confronter le cadre normatif de la décision médicale aux limites et aux tensions émergeant de l'exercice médical lui-même, et de l'évolution de la technique médicale. L'analyse systématique de l'élaboration de la décision médicale permettant d'apprécier la liberté décisionnelle du médecin impose donc d'analyser dans un premier temps la procédure de décision, c'est-à-dire les modalités de son élaboration (Première partie). Cette analyse doit se prolonger par l'étude de la détermination du contenu de la décision médicale, c'est-à-dire de sa finalité et de sa pertinence (Deuxième partie).

⁷⁹ GIBERT S., Les frontières de l'indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale, *RDSS* 2010, n° hors-série *Assurance, responsabilité et santé*, p. 29.

PREMIÈRE PARTIE

LA PROCÉDURE DE DÉCISION MÉDICALE

La procédure est sœur jumelle de la liberté.

LENINE

26. Quel que soit le contenu de la décision médicale préalable à la réalisation de l'acte médical, les modalités de son élaboration – ce que l'on pourrait appeler le contenant de la décision – font l'objet d'un corpus normatif qui définit l'espace de liberté offert au médecin quant aux conditions d'exercice de son art. La définition de cet espace suppose la détermination de ses bornes et la sanction de leur franchissement ; elle se traduit par la prescription de comportements propres à garantir la protection de la santé du patient et la liberté du médecin, celle-ci étant entendue comme au service de celle-là. Les conditions et modalités d'élaboration de la décision médicale sont donc gouvernées par une procédure, si l'on considère le sens que l'Académie française donne à ce substantif⁸⁰ : l'ensemble des formalités à remplir, des règles à appliquer, des opérations à effectuer pour accomplir une tâche donnée. On pourrait parler, sur la base des synonymes proposés par le Centre national de ressources lexicales et textuelles⁸¹, de processus ou de méthode, mais le terme de procédure nous semble pouvoir être retenu en matière de décision médicale. Du latin *procedo*, « aller en avant, s'avancer »⁸², « procéder à une action judiciaire »⁸³ le terme de procédure est sans équivoque lié au procès : c'est, selon G. CORNU, l'ensemble des règles gouvernant un type de procès. Il est cependant admis que la procédure n'a pas qu'une signification juridictionnelle et désigne, de manière plus générale, l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision⁸⁴, la manière de parvenir à un résultat juridique⁸⁵ (loi,

⁸⁰ ACADEMIE FRANÇAISE, Dictionnaire, 9^e éd., v^o procédure.

⁸¹ www.cnrtl.fr/portail/, v^o procédure.

⁸² GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, v^o procedo, Hachette, 1937, p. 1242.

⁸³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v^o procédure, PUF, 2013, p. 802.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 803.

⁸⁵ CADIET L., v^o procédure, in : ALLANS D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1217.

décision administrative ou acte juridique), en respectant certaines règles empruntées au droit du procès, telles que les principes du contradictoire ou de motivation des décisions⁸⁶.

27. La décision médicale reste cependant une décision technique et non juridique puisque, selon D. TRUCHET, elle ne crée par elle-même aucun effet de droit et ne soumet le malade à aucun statut juridique⁸⁷. Peut-on dès lors parler de procédure relativement au processus gouvernant l'élaboration d'une décision médicale ? Au sens strict, vraisemblablement non, mais cette lecture peut être tempérée si l'on considère, avec P. RICŒUR, « non pas l'expérience des juristes mais celle des juges »⁸⁸. Selon le philosophe, la décision médicale et la décision judiciaire se distinguent quant à leur situation originelle – une souffrance *versus* un conflit – et quant à leur processus de solution – un pacte de soins qui unit médecin et malade *versus* une sentence qui sépare vainqueur et perdant. Pour autant, entre cet alpha et cet oméga, existe un « entre-deux » commun « qui est celui de la prise de décision, laquelle conduit d'un niveau normatif à un niveau concret de résolution d'un état d'incertitude »⁸⁹. Si les deux types de décision diffèrent donc par leur contenu, elles offrent des similitudes par leur contenant, c'est-à-dire leur mode d'élaboration ; en d'autres termes, leur procédure. Plus encore, ces deux « régimes de jugement » placent-ils « un cas particulier sous une règle, et ce cas particulier est, dans les deux cas, une personne »⁹⁰. Cette référence à la personne doit être rapprochée de l'évolution opérée par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁹¹. Selon P. LOKIEC⁹², aux termes de ce texte, le rapport contractuel⁹³ unissant le médecin au patient cocontractant exprimant une volonté s'efface au profit d'un rapport de pouvoir entre le médecin, détenteur d'un savoir, et la personne, opposant des droits, parmi lesquels le droit fondamental à la protection de sa santé⁹⁴. Le

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1218.

⁸⁷ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

⁸⁸ RICŒUR P., La prise de décision judiciaire et médicale. Le juste et l'éthique médicale, *Méd. & Droit* 1999, p. 1.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁹¹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

⁹² LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641 : « Le contraste est frappant entre la « personne » du patient au sens de la loi du 4 mars 2002 et le « client » auquel faisait référence la Cour de cassation le 20 mai 1936 ».

⁹³ Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, rapp. Jossierand, concl. Matter, note E. P. ; S. 1937.1.321, note Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n°161 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493.

⁹⁴ CSP, art. L.1110-1.

patient se trouve donc placé dans une situation statutaire⁹⁵, en ce qu'il est soumis à des règles générales et établies par des lois et règlements, par opposition à celles qui résulteraient d'un contrat passé avec telles personnes et leur seraient spéciales⁹⁶. Cette situation dorénavant statutaire du patient, personne titulaire de droits, et destinataire, auteur ou co-auteur de la décision médicale, nous semble également justifier, par transposition, le recours au terme de procédure pour en qualifier les modalités d'élaboration.

28. La procédure de décision médicale ne doit cependant pas être réduite à un formalisme. Si le médecin jouit d'une liberté dans l'exercice de son art, cette liberté est instaurée dans l'intérêt du patient, au soutien de la légitimité et de la justesse de la décision médicale ; loin d'être une immunité, elle est encadrée et a pour corollaire une responsabilité⁹⁷. La qualité de la décision médicale, expression de cette liberté, repose, outre la compétence technique du praticien, sur son mode d'élaboration⁹⁸, ce que nous dénommons procédure. La procédure est donc pour le patient une garantie du respect de ses droits, et, pour le médecin, une garantie d'un exercice serein de son métier. La résultante de la protection conjuguée de ces intérêts respectifs est la nécessaire confiance qui doit présider à la relation unissant le patient au médecin. De même qu'au sens strict du terme, le respect de la procédure compte aux conditions du droit à un procès équitable, celui de la procédure de décision médicale est une condition de cette confiance.

Les garanties offertes par la procédure contre l'arbitraire de la décision relèvent de la concertation et de la motivation. La concertation, qui se manifeste dans le débat contradictoire, illustre le fait que le droit ne dicte pas la décision, mais seulement la façon dont elle doit être prise, sans imposer son contenu au décisionnaire. La motivation de la décision constitue une garantie tant pour le destinataire de la décision que pour son auteur. A l'auteur de la décision, elle « évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision »⁹⁹. Pour le destinataire, elle est le moyen d'accéder la connaissance et à la compréhension des raisons de la décision. Considérant l'asymétrie naturelle de la relation médecin-patient en termes de

⁹⁵ DREIFUSS-NETTER F., Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ?, *RCA* 2002, n°10, chron. 17 ; BERT A., Feu l'arrêt Mercier !, *D.* 2010, p. 1801 ; JOURDAIN P., Le changement de nature de la responsabilité médicale, *RTD civ.* 2011, p. 128.

⁹⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° statutaire, PUF, 2013, p. 980.

⁹⁷ TRUCHET D., *op. cit.*

⁹⁸ LOKIEC P., *op. cit.*

⁹⁹ AYNES L., Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

savoir et de savoir-faire, concertation et motivation garanties par la procédure de décision contribuent à son acceptabilité¹⁰⁰, et partant au consentement à la décision fondant l'acte médical, éclairé par une information claire, loyale, et appropriée.

29. Si la procédure de décision médicale doit donc être comptée au titre des garanties de la liberté du médecin, instaurée au bénéfice de la protection de la santé du patient, encore faut-il identifier, au regard du droit positif et de la réalité de la pratique médicale, l'auteur de la décision médicale (Titre 1), préalable nécessaire à l'étude des principes de la procédure de décision (Titre 2).

TITRE 1 : L'AUTEUR DE LA DECISION

30. Aux termes de la loi du 4 mars 2002, toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé¹⁰¹. La licéité de l'acte médical¹⁰², en ce qu'il est susceptible de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, est par ailleurs conditionnée d'une part à la nécessité médicale pour la personne – ou à titre exceptionnel à l'intérêt thérapeutique pour autrui –, et d'autre part au recueil préalable de son consentement. Il résulte de ces dispositions législatives une tension dans la mesure où si la loi *Kouchner* semble faire du patient le décisionnaire, seul le médecin, du fait de ses compétences techniques, peut juger de la nécessité médicale exigée par le code civil, sous réserve du consentement de son patient. L'identification de l'auteur de la décision médicale impose donc d'aborder la question non sous l'angle du seul consentement, mais sous celui de l'aptitude à la décision (Chapitre 2). La situation plaçant médecin et patient en position de décision suppose de manière préalable l'existence d'une relation médicale, expression de leurs volontés (Chapitre 1).

¹⁰⁰ LOKIEC P., La décision et le droit privé, *D.* 2008, p. 2293.

¹⁰¹ CSP, art. L.1111-4, al. 1.

¹⁰² C. civ., art. 16-3.

Chapitre 1 : La relation médicale, préalable à la décision

31. La rencontre entre la demande d'un patient relative à la protection de sa santé et l'offre de soins proposée par le professionnel crée la relation médicale. Sa nature juridique est variable, en fonction du mode d'exercice du médecin ; elle n'en demeure pas moins un préalable à toute décision. Ce temps préliminaire de la procédure de décision est le lieu de l'expression de la liberté du médecin, qui peut refuser de nouer ou de poursuivre la relation médicale avec le patient demandeur (Section 1), lequel dispose pour sa part du libre choix du praticien avec lequel il souhaite nouer la relation médicale (Section 2).

Section 1 : Le refus du médecin

32. Le refus du médecin de nouer ou de poursuivre la relation médicale avec le patient qui le sollicite est volontiers qualifié par la doctrine de refus de soins¹⁰³, ce qui peut prêter à confusion dans la mesure où le refus de soins peut aussi s'entendre du refus opposé par le patient aux soins qui lui seraient proposés par le médecin. La notion de refus de soins, entendue comme le refus du médecin de nouer la relation médicale, est plurielle dans ses formes, ses motivations, et dans les réponses juridiques qui lui sont apportées¹⁰⁴. En se plaçant du point de vue de la liberté du médecin, il est possible de caractériser le refus de soins selon qu'il est obligatoire (§1), facultatif (§2) ou illicite (§3).

§1. Le refus obligatoire

33. Si personne ne peut, en droit, contraindre le médecin à une décision qu'il n'approuverait pas¹⁰⁵, il est des situations dans lesquelles il se trouve dans l'obligation de ne pas dispenser les soins qui lui sont demandés. La justification de ce refus peut tenir à la finalité de l'acte médical (A) et aux conditions de sa réalisation (B).

¹⁰³ BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Presses de l'EHESP, 2012, 139 p.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁵ TRUCHET D., *op. cit.*

A. Finalité

34. L'article 16-3 du code civil conditionne la licéité de l'acte médical au consentement de la personne sur lequel il est réalisé ainsi qu'à sa nécessité médicale – ou, à titre exceptionnel, à l'intérêt thérapeutique d'autrui¹⁰⁶. C'est cette seconde condition qui doit ici retenir l'attention. La cause de justification de l'atteinte à l'intégrité du corps humain, dont l'inviolabilité a été érigée en principe par la loi du 29 juillet 1994¹⁰⁷, est l'autorisation expresse de la loi en cas de nécessité médicale, le consentement n'étant qu'une des conditions de cette permission légale¹⁰⁸. Le législateur de 1994 avait retenu l'exigence d'une nécessité thérapeutique, semble-t-il afin d'exclure les activités de recherche¹⁰⁹, alors que la possibilité d'une atteinte à l'intégrité du corps humain dans l'intérêt thérapeutique d'autrui n'avait pas été envisagée. Sur ce second point, la rédaction initiale avait été jugée par la doctrine¹¹⁰ incompatible avec les dispositions du code de la santé publique issues de la loi de bioéthique du même 29 juillet 1994¹¹¹, et sera corrigée lors de la révision opérée en 2004¹¹². Sur le premier point, le choix de l'épithète « thérapeutique » a suscité l'inquiétude de nombreux médecins, qui craignaient de se voir reprocher la réalisation de certains actes médicaux du fait de leur caractère non strictement thérapeutique, c'est-à-dire visant à guérir une maladie. Etaient ici visés les actes de prévention¹¹³, mais également certaines situations plus particulières telles que le syndrome de transsexualisme¹¹⁴ et ses modalités de prise en charge (hormonothérapie, chirurgie de réassignation), ou moins singulières, telles que la ligature des trompes ou la chirurgie plastique à visée purement esthétique. Ces arguments ont été entendus par le législateur, qui par la loi du 27 juillet 1999¹¹⁵ a substitué au qualificatif « thérapeutique » celui de « médicale », permettant donc de placer sous un régime commun les actes de prévention, de diagnostic, de soins et de recherche réalisés par un médecin.

¹⁰⁶ DUMAS-LAVENAC S., *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, Thèse Rennes 1, 2012.

¹⁰⁷ Loi n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* du 30 juill. 1994, p. 11056.

¹⁰⁸ PROTHAIS A., Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *RSC* 2000, p. 39.

¹⁰⁹ MEMETEAU G., A l'abordage ! (de l'article 16-3, C. civ.), *LPA* 1994, n°149.

¹¹⁰ THOUVENIN D., Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil, *D.* 2000, p. 485.

¹¹¹ Loi n°94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* du 30 juill. 1994, p. 11060.

¹¹² Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* du 7 août 2004, p. 14040.

¹¹³ AUTAIN F., *JO Sénat*, séance du 3 juill. 1999, p. 3670.

¹¹⁴ THOUVENIN D., De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle, *D.* 1991, p. 221.

¹¹⁵ Loi n° 99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF* du 28 juill. 1999, p. 11229.

35. L'appréciation du caractère médical de la nécessité, c'est-à-dire du besoin exprimé par le patient qui sollicite le concours du médecin, relève du médecin¹¹⁶. Si le caractère médical de la nécessité peut être supposé ou revendiqué par le patient, il appartient au médecin de le vérifier et de le confirmer. Le recours au médecin est en effet justifié par une souffrance que le médecin doit explorer afin de retenir ou non un diagnostic, « opération normative se fondant sur une référence de laquelle est déduite l'existence ou la non-existence d'une maladie, qui permet au médecin de qualifier la situation »¹¹⁷. La qualification médicale de la nécessité repose donc bien sur le médecin, en référence à des critères médicaux, ce qui fait finalement de lui le seul juge de la légitimité de l'atteinte corporelle¹¹⁸. Il lui incombe, de manière corollaire, de refuser la prise en charge médicale sollicitée si une telle qualification n'est pas retenue. Cette opération préalable de qualification par le médecin témoigne du caractère subsidiaire du consentement du patient : le médecin doit obtenir le consentement à l'intervention médicale si elle est justifiée par une nécessité médicale ou par l'intérêt thérapeutique d'autrui, mais le seul consentement n'autorise pas l'intervention si elle est dépourvue d'une telle nécessité ou d'un tel intérêt.

36. Les dispositions législatives¹¹⁹ et réglementaires¹²⁰ du code de la santé publique prescrivent également l'abstention du médecin si les actes envisagés témoignent d'une obstination déraisonnable, ce qui a pu auparavant être qualifié « d'acharnement thérapeutique ». Cette proscription est assortie d'une faculté – et non d'une obligation – de suspendre ou de ne pas entreprendre des actes médicaux (pour la loi) ou des traitements (pour le règlement) lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. De manière constante¹²¹, le Comité consultatif national d'éthique estime que constitue une obstination déraisonnable le fait, pour un soignant, de refuser « par un raisonnement buté de reconnaître qu'un homme ou un nouveau-né est voué à la mort et qu'il n'est pas curable ». Le code de la santé publique reste, pour sa part, cependant silencieux quant aux critères de qualification d'un comportement obstiné et de son caractère

¹¹⁶ HENNION-JACQUET P., Le paradigme de la nécessité médicale, *RDSS* 2007, p. 1038.

¹¹⁷ THOUVENIN D., Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil, *D.* 2000, p. 485.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ CSP, art. L.1110-5, al. 2, puis CSP, art. L.1110-5-1 depuis la loi *Léonetti-Claeys* du 2 févr. 2016.

¹²⁰ CSP, art. L.4127-37.

¹²¹ CCNE, *Avis sur Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, n°63 du 27 janv. 2000, p. 4 ; CCNE, *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale*, n°65 du 14 sept. 2000, p. 8.

déraisonnable. Ainsi que le fait remarquer D. THOUVENIN¹²², la rédaction de l'alinéa 2 de l'article L.1110-5 CSP issue de la loi *Léonetti*¹²³ opère une césure¹²⁴ entre l'affirmation de l'interdiction de s'obstiner et la définition des cas où le médecin a la faculté de suspendre ou de ne pas entreprendre des actes inutiles. Cette rédaction est maintenue dans l'article L.1110-5-1 CSP issu de la loi *Léonetti-Claeys*¹²⁵. L'inutilité, la disproportion des actes ou le fait qu'ils n'ont d'autre effet que le maintien artificiel de la vie ne semblent donc devoir être considérés comme des critères de définition de l'obstination déraisonnable aux termes de la lettre de la loi. Telle n'est cependant pas la lecture du rapporteur public dans l'affaire *Vincent Lambert*.¹²⁶, qui apprécie le caractère déraisonnable de la poursuite des soins au regard de leur (in)utilité, de leur caractère disproportionné et du fait qu'ils maintiennent la vie de manière artificielle¹²⁷. Quoiqu'il en soit, c'est donc au seul médecin que revient l'appréciation d'une obstination déraisonnable et de l'inutilité des soins¹²⁸, comme lui revient celle du caractère médical de leur nécessité.

37. L'appréciation par le médecin de l'obstination déraisonnable peut être difficile, alors que de telles situations sont humainement éprouvantes, tant pour le médecin que pour le patient et son entourage. Le contentieux de la responsabilité médicale en la matière reste rare, voire exceptionnel au regard de la fréquence de ces situations, et les juridictions considèrent généralement les soins comme justifiés¹²⁹. Un jugement du Tribunal administratif de Nîmes¹³⁰ rendu en matière de réanimation néonatale doit cependant être cité *a contrario*. Après avoir

¹²² THOUVENIN D., L'arrêt de traitement mettant fin à la vie d'un patient hors d'état de s'exprimer, *RDSS* 2014, p. 506.

¹²³ Loi n°2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF* du 23 avril 2005, p. 7089.

¹²⁴ Cf. la ponctuation : « Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. »

¹²⁵ Loi n°2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JORF* du 3 févr. 2016.

¹²⁶ CE, ass., 14 févr. 2014, n° 375081, *Lebon* ; *AJDA* 2014, p. 374 ; *ibid.* p. 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* p. 1669, note D. Truchet ; *RFDA* 2014, p. 702, note P. Delvolvé ; *D.* 2014, p. 488 ; *ibid.* p. 1856, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2014, p. 21, note J.-R. Binet.

¹²⁷ KELLER R., Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement, concl. sur CE, 14 févr. 2014, n°375081, *RFDA* 2014, p. 255 : « Le législateur a en effet soumis cette décision à une condition légale : celle du refus de l'obstination déraisonnable, et la loi en a défini les trois critères : le caractère artificiel du maintien de la vie, l'inutilité du traitement ou son caractère disproportionné. »

¹²⁸ THOUVENIN D., *op. cit.*, p. 510 ; CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 112.

¹²⁹ HOGEDÉZ I., Contours et limites de l'obstination déraisonnable dans la réanimation néonatale, *AJDA* 2015, p. 861, citant par ex. CAA Marseille, 4 oct. 2007, n°05MA03291 et TA Paris, 8 févr. 2008, n°0422986.

¹³⁰ TA Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251, *AJDA* 2009, p. 2474, concl. D. Riffard ; *D.* 2010, p. 419, note J.-S. Borghetti ; *ibid.* 2009, p. 2793, édito F. Rome ; *ibid.*, p. 2874, point de vue A. Cheynet de Beaupré ; *ibid.* 2010, p. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *JCP A* 2010, 2070, note N. Albert.

écarté la faute dans l'organisation du service et la faute médicale pendant l'accouchement, le tribunal a retenu la responsabilité du centre hospitalier sur le fondement de l'obstination déraisonnable caractérisée par la poursuite de la réanimation d'un nourrisson né en état de mort apparente¹³¹, ayant survécu et présentant de graves séquelles neurologiques. Cette décision a été frappée d'appel, et, dans un arrêt avant dire-droit, la cour¹³² a contredit les premiers juges concernant la faute d'obstination déraisonnable, considérant qu'il résultait de l'instruction que la durée exacte de la réanimation, si elle ne pouvait être précisée, pouvait être évaluée entre 16 et 19 minutes, donc inférieure au seuil de 20 minutes, durée indicative de réanimation recommandée par les référentiels professionnels. Cette durée indicative doit, selon les termes de l'arrêt, être mise en rapport avec la difficile évaluation médicale de la chance de survie et de l'étendue des séquelles prévisibles de l'enfant. Ce faisant, la cour suit les conclusions du rapporteur public¹³³, lequel estime que cette durée « n'est évidemment pas un critère mécanique et isolé ». Si le corollaire de la liberté du médecin dans son appréciation de l'obstination déraisonnable est la possibilité de l'engagement de sa responsabilité, la lecture équilibrée opérée par le juge en l'espèce témoigne de sa prise en compte des réalités et contingences humaines et techniques de l'art médical ; elle doit être saluée.

38. Une dernière situation doit être rapportée quant à l'obligation pour le médecin de refuser de dispenser des soins, situation résultant de l'interprétation *a contrario* de l'article R.4127-18 CSP qui dispose que le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public, sauf sur ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément à la loi. Selon l'analyse proposée par F. VIALLA¹³⁴, l'ordre formel donné par une autorité légitime conduit le praticien à l'obligation d'abandonner ses patients. Reste à s'interroger sur les circonstances dans lesquelles une telle injonction pourrait être faite à un médecin, dans la mesure où l'expression « danger public » ne revêt pas de signification juridique propre. Les commentaires publiés par l'Ordre des médecins¹³⁵ n'apportent pas d'éclairage précis en dehors du fait que cet article figurait déjà dans la rédaction du code de déontologie de 1947, et qu'il vise « les cas de

¹³¹ « ... qu'en pratiquant ainsi sans prendre en compte les conséquences néfastes hautement prévisibles pour l'enfant, les médecins ont montré une obstination déraisonnable ».

¹³² CAA Marseille, 12 mars 2015, n°10MA03054.

¹³³ CHAMOT C., la notion d'obstination déraisonnable en matière de réanimation néonatale, concl. sur CAA Marseille, 12 mars 2015, n°10MA03054, *RFDA* 2015, p. 574.

¹³⁴ VIALLA F., Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique, *Méd. & Droit* 2009, p. 2.

¹³⁵ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 139.

guerre, catastrophe naturelle ou épidémie ». On en déduit qu'en de telles circonstances exceptionnelles le médecin est tenu de dispenser des soins, et que seule une autorité qualifiée, c'est-à-dire un organe investi par un pouvoir de commandement peut contraindre le médecin à cesser ses soins, dès lors que l'injonction est expressément énoncée, et dans le respect de la loi. L'Ordre confirme le caractère exceptionnel de ces dispositions en précisant que la profession médicale est exposée à des dangers, et qu'il a toujours été et qu'il « reste à l'honneur des médecins de ne pas les fuir »¹³⁶.

39. Ce cas de figure peut être rapproché des dispositions de l'article 25 du code de déontologie applicable aux médecins militaires¹³⁷. Figurant au chapitre IV du titre I^{er}, consacré aux situations d'exception, cet article prévoit à son alinéa 1^{er} que le praticien des armées ne peut abandonner un patient ou interrompre la mission de soutien qui lui a été confiée ; toutefois, lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent, l'autorité dont il relève peut, par un ordre formel, le contraindre à quitter son poste. On notera la proximité de cette rédaction avec celle de l'article R.4127-18 CSP, en envisageant plus facilement que pour le médecin civil, les situations dans lesquelles son confrère militaire soumis à une subordination hiérarchique en qualité d'officier, serait amené à recevoir un tel ordre, en particulier au combat. Dans cette hypothèse, la mission du soldat prime sur celle du soignant ; c'est le sens l'alinéa 2 de l'article : sous réserve des dispositions de l'article 5¹³⁸, cette même autorité peut lui ordonner d'interrompre tout ou partie de ses activités pour se consacrer exclusivement à sa mission prioritaire de soutien des armées et des formations rattachées.

B. Conditions de réalisation

40. La nécessité médicale étant acquise, le consentement reçu et l'obstination déraisonnable écartée, en dehors des circonstances exceptionnelles évoquées *supra*, le médecin doit se déporter si les soins exigés en la circonstance excèdent ses compétences, conformément aux dispositions de l'article R.4227-70 CSP : Tout médecin est, en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Décret n°2008-967 du 16 sept. 2008 fixant les règles de déontologie propres aux praticiens des armées, *JORF* du 18 sept. 2008.

¹³⁸ « Le praticien des armées doit porter assistance à tout malade ou blessé en péril ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. En l'absence de médecin, tout praticien des armées doit, en fonction de ses compétences propres, agir de la façon la plus appropriée. »

circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose. Cette exigence résulte également de l'obligation de soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science¹³⁹, ces dispositions s'inscrivant dans la nécessité de garantir la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins, dont l'abstention médicale en cas d'incompétence, réserve faite du devoir d'assistance morale du médecin, est une des expressions¹⁴⁰. L'obligation de s'abstenir doit donc être envisagée comme une garantie de protection de l'utilisateur du système de santé, auquel les actes médicaux ne doivent pas faire courir, en l'état des connaissances médicales, de risques disproportionnés¹⁴¹ – ou de risque injustifié¹⁴² – au regard du bénéfice escompté. Dans le cas contraire, la Cour de cassation a par exemple considéré que se rendait coupable du délit de mise en danger de la vie d'autrui un médecin assurant le suivi de plusieurs patientes sans pour autant posséder les connaissances et compétences nécessaires, en leur appliquant des traitements inadaptés, susceptibles de présenter pour elles un danger mortel certain¹⁴³.

41. En sus de la protection contre de tels risques, l'abstention du médecin doit également être envisagée en termes de prescriptions, dès lors qu'elles entraîneraient des dépenses injustifiées. Le principe de liberté de prescription du médecin trouve son origine dans la Charte médicale adoptée le 30 novembre 1927 par le congrès des syndicats médicaux français. Ce texte fondateur définit les principes traditionnels de la médecine française, d'exercice libéral à l'époque : libre choix du médecin par le malade, respect du secret professionnel, entente directe entre malade et médecin en matière d'honoraires et liberté thérapeutique. La référence aux principes traditionnels de la médecine française et notamment à la « liberté des prescriptions du médecin » a été conservée dans la première version du Code de déontologie médicale de 1947 et dans sa révision de 1955. La rédaction retenue en 1979 puis en 1995 persiste aujourd'hui à l'article R.4127-8 CSP : « Le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance ». Cette indépendance offerte aux médecins figure au chapitre consacré à leurs devoirs généraux : il s'agit en effet d'une garantie pour le patient de bénéficier de la meilleure prise en charge médicale.

¹³⁹ CSP, art. R.4127-32.

¹⁴⁰ CSP, art. R.4127-8.

¹⁴¹ CSP, art. L.1110-5, al. 1^{er}.

¹⁴² CSP, art. R.4127-40.

¹⁴³ Crim., 29 juin 2010, *D* actualité 14 oct. 2010.

42. Le Code de la sécurité sociale¹⁴⁴ consacre, dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins, conformément aux « principes déontologiques fondamentaux », parmi lesquels la liberté de prescription du médecin. Si la loi du 4 mars 2002 – pas plus que la loi *HPST*¹⁴⁵ – ne mentionnent explicitement la liberté thérapeutique du médecin, D. TABUTEAU¹⁴⁶ la déduit de la combinaison des articles L.1110-1 et L.1110-2 CSP qui en sont issus. Le principe de la liberté thérapeutique du médecin est également reconnu par la jurisprudence, tant administrative que judiciaire. Le Conseil d'État¹⁴⁷, dans un arrêt *section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins*, a érigé en principes généraux du droit la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription. La Cour de cassation¹⁴⁸ considère pour sa part le médecin traitant comme « seul juge du caractère nécessaire au rétablissement du malade des produits pharmaceutiques qui sont prescrits par lui ».

Le Code de la sécurité sociale reconnaît donc aux médecins la liberté de prescription, mais il les contraint à observer la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins¹⁴⁹. La modération du principe de liberté de prescription pour des motifs économiques trouve sa source dans l'augmentation exponentielle des dépenses de santé¹⁵⁰, les médecins comptant au nombre des ordonnateurs de telles dépenses. Soucieux de la protection des intérêts des assurés sociaux, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fait de la préservation de l'équilibre financier de la sécurité sociale un objectif à valeur constitutionnelle¹⁵¹. Dans ces conditions, il appartient au médecin d'envisager ses prescriptions sous la double exigence technique et économique, au besoin en refusant d'engager des dépenses de santé qui lui paraîtraient, au regard des connaissances médicales, injustifiées.

43. L'obligation de refuser les soins peut enfin tenir à la nature même de certains actes médicaux, qui ne peuvent être réalisés que dans le cadre de dispositions légales spéciales qui s'ajoutent aux conditions générales de licéité de l'acte médical. Sont ici concernés des actes

¹⁴⁴ CSS, art. L.162-2.

¹⁴⁵ Loi n°2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF du 22 juill. 2009, p. 12184.

¹⁴⁶ TABUTEAU D., Code de la santé publique ou code de la santé ?, *RDSS* 2008, p. 416.

¹⁴⁷ CE, 18 févr. 1998, n°171851.

¹⁴⁸ Soc., 8 févr. 1984, n°82-13.553.

¹⁴⁹ CSS, art. L.162-2-1.

¹⁵⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, Global health expenditure database, <http://apps.who.int/nha/database>.

¹⁵¹ C. const., 18 déc. 1997, n°97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, *AJDA* 1998, p. 181 ; *ibid.* p. 127, note J.-E. Schoetti ; *D.* 1998, p. 523, note V. Champeil-Desplats ; *ibid.* 1999, p. 234, obs. L. Favoreu ; *Dr. soc.* 1998, p. 164, note X. Prétot ; *RFDA* 1998, p. 148, note B. Mathieu.

médicaux intéressant la procréation : l'interruption de grossesse, l'assistance médicale à la procréation, le diagnostic préimplantatoire et la stérilisation à visée contraceptive.

44. L'interruption de grossesse ne peut être pratiquée, dès lors qu'elle est demandée par une femme¹⁵², qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse¹⁵³. En cas de demande d'interruption de grossesse au-delà de ce délai, le médecin est tenu d'en refuser la réalisation. Dans le cas contraire, il se rend coupable du délit d'interruption illégale de grossesse, infraction punie de deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende, portés à cinq ans et 75.000 euros si le coupable la pratique habituellement¹⁵⁴. L'interruption de grossesse peut par dérogation être pratiquée sans condition de délai dans deux circonstances : lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, ou s'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 diagnostic¹⁵⁵. Le médecin sera cependant tenu de refuser l'interruption de grossesse pour motif médical si les conditions cumulatives énoncées ci-dessus ne sont pas réunies, et ce nonobstant l'éventuelle demande parentale.

45. L'assistance médicale à la procréation (AMP) a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ; le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. Elle peut également permettre d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité¹⁵⁶. Les indications médicales du recours à une technique d'AMP légalement définies s'imposent au médecin et le contraignent donc à refuser sa mise en œuvre chez des patients qui ne répondraient pas à ces exigences : l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Sont donc privés de l'accès à ces techniques les femmes seules et les couples de femmes¹⁵⁷ ; font par ailleurs obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la

¹⁵² La demande n'est soumise à aucune condition ; la référence à une « situation de détresse » a été supprimée par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949.

¹⁵³ CSP, art. L.2212-1.

¹⁵⁴ CSP, art. L.2222-2.

¹⁵⁵ CSP, art. L.2213-1.

¹⁵⁶ CSP, art. L.2141-2.

¹⁵⁷ La demande d'un homme seul ou d'un couple d'homme est une hypothèse a priori inenvisageable, sauf via le recours à la gestation pour le compte d'autrui, dont la mise en œuvre est proscrite par les dispositions des articles 16-5 et 16-7 du code civil.

révocation du consentement par l'homme ou la femme. Si le contentieux spécifique à la matière est rare, on peut souligner que la cour d'appel de Rennes a donné raison au juge des référés d'avoir refusé d'accéder à la demande de la veuve qui exigeait la restitution en vue d'insémination des paillettes de sperme de feu son époux, détenues par un CECOS (centre d'études et de conservation des œufs et du sperme)¹⁵⁸.

Une technique particulière d'AMP doit être mentionnée, qui est soumise à des contraintes supplémentaires : l'accueil d'embryon¹⁵⁹. Il s'agit ici d'un transfert, au bénéfice d'un couple infertile, d'embryons issus d'une technique d'AMP mise en œuvre chez un autre couple¹⁶⁰. La mise en œuvre de cette technique est subordonnée à une décision de l'autorité judiciaire : le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions d'accès à l'AMP et fait procéder à toutes les investigations lui permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. Le médecin ne pourra donc accéder à la demande d'accueil d'embryon en l'absence d'autorisation judiciaire.

46. Par ailleurs, l'évolution des connaissances scientifiques et les progrès techniques, notamment dans le champ de la génétique, permettent désormais la mise en œuvre d'un diagnostic préimplantatoire (DPI), c'est-à-dire de techniques de diagnostic biologique réalisées à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*, ce qui suppose le recours préalable à une technique d'AMP. Autorisé à titre exceptionnel, le DPI est soumis à des conditions légales de mise en œuvre particulièrement strictes¹⁶¹. Le couple doit, du fait de sa situation familiale, avoir une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Il ne s'agit pas de procéder au dépistage de toutes les pathologies génétiques connues et techniquement accessibles au diagnostic : seule l'affection présumée peut être recherchée, de même que les moyens de la prévenir et de la traiter. Cette présomption repose sur l'identification précise préalable chez les ascendants d'anomalies responsables d'une maladie gravement invalidante à révélation tardive mettant prématurément en jeu le pronostic vital. C'est bien au médecin qu'il incombe de vérifier et d'attester que ces conditions légales sont réunies avant la mise en œuvre d'un DPI, et de s'abstenir dans le cas contraire.

¹⁵⁸ CA Rennes, 22 juin 2010, n°09/07299.

¹⁵⁹ CSP, art. L.2141-6.

¹⁶⁰ Qui a préalablement consenti à ce transfert.

¹⁶¹ CSP, art. L.2131-4.

47. L'obligation d'abstention concerne enfin la stérilisation à visée contraceptive, qu'elle soit réalisée chez des sujets féminins (ligature des trompes) ou masculins (ligature des canaux déférents). Le médecin est tenu de refuser une demande de stérilisation à visée contraceptive concernant une personne mineure¹⁶². Concernant les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire – tutelle ou curatelle –, il ne peut accéder à la demande qu'en cas de contre-indication de toute autre technique contraceptive, et qu'après autorisation du juge des tutelles, lequel est tenu de consulter la personne, ses père, mère ou représentant légal, et de recueillir d'avis d'un comité d'experts¹⁶³.

L'étude typologique du refus de soins nous conduit maintenant à aborder les situations dans lesquels le refus opposé par le médecin n'est plus une contrainte mais une possibilité licite.

§2. Le refus facultatif

48. De longue date, la possibilité offerte au médecin de refuser de dispenser des soins a été admise. Ainsi J. VERDIER écrivait-il en 1763 dans sa *Jurisprudence de la médecine en France* : « Il fera bon de faire observer avec Zachias qu'il y a plusieurs raisons qui peuvent engager un médecin à abandonner un malade, sans se rendre susceptible de faute ni blâme »¹⁶⁴. Si cette liberté est aujourd'hui soumise à de strictes conditions (A), elle atteint sa plénitude dans l'objection d'une clause de conscience (B).

A. Conditions

49. Le refus de soins opposé par le médecin peut s'analyser comme une manifestation du lien contractuel l'unissant à son patient, consacré par l'arrêt *Mercier*. Cette option s'illustre dans la

¹⁶² CSP, art. L.2123-1.

¹⁶³ CSP, art. L.2123-2.

¹⁶⁴ VERDIER J., *La jurisprudence de la médecine en France, ou Traité historique et juridique des établissements, règlements, police, devoirs, fonctions, honneurs, droits et privilèges des trois corps de médecine ; avec les devoirs, fonctions et autorité des juges à leur égard*, Première partie, t. I, Malassis le jeune, 1763, p. 702.

condition préalable énoncée par la première proposition de l'article R.4127-32 CSP¹⁶⁵ – qui paraphrase l'attendu de principe de l'arrêt du 20 mai 1936¹⁶⁶ – : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande ». Le caractère *intuitu personae* du contrat médical autorise en effet tant le médecin que le patient à respectivement refuser de dispenser ou de recevoir des soins. Ce caractère *intuitu personae* est davantage marqué pour le médecin dans la mesure où un refus de sa part est n'est admis que sous conditions, quand le patient peut refuser des soins sans condition ou justification¹⁶⁷. Cette lecture contractuelle de la possibilité d'un refus de soin par le médecin, indépendamment de l'existence de situations objectivement extracontractuelles, n'est toutefois pas satisfaisante. L'option du refus concerne en effet non seulement le médecin libéral, mais également le médecin salarié et le praticien hospitalier agent public. Ils sont, en tant que professionnels de santé – et non en tant que cocontractants, y compris pour le médecin libéral – soumis à des obligations d'origine légale et réglementaire qui, selon P. JOURDAIN, rayonnent au-delà des relations contractuelles et s'imposent en toutes circonstances et de la même façon, indépendamment du contrat¹⁶⁸.

50. L'article R.4127-47 CSP, après avoir rappelé l'exigence de continuité des soins¹⁶⁹, autorise le médecin à refuser ses soins pour des raisons « professionnelles ou personnelles ». Cette possibilité de désengagement du médecin de la relation médicale est soumise à un triple tempérament. Premièrement, il est tenu par l'obligation de soigner en cas d'urgence, et par celle d'honorer les « devoirs d'humanité » qui incombent au médecin. La référence à

¹⁶⁵ « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents. »

¹⁶⁶ « Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle [...]. »

¹⁶⁷ PENNEAU J., Médecine (réparation des conséquences des risques sanitaires), *Rép. civ.* 2015, n°9.

¹⁶⁸ JOURDAIN P., Le changement de nature de la responsabilité médicale, *RTD civ.* 2011, p. 128.

¹⁶⁹ Souvent évoquée, la continuité des soins ne répond à aucune définition consensuelle ; selon certains, répond à cette exigence « la prise en charge des soins dont la permanence et la cohérence reposent sur l'action concertée des différentes personnes qui participent au projet de soin » (MAGNON R., DECHANOZ G., LEPESQUEUX M., *Dictionnaire des soins infirmiers*, Éditions AMIEC, 2002) ; pour d'autres, « la continuité des soins, c'est l'organisation des soins que les acteurs de santé mettent en place pour garantir à la personne malade et à son entourage une prise en charge sans rupture ni incohérence quels que soient le moment et le lieu de vie » (BOSCHETTI Y., LECLERCQ C., ARNOUX S., BROBECKER C., DELACROIX M.-C., FRIEH C., Vous avez dit continuité des soins ?, *Med Pal* 2006, p. 78.

l'urgence renvoie le médecin à son devoir d'assistance¹⁷⁰, en tant que professionnel de santé comme en tant que citoyen (*cf. infra*, §3). Les commentaires du Conseil national de l'Ordre restent en revanche silencieux sur les « devoirs d'humanité » du médecin. La doctrine admet que la responsabilité du médecin puisse être engagée pour violation d'un « devoir d'humanisme », situation qui recouvre des situations diverses : refus du ministère médical et abandon de patient, défaut d'information ou de consentement, refus de faire appel à un spécialiste ou de suivre son avis, recours à un non-diplômé, substitution de médecin, et enfin interventions dangereuses non nécessaires à la sauvegarde de la santé du patient¹⁷¹. La déontologie médicale exige des médecins qu'ils exercent leur art dans le respect de la moralité, avec probité et dévouement¹⁷², correction et attention¹⁷³. Les travaux de S. BRISSY *et al.*¹⁷⁴ consacrés au refus de soins permettent de penser que peuvent être comptés au titre des « devoirs d'humanité » exigibles du médecin l'attention, la correction, la discrétion, l'indépendance, la bienséance et la diligence. Ce n'est donc que dans le respect de ces valeurs que le médecin peut être admis à refuser de prodiguer des soins, réserve faite de son devoir d'assistance en situation d'urgence. Deuxièmement, le médecin est tenu d'informer sans délai le patient de son refus de poursuivre ou d'initier la relation médicale. Cette obligation d'information, de même que celle visée à l'article L.1111-2 CSP, est un droit du malade et constitue une garantie de la continuité de la prise en charge sanitaire qui s'inscrit dans le droit fondamental à la protection de la santé consacré à l'article premier du code de la santé publique¹⁷⁵. Troisièmement, et de manière corollaire, le médecin opposant un refus de soins doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour que soit assurée la continuité des soins, au besoin en transmettant toutes les informations utiles à un autre médecin désigné par le patient. Les juridictions ordinales¹⁷⁶ ont ainsi approuvé la réorientation ou l'arrêt d'un traitement de patients ayant refusé certains soins ou s'étant montré agressifs¹⁷⁷.

¹⁷⁰ CSP, art. R.4127-9.

¹⁷¹ PENNEAU J., *op. cit.*, n°68.

¹⁷² CSP, art. R.4127-3. et R.4127-32.

¹⁷³ CSP, art. R.4127-7.

¹⁷⁴ BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Presses de l'EHESP, 2012, 139 p.

¹⁷⁵ CSP, art. L.1110-1.

¹⁷⁶ CNOM, 16 mai 2002 ; 19 févr. 2003, 6 sept. 2007, cité par : CONFERENCE NATIONALE DE SANTE, *Résoudre les refus de soins*, 2010, p. 13.

¹⁷⁷ VERDIER J., *op. cit.*, p. 702, admet, entre autres motifs d'abandon de malades acceptables, l'indocilité du malade.

51. La question, abordée sous l'angle des obligations du médecin à l'article R.4127-47 CSP, l'est également sous celui des droits du patient à l'article L.1110-3 du même code. Après avoir proscrit toute discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, il admet¹⁷⁸, en écho à la norme déontologique, la possibilité d'un refus de soins fondé sur une exigence « personnelle ou professionnelle ». Cette possibilité ne peut, ici aussi, faire obstacle à la continuité des soins qui doit être assurée en toutes circonstances. Les « raisons personnelles ou professionnelles » autorisant le refus de soins ne sont pas expressément précisées par la déontologie médicale, qui se borne à les soumettre au respect des devoirs d'humanité du médecin. Envisagée sous l'angle des droits de la personne¹⁷⁹, « l'exigence personnelle ou professionnelle » visée à l'article L.1110-3 répond à une condition supplémentaire, celle d'être « essentielle et déterminante » de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. Le législateur semble donc placer au premier plan la prévention des conséquences dommageables d'un refus de soins, devant la sanction du médecin fautif. La protection de la santé, la garantie d'un égal accès aux soins et la continuité des soins ne peuvent s'accommoder d'un refus qui relèverait d'une décision arbitraire du médecin ; le refus de soins ne peut être justifié que par l'atteinte potentielle à la qualité, la sécurité ou l'efficacité des soins, ce qui revient à en tirer deux conséquences. *Primo*, si la qualité, la sécurité ou l'efficacité des soins sont menacées, le refus de dispenser les soins n'est plus une option pour le médecin mais bien une obligation. *Secundo*, cette condition supplémentaire – par rapport aux obligations déontologiques – restreint le champ des exigences personnelles justificatives une fois écartés les refus manifestement illicites tombant sous le coup de loi pénale. Ne paraît alors persister, au titre des exigences personnelles, que la possibilité d'objecter une clause de conscience.

B. Clause de conscience

52. Le terme de « clause de conscience » ne répond, en ce qui concerne l'exercice de l'art médical, à aucune définition juridique. Il n'est jamais cité par le code de la santé publique, y

¹⁷⁸ Depuis la loi *HPST* du 21 juill. 2009 ; la rédaction initiale de l'article L.1110-3 issue de la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 se limitait à l'actuel alinéa 1^{er} : « Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins ».

¹⁷⁹ Intitulé du chapitre préliminaire du titre Ier du livre Ier de la première partie du code de la santé publique.

compris dans le code de déontologie médicale, et n'est connu du *Vocabulaire juridique*¹⁸⁰ qu'en ce qu'il concerne la profession de journaliste¹⁸¹. Il faut se reporter aux documents publiés par l'Ordre des médecins pour en avoir une définition propre à la profession : la clause de conscience est, pour le médecin, le droit de refuser la réalisation d'un acte médical pourtant autorisé par la loi mais qu'il estimerait contraire à ses propres convictions personnelles, professionnelles ou éthiques¹⁸². Le refus opposé par le médecin porte donc sur la réalisation d'un acte et non sur la qualité de la personne, ce qui serait constitutif d'une discrimination qui rendrait illégal le refus. Cette distinction est également retenue par G. MEMETEAU qui considère d'une part le refus *intuitu personae* et d'autre part le refus *intuitu actus*, tenant compte de l'objet de la prestation requise : « c'est là que se trouve la clause de conscience »¹⁸³. L'acte refusé n'est par ailleurs pas illégal, auquel cas le médecin serait tenu au refus. La possibilité de faire jouer une clause de conscience permet, selon la définition de S. BOUISSON, à un agent de désobéir à un ordre non pas illégal mais contraire à sa conscience, son éthique¹⁸⁴.

Le champ d'application de la clause de conscience des médecins est extrêmement limité en droit positif, puisqu'il ne concerne explicitement que trois types d'actes médicaux, tous liés à la procréation¹⁸⁵ : l'interruption volontaire de grossesse¹⁸⁶, qu'il s'agisse d'une interruption avant la douzième semaine ou d'une interruption pour motif médical¹⁸⁷, la stérilisation à visée contraceptive¹⁸⁸ et, plus récemment¹⁸⁹, la recherche sur l'embryon¹⁹⁰. En matière d'interruption de grossesse, le refus du médecin ne le décharge pas de certaines obligations : celle d'en informer sans délai l'intéressée, ce qui rejoint les obligations « de droit commun »

¹⁸⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° clause, PUF, 2013, p. 177.

¹⁸¹ Clause sous-entendue dans le contrat de travail du journaliste, en vertu de laquelle celui-ci peut présenter sa démission à son employeur, sans perdre le droit à l'indemnité de licenciement, lorsqu'il est intervenu « un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique », si ce changement crée pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale à ses intérêts moraux.

¹⁸² FAROUDJA J.-M., *Clause de conscience du médecin*, Rapport CNOM 2011, p. 1.

¹⁸³ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°385.

¹⁸⁴ BOUISSON S., L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience, *AJFP* 2003, p. 34.

¹⁸⁵ A l'exception notable des actes d'assistance médicale à la procréation, ce qui a pu interroger la doctrine ; v. sur ce sujet : FEUILLET-LE MINTIER B., Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, PUF, 1999, p. 205.

¹⁸⁶ CSP, art. L.2212-8 et R.4127-18 ; CLAVEL E., La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 n°75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JCP G* 1978, I, 2915 ; CLAVEL E., Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi n°79-1204 du 31 décembre 1979, *JCP G* 1985, I, 3192.

¹⁸⁷ CSP, art. L.2213-2.

¹⁸⁸ CSP, art. L.2123-1.

¹⁸⁹ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, *JORF* du 8 juill. 2011, p. 11826.

¹⁹⁰ CSP, art. L.2151-7-1.

du refus de soins facultatif ; et celle, spéciale, de lui communiquer immédiatement le nom des praticiens susceptibles de réaliser l'intervention, ce qui n'est pas le cas en matière de stérilisation à visée contraceptive ou de recherche sur l'embryon. Au-delà des devoirs généraux d'attention et de diligence qui incombent au médecin, il faut sans doute voir dans ces exigences particulières une réponse à la « situation de détresse » mentionnée dans la rédaction initiale de la loi Veil, récemment supprimée¹⁹¹, alors que les demandes de stérilisation ne relèvent par définition jamais de l'urgence¹⁹², et que la recherche sur l'embryon ne concerne que certains professionnels membres d'équipes spécialisées a priori volontaires. La clause de conscience ne paraît pouvoir être opposée par un médecin que dans le strict cadre ainsi défini par la loi et par le règlement, en réponse à une raison ou une exigence personnelle ; elle ne fait donc pas du médecin une Antigone, dans la mesure où il ne désobéit pas à la loi : au contraire, c'est bien la loi qui l'autorise à s'abstenir¹⁹³. Les autres refus ne semblent par conséquent pouvoir être admis que dans les limites fixées par l'article L.1110-3 CSP, de valeur normative supérieure à celle de la règle déontologique, pour des exigences professionnelles menaçant la qualité, la sécurité ou l'efficacité des soins.

53. Il est significatif de constater que les actes concernés par la clause de conscience n'ont pas de finalité thérapeutique et comptent parmi les plus discutés compte tenu des enjeux éthiques et juridiques qui leur sont attachés¹⁹⁴. C'est cette tension sociale qui justifie « l'échappatoire »¹⁹⁵ que constitue cette clause, permettant d'accéder à une forme de concorde sociale, notamment en ce qui concerne l'interruption de grossesse, dont chaque modification du cadre juridique ravive le clivage initial de 1974¹⁹⁶. On doit dès lors s'interroger sur la valeur de cette liberté offerte au médecin. Si le champ d'application de la clause de conscience est défini par la loi et le règlement, il est sans doute permis de lui reconnaître une

¹⁹¹ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949.

¹⁹² Aux termes de l'art. L.2123-1 CSP, il ne peut être procédé à l'intervention qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale.

¹⁹³ BOUISSON S., *op. cit.*

¹⁹⁴ *A contrario*, on soulignera qu'à l'autre extrémité de la vie, les textes relatifs à la limitation ou à l'arrêt des thérapeutiques actives issus de la loi *Léonetti*, pas plus que la loi *Léonetti-Claeys*, n'ont prévu la possibilité pour les médecins d'opposer une clause de conscience à la mise en œuvre d'une sédation profonde et continue du patient jusqu'à son décès.

¹⁹⁵ ROUSSET G., Du début de la vie à la fin de la vie, la clause de conscience au cœur des débats, *Rev. Droit & Santé* 2015, p. 371.

¹⁹⁶ *Ibid.*

valeur constitutionnelle, rejoignant la liberté de pensée et de religion¹⁹⁷ garantie aux articles 2 et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'à l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946. La protection de la liberté de conscience, érigée principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁹⁸, liberté fondamentale individuelle du médecin, fonde un droit au refus¹⁹⁹. C'est le sens de la décision du Conseil constitutionnel qui constatait le respect par la loi Veil de la liberté des personnes appelées à participer à une interruption de grossesse²⁰⁰.

54. Les dispositions relatives à l'interruption de grossesse prévoient également qu'un établissement de santé privé puisse refuser que de telles interventions soient pratiquées dans ses locaux. Cette clause de conscience opposable par l'établissement privé est tempérée en ce qui concerne les établissements privés d'intérêt collectif²⁰¹ et les établissements privés ayant conclu avec l'Etat des contrats de concession pour l'exécution du service public hospitalier²⁰², dans la mesure où ils ne peuvent l'objecter que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux. Il pèse donc sur ces établissements une obligation spéciale préalable, qui consiste à s'assurer que dans le territoire géographique considéré, les patientes en demande d'interruption de grossesse seront réellement en mesure d'y accéder. Cette obligation rejoint celle, formelle, qui pèse sur les établissements publics de santé qui ne peuvent refuser de pratiquer les interruptions volontaires de grossesse²⁰³. Il ressort de ces dispositions que le législateur a entendu apporter aux patientes les meilleures garanties d'accès à un établissement de santé qui pratique ce type d'intervention, qui relèverait d'une mission de service public²⁰⁴. La réalisation des interruptions de grossesse ne figure pas parmi les quatorze missions de service public des établissements de santé définies par la loi *HPST*²⁰⁵. Pour autant, on peut considérer que la garantie d'un accès à l'interruption de grossesse s'inscrit dans l'impératif de continuité, principe de fonctionnement du service

¹⁹⁷ MÉMETEAU G., *op. cit.*, p. 286.

¹⁹⁸ C. const., 23 nov. 1977, n°77-87 DC, Loi complémentaire à la loi n°59-1557 du 31 déc. 1959 modifiée par la loi n°71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement.

¹⁹⁹ BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁰ C. const., 15 janv. 1975, n°74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

²⁰¹ CSP, art. L.6161-5, 2°.

²⁰² CSP, art. L.6161-9, dans sa rédaction antérieure à la loi HPST du 21 juill. 2009.

²⁰³ CSP, art. R.2212-1.

²⁰⁴ Rép. min. n°68897, *JO AN Q* 18 mars 2002, p. 1593 : « la pratique des IVG étant une mission de service public, tout chef de service est tenu d'en assurer l'organisation ».

²⁰⁵ CSP, art. L.6112-1.

public à valeur constitutionnelle²⁰⁶. Si donc la liberté du médecin offerte par l'objection d'une clause de conscience revêt une valeur constitutionnelle, la garantie pour la patiente d'accéder à un établissement de santé offrant ce type de prestation est protégée par un principe de valeur égale.

55. Il n'en demeure pas moins que les praticiens exerçant dans ces établissements sont admis à opposer individuellement une clause de conscience, dans la mesure où elle relève de normes législatives et réglementaires qui concernent tant les praticiens d'exercice libéral que les médecins salariés et les agents publics²⁰⁷. Comment, dès lors, concilier d'une part l'impératif de continuité qui s'impose au service public et suppose l'allégeance de l'agent public, et d'autre part l'exercice de la clause de conscience par ledit agent²⁰⁸ ? Il convient de rappeler que le directeur d'un établissement public de santé ne dispose, à l'égard des praticiens hospitaliers, ni du pouvoir hiérarchique ni du pouvoir disciplinaire²⁰⁹ ; et, quoiqu'il en soit, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer que la clause de conscience, en tant qu'expression de la liberté de conscience, était opposable au supérieur hiérarchique²¹⁰. Les attributions du directeur vis-à-vis des praticiens hospitaliers ne peuvent donc être prises que sur le fondement de l'organisation du service ou de son fonctionnement, dans l'intérêt du service et de la sécurité des malades²¹¹, l'indépendance professionnelle dont bénéficient les médecins dans l'exercice de leur art étant au nombre des principes généraux du droit²¹². C'est le sens de l'article L.6143-7, al. 4 CSP qui dispose que le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art. La liberté de

²⁰⁶ C. const., 25 juill. 1979, n°79-105 DC, Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.

²⁰⁷ CSP, art. R.4127-1 : « Les dispositions du présent code de déontologie s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel dans les conditions prévues à l'article L.4112-7 ou par une convention internationale, ainsi qu'aux étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin dans le cas prévu à l'article R.4127-88. »

²⁰⁸ Qui aux termes de l'art. L.2212-8 CSP, al. 2 (interruption de grossesse) peut aussi être une sage-femme, un infirmier ou un auxiliaire médical ; et selon l'art. L.2151-7-1 (recherche sur l'embryon) un ingénieur, un technicien, un auxiliaire de recherche quel qu'il soit, un médecin ou auxiliaire médical.

²⁰⁹ Il dispose du pouvoir d'affectation sur un poste, mais le pouvoir de nomination relève du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière. Le juge administratif admet par ailleurs qu'il puisse suspendre d'urgence un praticien hospitalier ; v. sur cette question : AUBERTIN J., *Réflexions critiques sur le pouvoir de suspension d'urgence des praticiens hospitaliers reconnu aux directeurs d'établissements de santé*, *RDSS* 2015, p. 506.

²¹⁰ CE, 20 juill. 1990, n°85429, *D.* 1992, somm. p. 153, obs. D. Chelle et X. Pretot.

²¹¹ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n°176.

²¹² Trib. confl., 14 févr. 2000, n°00-02.929, *Bull.* 2000, n°2, p.2, *Lebon* 2000, p. 750, *D.* 2000, IR, p. 138; CE, 3 sept. 2008, n°299412, 299418, 300400, 304417, *JCP A* 2009, chron. 2083, n°11, note M.-L. Moquet-Anger.

conscience des praticiens manifestée par l'objection d'une clause de conscience s'impose donc au directeur, et ce nonobstant l'obligation qui lui est faite d'assurer l'accès des patients aux techniques concernées, notamment l'interruption volontaire de grossesse. La liberté de conscience des praticiens surpasse donc ici le principe de continuité du service public dans la mesure où si aucun des praticiens de l'établissement ne souhaite réaliser ce type d'actes, rien ni personne ne peut les y contraindre. L'hypothèse inverse a pu également être envisagée lors de la mise en œuvre effective de la loi Veil, lorsque le médecin chef de service de gynécologie-obstétrique considérait que la clause de conscience objectée par lui s'imposait à des collaborateurs praticiens hospitaliers. Le Conseil d'Etat a considéré que le médecin chef de service n'était pas fondé à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du conseil d'administration qui crée une unité spécialisée indépendante du service de gynécologie-obstétrique destinée à la pratique des interruptions de grossesse²¹³. Par ailleurs, le chef de service, s'il ne peut s'opposer à ce que ces interventions soient effectuées dans son service, conserve le droit de ne pas en pratiquer lui-même : « est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne s'aurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service »²¹⁴. L'objection d'une clause de conscience doit donc bien s'envisager comme l'exercice d'une liberté personnelle fondamentale du médecin, quel que soit son mode d'exercice ou son statut.

L'espace de liberté de refus offert au médecin étant défini, reste à envisager les situations dans lesquelles le refus de soins est illicite.

§3. Le refus illicite

56. Certains auteurs²¹⁵ ont considéré que la dispense de soins non consciencieux pouvait être qualifiée de refus de soins, qu'elle relève d'une non-conformité aux données acquises de la science – inefficacité volontaire ou intervention *a minima* – ou d'une faute d'humanisme – défaut de diligence, d'attention ou de correction. Ces comportements ne peuvent à notre sens s'analyser comme des refus de soins à proprement parler. Dans de telles situations, la relation

²¹³ CE, 8 janv. 1982, n°18237, *RDSS* 1982, p. 450, concl. Genevois.

²¹⁴ C. const., 27 juin 2001, n°2001-446 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

²¹⁵ BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *op. cit.*, p. 30.

de soins est nouée ou poursuivie, puisque les soins sont effectivement dispensés, mais mal dispensés. Il n'y a donc pas refus ; c'est la réalisation de l'acte médical qui est en question, en termes de qualité, de sécurité ou d'efficacité. Le refus de soins illicite peut davantage s'envisager selon la dichotomie opérée par G. MEMETEAU²¹⁶ : *intuitu personae*, lorsque le refus de soins relève d'une discrimination (A) ; *intuitu actus*, et plus précisément *intuitu temporis*, dans les cas d'urgence et au regard de l'exigence de continuité des soins (B).

A. Refus intuitu personae

57. La proscription d'un refus de soins basé sur un motif discriminatoire paraît évidente, tant elle concerne le médecin non seulement en tant que professionnel de santé, mais également en tant que citoyen²¹⁷.

Le cadre normatif qui s'impose en la matière est particulièrement riche, tant en droit interne qu'en droit international. Ainsi des stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intitulé « Interdiction de la discrimination »²¹⁸. Ainsi également de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, et que les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune, conférant au principe d'égalité de traitement des citoyens une valeur constitutionnelle. Ainsi encore du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, principe de valeur constitutionnelle consacré à la fois sous l'angle de la protection de la santé publique et sous celui du droit à la protection à la santé de chaque individu. Ainsi enfin de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 qui ajoute que la République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.

En matière pénale, les infractions de discrimination punissent le fait de tenir compte soit de particularités des personnes physiques, soit de particularités de dirigeants des personnes

²¹⁶ MEMETEAU G., *op. cit.*, p. 285.

²¹⁷ RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, 2011, n°544.

²¹⁸ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

morales, pour accorder ou refuser certains biens ou services²¹⁹. Comptées au nombre des atteintes à la dignité de la personne, les discriminations procèdent d'une distinction opérée entre les personnes²²⁰ à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée²²¹.

Le principe d'égalité s'impose évidemment à l'Administration²²² ; les principes de neutralité et de non-discrimination en sont le prolongement. L'agent public bénéficie de la liberté d'expression²²³, mais elle est tempérée par un devoir de réserve, le service public étant régi par le principe de neutralité. Il ne peut donc être admis de différence de traitement entre les usagers, tant dans l'accès au service que dans son usage, sauf à justifier d'une situation spéciale, dans le respect de la loi et pour des raisons d'intérêt général selon le principe de proportionnalité. Ces principes s'appliquent aux établissements publics de santé ainsi qu'à leurs agents, mais selon toute probabilité également aux établissements de santé appelés à assurer en tout ou partie les missions de service public visées à l'article L.6212-1 CSP, dans le cadre de l'accomplissement de ces missions.

La règle déontologique ne fait pas l'économie de dispositions spécifiques en enjoignant le médecin à écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard²²⁴.

En miroir, l'article L.1110-3 CSP déjà évoqué énonce qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins. S'agissant des motifs de

²¹⁹ RASSAT M.-L., *op. cit.*, n°543.

²²⁰ Ou de leurs membres en ce qui concerne les personnes morales.

²²¹ C. pén., art. 225-1, al. 1^{er} ; l'article 225-1-1 dispose en sus que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés.

²²² TRUCHET D., *Droit administratif*, 4^e éd., PUF, 2011, p. 79.

²²³ CE, 28 avr. 1938, *Demoiselle Weiss, Lebon*, p. 379 ; CE, 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau* ; CE, 16 juin 1982, n°23277.

²²⁴ CSP, art. R.4127-7, al. 1^{er}.

discrimination, l'alinéa 2 de l'article renvoie aux dispositions des articles 225-1 et 225-1-1 C. pén. précités. Il prévoit en outre un motif supplémentaire de discrimination fondé sur la couverture sociale du patient : sont ici visés les bénéficiaires de la couverture maladie universelle complémentaire²²⁵ et de l'aide médicale de l'Etat²²⁶. Cette disposition issue de la loi *HPST* illustre le souci du législateur d'apporter une réponse à des situations nouvelles de discrimination apparues à l'occasion de la mise en œuvre de ces mesures sociales : le refus de soins fondé sur la couverture sociale du patient. La réalité de la situation a été démontrée par des travaux d'origine diverse. Dès 2003, une étude de la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques montre que ces refus de soins sont surtout le fait de médecins spécialistes, de chirurgiens-dentistes, et dans une moindre mesure de médecins généralistes²²⁷. Cette tendance est confirmée par l'étude commandée en 2006 par le Fonds CMU²²⁸, qui révèle des taux de refus de 16.7% chez les médecins généralistes en secteur 2, à 41% chez les spécialistes. Concernant l'AME, les refus concernent plus d'un tiers des bénéficiaires²²⁹. Les délibérations de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité²³⁰ s'en font l'écho, de même que le rapport CHADELAT²³¹. L'intervention du législateur de 2009 en la matière était donc sans conteste opportune²³².

58. Les refus de soins fondés sur les motifs visés aux articles 225-1 et 225-1-1 C. pén. ne peuvent a priori être exclus. L'exercice de la médecine est humain, et les médecins ne

²²⁵ CSS, art. L.861-1 et 863-1. L'octroi de la CMU-C donne droit à la prise en charge de la part complémentaire des dépenses de santé. Les bénéficiaires sont par ailleurs exonérés de la participation forfaitaire de 1 € exigible pour une consultation médicale.

²²⁶ CASF, art. L.251-1. L'AME est un dispositif permettant aux étrangers en situation irrégulière de bénéficier de la prise en charge à 100% des soins médicaux et hospitaliers, dans la limite des *tarifs de la sécurité sociale*.

²²⁷ BOISGUERIN B., *Enquête auprès des bénéficiaires de la CMU (mars 2003), Principaux résultats*, Séries statistiques n°63, DREES, 2004, 93 p.

²²⁸ DESPRES C., NAIDITCH M., *Analyse des attitudes de médecins et de dentistes à l'égard de patients bénéficiant de la couverture maladie universelle complémentaire. Une étude par testing dans six villes du Val-de-Marne*, DIES, 2006, 88 p.

²²⁹ BOISGUERIN B., HAURY B., *Les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système de soins*, Etudes et résultats n°645, DREES, 2008, 8 p.

²³⁰ HALDE, 6 nov. 2006, n°2006-232, Délibération relative au refus d'accès à la prévention ou aux soins opposé par un professionnel de santé aux bénéficiaires de la CMU, *Rev. Droit & Santé* 2007, p. 186, chron. E. Martinent.

²³¹ CHADELAT J.-F., *Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, La Documentation française, 2006, 32 p.

²³² MARTINENT E., Les droits de l'homme malade aux soins et le droit des professionnels de refuser de soigner : une question de et pour la justice, *RDSS* 2013, p. 183 : « La qualification des refus de soins comme légitimes ou illégitimes ne semble pas pouvoir être enfermée dans l'ordre juridique déontologique considéré comme étant auto poïétique, ni abandonnée à la seule conscience du professionnel de santé. Il revient à la loi et au droit d'établir les règles de la juste distribution des biens sociaux. Il revient à la justice et aux institutions d'être les garants et les arbitres de cette juste distribution et de son effectivité ».

constituent pas par nature une classe exempte de turpitudes. Ce type de refus reste rare, pour ne pas dire exceptionnel, et relève du droit commun de la discrimination. Le refus de soins fondé sur la couverture sociale du patient mérite en revanche une analyse particulière. Dès 1998, le juge administratif a admis que l'ajournement de l'admission dans l'attente de la présentation par la patiente d'une attestation de prise en charge de ses frais médicaux et d'hospitalisation par les organismes de sécurité sociale de son pays d'origine était constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement²³³. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, dans un arrêt rendu au visa de l'article 2 de la convention EDH (droit à la vie), que l'accès à des soins vitaux et urgents ne pouvait être subordonné à une exigence financière préalable dissuasive, susceptible de conduire à un renoncement aux soins²³⁴. Ces décisions consacrent la primauté des besoins de l'homme malade sur ses moyens²³⁵, qui s'illustre dans les dispositions de l'article L.254-1 CASF. Si le texte²³⁶ qui les crée demeure un texte technique relatif au financement des établissements, elles permettent de délivrer aux personnes étrangères en situation irrégulière non bénéficiaires de l'AME les soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître. La jurisprudence *Sentürk c/ Turquie* et la protection garantie par le code de l'action sociale et des familles concernent cependant des situations d'urgence faisant peser une menace sur la vie, et l'on conçoit assez naturellement que des motifs financiers ne puissent être un obstacle au soin dans de telles circonstances extrêmes, en vertu du devoir d'assistance qui s'impose au médecin (*cf. infra*, B.). Il convient donc de s'interroger sur le régime juridique du refus de soins fondé sur la protection sociale du patient en dehors du contexte d'urgence.

A n'en pas douter il s'agit bien d'une discrimination, c'est-à-dire d'une différenciation contraire au principe de l'égalité civile, et proscrite par l'article 14 de la convention EDH qui vise entre autres motifs « la fortune » et « toute autre situation ». Sa qualification pénale restait toutefois, jusqu'à récemment, sujette à interrogation. L'article 225-2 C. pén. prévoit que la discrimination définie à l'article 225-1 est punie de 3 ans d'emprisonnement et 45 000

²³³ CAA Paris, 9 juin 1998, n°95PA03525, *Dr. adm.* nov. 1998, p. 28, note C. Esper.

²³⁴ CEDH, 9 avr. 2013, n°13423/09, *Mehmet Sentürk et Bekir Sentürk c/ Turquie*, *Rev. Droit & Santé* 2013, p. 572, note E. Martinent.

²³⁵ MARTINENT E., *op. cit.*, p. 202.

²³⁶ Loi de finances rectificative pour 2003 (n°2003-1312 du 30 déc. 2003), *JORF* du 31 déc. 2003, p. 22594.

euros d'amende lorsqu'elle consiste « 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service »²³⁷. L'article 225-2 opère un renvoi vers l'article 225-1, qui ne prévoyait pas, dans sa rédaction issue de la loi du 21 février 2014²³⁸, de discrimination opérée entre les personnes à raison de leur situation économique ou de leur couverture sociale. Le délit de refus discriminatoire de la fourniture d'un bien ou d'un service ne semblait donc pouvoir être qualifié pour de tels motifs, en vertu du principe de légalité. Seules des sanctions civiles ou disciplinaires semblaient donc pouvoir être envisagées, ce qui avait conduit F. VIALLA à considérer avant l'adoption de la loi *HPST* au regard du projet de modification de l'article L.1110-3 CSP, qu'il existait en droit de la santé deux types de discriminations : la première « de droit commun », pénalement sanctionnée ; la seconde « spécifique au droit de la santé », n'ouvrant pas vocation à la sanction répressive²³⁹. Le texte finalement adopté n'a envisagé, compte tenu de l'impossibilité de poursuites pénales démontrée *supra*, que la possibilité de poursuites disciplinaires devant les juridictions ordinaires. En cas de refus de soins considéré comme illégitime, la procédure prévoit la saisine du directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou du conseil ordinal concerné, saisine valant plainte, qui en informe le professionnel concerné. Hors les cas de récidive, une conciliation est menée sous la double responsabilité de l'assurance maladie et de l'ordre compétent ; en cas d'échec ou de récidive, la plainte est transmise à la juridiction ordinaire compétente. L'évaluation de cette procédure de signalement des refus de soins s'avère cependant complexe et peu efficace²⁴⁰. En 2012, si plus de 1000 saisines avaient été enregistrées par les caisses primaires d'assurance maladie, et 19 par l'Ordre des médecins, une grande partie des signalements ne prospèrent pas, les patients concernés abandonnant la procédure ou trouvant une solution amiable pour rétablir l'accès aux soins²⁴¹. Le régime juridique du refus de soins fondé sur une discrimination d'ordre économique, et notamment sa qualification pénale, restait à parfaire, ainsi que le soulignaient dès 2013 le Défenseur des droits et la Commission nationale consultative des droits de

²³⁷ « 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner, ou à licencier une personne ; 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5° à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6° à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L.412-8 CSS [...] »

²³⁸ Loi n°2014-173 du 21 févr. 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *JORF* du 22 févr. 2014, p. 3138.

²³⁹ VIALLA F., Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique, *Méd. & Droit* 2009, p. 2.

²⁴⁰ DEFENSEUR DES DROITS, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, La Documentation française, 2014, p. 24.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

l'homme, qui réclamaient que soit inscrit dans la loi pénale le critère de discrimination à raison de pauvreté²⁴² ou de précarité sociale²⁴³. Le législateur y a accédé récemment, qui a complété les critères visés à l'article 225-1 C. pén., alinéa 1^{er} par la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique de la personne, apparente ou connue de l'auteur de la discrimination²⁴⁴. Ce nouveau critère permet désormais, selon toute vraisemblance, d'envisager des poursuites pénales contre un médecin qui refuserait de dispenser des soins à raison de la couverture sociale de son patient, dont il pourrait être déduit une situation de particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique.

59. Une autre hypothèse peut être envisagée si l'on analyse le refus de soins comme le refus d'une prestation de service visé à l'article L.122-1 du code de la consommation²⁴⁵, laquelle n'est possible qu'en cas de motif légitime. Reste à savoir si la couverture sociale ou la situation économique du patient pourraient être qualifiées de motif légitime. On peut en douter. En l'absence de définition légale, les motifs légitimes visés par l'article L.122-1 relèvent de l'appréciation du juge. Premièrement ces motifs ne peuvent être constitutifs d'une discrimination au sens de l'article 225-1 C. pén., même si l'on a montré qu'en l'espèce, cette solution était inopérante, pas plus que les convictions religieuses du prestataire ne peuvent fonder le refus²⁴⁶. En outre, les dispositions de l'article L.1110-3 CSP l'excluent explicitement. Deuxièmement, les motifs légitimes dégagés par la jurisprudence ne semblent pas pouvoir être retenus dans l'hypothèse du refus de soins fondé sur la couverture sociale du patient, qu'il s'agisse de la mauvaise foi du demandeur, de l'anormalité de la demande ou de l'indisponibilité du produit. Pour autant, et nous les rejoignons, certains auteurs contestent la reconnaissance même de la qualité de prestataire de service au médecin. G. ROUSSET estime que le mécanisme de la clause de conscience, prérogative du médecin, montre la spécificité du soignant « dont l'activité l'exclue de la qualité de prestataire de service à qui l'on pourrait

²⁴² DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport d'activité 2013, 2014*, p. 81.

²⁴³ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, 26 sept. 2013, p. 5.

²⁴⁴ Loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, *JORF* du 25 juin 2016.

²⁴⁵ VIALLA F., *op. cit.*

²⁴⁶ Crim., 21 oct. 1998, n°97-80.981, *JCP G* 1999, II, 10163, note F. Feund, *CCC* 1999, comm. 33, obs. G. Raymond, à propos d'un pharmacien qui refuse de vendre des contraceptifs en raison de ses convictions religieuses.

imposer un acte que sa conscience réproouve »²⁴⁷ ; ce que d'autres auteurs ont ainsi pu formuler : « la relation médicale se ramène mal à une banale relation contractuelle [...] parce qu'elle touche au corps et à la vie, aux mystères de l'être, là où le contrat est affaire d'avoir ; le médecin ne peut pas être considéré comme un simple prestataire de service »²⁴⁸.

En définitive, les dispositions de l'article L.122-1 du code de la consommation ne semblent donc pouvoir fonder de poursuites à l'encontre des médecins qui refusent de dispenser leurs soins à raison de la couverture sociale ou de la situation économique du patient. La procédure confiée conjointement aux organismes de protection sociale et à l'Ordre des médecins reste complexe et peu efficace, ce d'autant que la loi *HPST* n'a autorisé ni les techniques de *testing*²⁴⁹ ni l'aménagement de la charge de la preuve²⁵⁰ en matière de droit sanitaire, mesure pourtant transposée en droit interne par la loi de modernisation sociale de 2002²⁵¹, et dont le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité à la Constitution²⁵². On ne peut donc que saluer la modification récente de l'article 225-1 du code pénal, qui vient avec pertinence mettre fin à la persistance d'un tel espace de « liberté » pour le médecin.

B. Refus intuitu temporis

60. On envisagera ici successivement la question de l'urgence puis celles de la continuité et de la permanence des soins.

L'urgence, pour le juriste, est le caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est pas porté remède à bref délai, un préjudice irréparable²⁵³ ; elle requiert une action, une décision immédiate. Dans le champ de la santé, la notion d'urgence peut s'envisager selon deux perspectives, collective ou individuelle. Dans le premier cas, l'urgence sanitaire désigne une situation de menace grave pour la santé de la population qui appelle des mesures

²⁴⁷ ROUSSET G., Du début de la vie à la fin de la vie, la clause de conscience au cœur des débats, *Rev. Droit & Santé* 2015, p. 371.

²⁴⁸ MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, 2^e éd., Defrénois, 2004, n°321.

²⁴⁹ Les dispositions de l'article 225-3-1 C. pén. renvoient à l'article 225-2 du même code.

²⁵⁰ Ce dispositif initialement conçu par la Cour de justice de l'Union européenne pour lutter contre les discriminations sexistes répartit la charge de la preuve entre la personne se prétendant victime de discrimination et la personne mise en cause.

²⁵¹ Loi n°2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF* du 18 janv. 2002, p. 1008.

²⁵² C. const., 12 janv. 2002, n°2001-455 DC, Loi de modernisation sociale.

²⁵³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° urgence, PUF, 2013, p. 1044.

immédiates et des moyens exceptionnels²⁵⁴. Dans le second cas, la tradition médicale française définit l'urgence par la mise en danger à brève échéance de l'intégrité physique, voire de la vie d'une personne. Dans d'autres pays, notamment en Amérique du Nord, on lui accorde un périmètre beaucoup plus large, puisqu'on l'étend à tout ce qui est ressenti comme une urgence par le patient²⁵⁵. C'est dans cette perspective individuelle de l'urgence que nous envisagerons le refus de soins.

Confronté à une situation d'urgence, le médecin est tenu à une obligation déontologique d'assistance : tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires²⁵⁶. La règle déontologique exclut même explicitement la possibilité d'un refus de soins dans le cadre de l'urgence : hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles²⁵⁷. Au regard de la jurisprudence disciplinaire ordinaire, il appartient au médecin de s'informer de l'état de santé de son patient lorsque la situation laisse présumer une urgence²⁵⁸, au besoin en se déplaçant²⁵⁹. L'abstention est en revanche admise lorsque le médecin doit assurer une autre urgence²⁶⁰ ou qu'une intervention présenterait pour lui des risques importants²⁶¹. Dans tous les cas, il doit néanmoins tenter de trouver une alternative pour le malade.

Le devoir d'assistance dicté au professionnel par la règle déontologique s'impose également au médecin en tant que citoyen²⁶² au regard de l'omission de porter secours proscrite par la loi pénale²⁶³. L'état de péril visé à l'alinéa 2 de l'article 223-6 C. pén. peut en effet résulter de l'état de santé du patient, et il paraît évident qu'un professionnel de la santé, bien plus qu'aucun autre, doit remplir toutes les diligences afin de porter assistance aux personnes en détresse²⁶⁴. S'agissant d'un délit intentionnel, l'infraction ne peut être reprochée qu'à celui

²⁵⁴ TRUCHET D., L'urgence sanitaire, *RDSS* 2007, p. 411.

²⁵⁵ DESEUR A., *Bulletin d'information de l'Ordre des médecins*, juill. 2008.

²⁵⁶ CSP, art. R.4127-9.

²⁵⁷ CSP, art. R.4127-47, al. 2.

²⁵⁸ CNOM, 7 juill. 1999, cité par BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *op. cit.*, p. 35.

²⁵⁹ CNOM, 20 sept. 1989, cité par BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *op. cit.*, p. 36.

²⁶⁰ CNOM, 15 oct. 1981 ; 23 mars 1983, cité par CONFERENCE NATIONALE DE SANTE, *Résoudre les refus de soins*, 2010, p. 15.

²⁶¹ CNOM, 3 mars 1998, cité par CONFERENCE NATIONALE DE SANTE, *Résoudre les refus de soins*, 2010, p. 15.

²⁶² RASSAT M.-L., *op. cit.*, n°401.

²⁶³ C. pén., art. 223-6.

²⁶⁴ AZINCOURT J.-D., DEVELAY M., *Chronique de jurisprudence, Méd. & Droit* 2006, p. 159.

qui a connaissance du péril auquel une personne est exposée²⁶⁵, et qui s'est volontairement abstenu de lui porter assistance. La jurisprudence considère que le péril en question doit être imminent et constant et de nature à nécessiter une intervention immédiate²⁶⁶. Le péril constant est celui qui est incontestable, il peut relever d'une menace pesant sur la vie, la santé ou l'intégrité physique de la personne. Le péril imminent est celui qui est sur le point de se réaliser. Le secours peut consister en une action directe ou dans le fait de provoquer un secours extérieur, options non exclusives l'une de l'autre. La possibilité de l'action directe s'apprécie concrètement, en fonction des moyens personnels des intervenants²⁶⁷. De même, la jurisprudence déduit des circonstances de l'espèce la conscience du péril et prend fréquemment en compte la profession ou les qualités du débiteur de l'assistance²⁶⁸. S'agissant des médecins, la jurisprudence a, de longue date, considéré qu'il leur appartenait d'apprécier, sous le seul contrôle de leur conscience et des règles de la profession, l'utilité et l'urgence de leur intervention²⁶⁹. Un tribunal a jugé par exemple que la détresse de la femme, du fait d'une grossesse dont elle demandait l'interruption, ne constituait pas le péril visé à l'article 223-6, et que le médecin était fondé à objecter une clause de conscience sans se rendre coupable dudit délit²⁷⁰. Par ailleurs, l'erreur de diagnostic ne suffit pas à caractériser l'infraction, qui réprime bien un manquement au devoir d'humanité du médecin mais ne sanctionne pas la faute technique²⁷¹. L'exigence des juges à l'endroit des médecins s'est cependant faite de plus en plus sévère, imposant à celui qui refuse de prêter son concours de procéder à toutes les vérifications utiles²⁷². Selon la doctrine, l'appel adressé à un médecin semble s'apparenter à une présomption de péril²⁷³, qu'il ne peut contredire qu'en s'informant précisément sur l'état de la victime. Cette obligation d'information pèse particulièrement sur les médecins des centres de réception et de régulation des appels des services d'aide médicale urgente (SAMU). Elle est par ailleurs étroitement liée aux modalités de l'assistance mise en œuvre par ces praticiens, dans la mesure où seule une information fiable permet de déclencher les

²⁶⁵ Crim., 21 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 8050, note Pageaud.

²⁶⁶ Crim., 31 mai 1949, *JCP G* 1949, II, 4945, note Magnol, *RSC* 1949, p. 746, note Hugueney.

²⁶⁷ RASSAT M.-L., *op. cit.*, n°406.

²⁶⁸ BONFILS Ph., *Entrave aux mesures d'assistance, omission de porter secours, J.-Cl. Pénal Code*, Fasc. 20, art. 223-5 à 223-7-1, n°62.

²⁶⁹ Crim. 31 mai 1949, préc.

²⁷⁰ T. corr. Rouen, 9 juin 1975, *D.* 1976, p. 531, note G. Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1975, p. 798, obs. M. Zaki.

²⁷¹ CA Pau, 11 avr ; 1956, *D.* 1957, p. 153, note Pageaud, *JCP G* 1957, II, 9696, note Seignolle ; CA Paris, 18 févr. 2000, *D.* 2000, p. 95.

²⁷² Crim. 21 janv. 1954, préc.

²⁷³ BONFILS, Ph. *op. cit.*, n°61.

moyens adaptés à la situation²⁷⁴. La faute d'humanisme peut dans ces conditions s'associer à la faute technique dès lors que les moyens engagés au regard des informations recueillies s'avèreraient contraires aux données acquises de la science ou aux connaissances médicales avérées.

61. En dehors de la situation spécifique de l'urgence, le refus de soins *intuitu temporis* peut également être envisagé au regard de la permanence et de la continuité des soins. La permanence des soins est définie comme une organisation mise en place par des professionnels de santé afin de répondre par des moyens structurés, adaptés et régulés, aux demandes de soins non programmés exprimées par le patient²⁷⁵. Elle doit permettre un accès aux soins de manière continue²⁷⁶. Le législateur a fait de la permanence des soins une mission de service public²⁷⁷ dont il a consacré l'importance en la faisant figurer à la première place des missions de service public qui peuvent être confiées à des établissements de santé. Elle n'en demeure pas moins l'affaire de tous les établissements et professionnels de santé, puisque qu'elle concerne potentiellement les médecins « ayant conservé une pratique clinique »²⁷⁸. Tout médecin a donc, quels que soient sa spécialité ou son mode d'exercice, vocation à contribuer à cette mission de service public placée sous le contrôle de l'Etat, « dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent » précise le code de déontologie médicale²⁷⁹.

L'obligation de contribution à la permanence des soins qui pèse sur les médecins doit cependant être envisagée dans une perspective plus large, en ce qu'elle constitue l'une des modalités de la continuité des soins. Les notions de continuité et de permanence des soins sont en effet connexes²⁸⁰, la seconde étant un outil de la première. Selon F. VIALLA, c'est la rupture de la continuité qui justifie le relai par la permanence, correctif matériel de la discontinuité²⁸¹. La continuité des soins procède, avec le principe d'égal accès aux soins, du

²⁷⁴ CA Rennes, 27 déc. 2005, *Juris-Data* n°2005-2921159 ; CAA Bordeaux, 14 nov. 2006, n°03BX02246.

²⁷⁵ DESCOURS Ch., *Rapport du groupe de travail opérationnel sur la permanence des soins*, 22 janv. 2003, p. 5., consultable sur : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_descours.pdf

²⁷⁶ DEL SOL M., *Médecine libérale et permanence des soins de ville*, *RDSS* 2004, p. 261.

²⁷⁷ CSP, art. L.6112-1.

²⁷⁸ CSP, art. L.6314-1.

²⁷⁹ CSP, art. R.4127-77. Cette précision fait admettre un tempérament à l'obligation, dans la mesure où l'article R.6315-4 CSP dispose que les médecins participent à la permanence des soins sur la base du volontariat.

²⁸⁰ MOQUET-ANGER M.-L., *op. cit.*, p. 88.

²⁸¹ VIALLA F., *Prolégomènes sur les notions de permanence des soins, de continuité des soins et de continuité du service public*, *RDSS* 2006, p. 11.

droit fondamental à la protection de la santé²⁸² placé en exergue de la législation sanitaire française²⁸³. La primauté accordée à l'exercice de ce droit s'illustre dans son articulation avec l'exercice d'autres droits de même valeur, tel le droit de grève²⁸⁴. Le Conseil d'Etat a admis que le préfet pouvait légalement requérir les agents en grève d'un établissement de santé privé dans le but d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins²⁸⁵. Il ne peut toutefois prendre que les mesures imposées par l'urgence et proportionnées aux nécessités de l'ordre public, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique. Est en revanche entachée d'une illégalité manifeste la réquisition en vue du rétablissement d'un service complet au lieu d'un service minimum, en ce qu'elle porte une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève²⁸⁶.

La notion de continuité des soins dépasse donc le strict *intuitu temporis* tant elle innerve le droit positif, du point de vue des obligations déontologiques des professionnels à l'égard de leurs patients²⁸⁷ et de leurs confrères²⁸⁸, mais plus encore, de celui de la protection des droits fondamentaux du patient. Elle s'analyse, à ce titre, avec la situation d'urgence et – dans une moindre mesure – l'objection d'une clause de conscience, comme la limite intangible au refus de soins opposable par le médecin.

Section 2 : Le libre choix du médecin par le patient

62. A la faculté donnée au médecin de refuser de dispenser ses soins, répond la liberté offerte au patient de choisir celui auquel il confie la protection de sa santé. Garantie de la nécessaire confiance qui doit régir la relation médicale, initialement reconnue comme l'un des principes traditionnels de la médecine française, d'essence libérale, elle a été consacrée par la loi et la jurisprudence (§1). Les sujétions qui s'imposent désormais au système de santé, en particulier sur le plan économique, sont cependant de nature à le tempérer (§2).

²⁸² MOQUET-ANGER M.-L., Santé et Constitution : l'exemple français, *RDSS* 2013, p. 127.

²⁸³ CSP, art. L.1110-1.

²⁸⁴ C. Const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, préc.

²⁸⁵ CE, 9 déc. 2003, n°262186, *AJDA* 2004, p. 1138, note Le Bot ; *AJFP* 2004, p. 148, obs. Moniolle ; *RFDA* 2004, p. 306, concl. Stahl ; *ibid.*, p. 311, note P. Cassia ; *RJS* 2/04, n°248 ; *JCP A* 2004, 1054, note J. Moreau.

²⁸⁶ BOULMIER D., Droit de grève et réquisition des grévistes dans les secteurs sanitaire, social et médico-social : brèves réflexions autour de deux arrêts récents, *RDSS* 2004, p. 298.

²⁸⁷ CSP, art. R.4127-77.

²⁸⁸ CSP, art. R.4127-61 et R.4127-64.

§1. Principe du libre choix

63. Le principe du libre choix du médecin par le patient est lié à l'histoire du syndicalisme médical et à son combat contre la législation sur les assurances sociales au tournant du XX^e siècle. Nonobstant sa consécration législative (A), persistent des interrogations quant à sa valeur (B).

A. Reconnaissance du principe

64. Le syndicalisme médical se structure au cours du XIX^e siècle dans le contexte du développement des sociétés de secours mutuel, sous le Second Empire puis à la suite des lois de 1893²⁸⁹ et 1898²⁹⁰. Si l'Union des syndicats médicaux français et la Ligue de la Mutualité s'accordent sur les principes de libre choix et de rémunération à l'acte dès 1895, la cristallisation de l'identité libérale de la médecine française se manifeste réellement au sortir de la Première Guerre mondiale lors de la scission syndicale de 1925²⁹¹. Les tenants de contrats collectifs avec les caisses d'assurances sociales s'opposent à ceux de la préservation du caractère strictement individuel de l'exercice médical. C'est cette seconde ligne qui finit par l'emporter en imposant, au congrès des syndicats médicaux du 30 novembre 1927, sa charte commune de la profession « qu'aucune loi, règlement ou contrat ne doit remettre en cause ». Sept principes sont consacrés par la charte : le libre choix ; le respect absolu du secret professionnel ; le droit à des honoraires pour tout malade soigné ; le paiement direct par l'assuré ; la liberté thérapeutique et de prescription (l'intérêt technique du traitement doit primer sur le facteur économique) ; le contrôle des malades par la caisse et des médecins par le syndicat ; la nécessité de représentation du syndicat dans les commissions techniques organisées par les caisses. La défense de l'identité libérale l'emporte sur l'intégration du

²⁸⁹ Loi du 15 juill. 1893 relative à l'assistance médicale gratuite, *JORF* du 18 juill. 1893, p. 3681.

²⁹⁰ Loi du 1^{er} avr. 1898 relative aux sociétés de secours mutuel, *JORF* du 5 avr. 1898, p. 2089.

²⁹¹ HASSENTEUFEL P., Syndicalisme et médecine libérale, le poids de l'histoire, *Les Tribunes de la santé* 2008/1, n°18, p. 21.

syndicalisme au système de protection sociale²⁹², et l'adoption de ces principes communs ressoude la profession au sein de la nouvelle Confédération des syndicats médicaux français (CSMF). Le législateur y est attentif puisque les principes de libre choix, de libre entente sur les honoraires, d'absence de tiers payant et d'habilitation syndicale sont consacrés par la loi dès 1928²⁹³ pour le premier, et en 1930²⁹⁴ pour les autres.

65. La règle déontologique issue des travaux de l'Ordre des médecins au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale consacre ces principes, « qui sont traditionnellement ceux de la médecine française »²⁹⁵, à l'article 5 du premier code de déontologie médicale de 1947 : libre choix du médecin par le malade, liberté des prescriptions du médecin, entente directe en matière d'honoraires et paiement direct des honoraires. La première révision du code de déontologie en 1955 confirme mot pour mot ces principes à son article 8²⁹⁶. La référence aux principes traditionnels de la médecine française disparaît de la révision opérée en 1979²⁹⁷, qui donne à l'article 6²⁹⁸ du code de déontologie médicale la teneur qui persiste encore aujourd'hui : « Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit »²⁹⁹. Le libre choix du médecin doit être considéré comme un droit du patient, dont le médecin est l'un des garants. Cette évolution rédactionnelle témoigne, à l'échelle de la règle déontologique, de la consécration d'un droit au libre choix par la loi et la jurisprudence.

²⁹² HASSENTEUFEL P., *op. cit.*, p. 25., cite *Le médecin syndicaliste*, 1^{er} janv. 1929, pp. 37-39 : « Par son caractère intellectuel, la médecine est une profession libérale ; ce qui veut dire que l'on exerce en toute liberté : liberté d'accorder ou de refuser ses soins ; liberté de traiter le patient à sa guise, en ayant pour seul guide et seul frein l'intérêt du malade et la conscience professionnelle ; liberté de réclamer des honoraires que l'on proportionne à l'importance des soins donnés et du service rendu, aux situations sociales du client, personnelle du praticien. C'est cet affranchissement de toute entrave morale et matérielle, cette indépendance absolue du médecin qui, avec la foi en sa science, engendre la confiance en lui que lui voue son malade et lui donne le pouvoir de guérir ».

²⁹³ Loi du 5 avr. 1930 sur les assurances sociales, *JORF* du 12 avril 1928.

²⁹⁴ Loi du 30 avr. 1930 modifiant et complétant la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales, *JORF* du 1^{er} mai 1930, p. 4819.

²⁹⁵ Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, *JORF* du 28 juin 1947, p. 5993.

²⁹⁶ Décret n°55-1591 du 28 nov. 1955 portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n°47-1169 du 27 juin 1947, *JORF* du 6 déc. 1955, p. 11856.

²⁹⁷ Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, *JORF* du 30 juin 1979, p. 1568.

²⁹⁸ « Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin et lui en faciliter l'exercice. »

²⁹⁹ Décret n°95-1000 du 6 sept. 1995 portant code de déontologie médicale, *JORF* du 8 sept. 1995, p. 13305 ; CSP, art. R.4127-6. Ce droit est également garanti dans le cas d'un exercice en cabinet de groupe : CSP, art. R.4127-93.

66. La loi du 31 décembre 1970 énonce en effet à son article 1^{er} que le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est « un des principes fondamentaux de notre législation sanitaire »³⁰⁰. La qualification de principe fondamental de la législation sanitaire est confirmée par la loi du 31 juillet 1991³⁰¹, qui le codifie à l'article L.710-1 ancien du code de la santé publique, puis par la loi *Kouchner* qui crée l'article L.1110-8 CSP. La loi du 4 mars 2002 n'apporte pas de dispositions supplémentaires sur le sujet. Pour autant, selon M. DUPONT, la préoccupation de la préservation du libre choix est présente tout au long du texte et apparaît en filigrane dans les articles relatifs aux droits de la personne ainsi qu'à l'information des usagers du système de santé et à l'expression de leur volonté³⁰².

Le code de la sécurité sociale reste pour sa part imprégné de l'histoire des relations entre la profession médicale et les assurances sociales. S'il se réfère également à des principes fondamentaux, c'est à l'égard des médecins, puisque sont visés les « principes déontologiques fondamentaux » à l'aune desquels sont garantis le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins – dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique. Ces principes sont ceux hérités de la charte de 1927 : libre choix du médecin par le malade, liberté de prescription du médecin, secret professionnel, paiement direct des honoraires par le malade, et liberté d'installation du médecin³⁰³. Aussi le principe de libre choix du médecin est-il logiquement garanti par la convention signée entre les syndicats de médecins libéraux et l'assurance maladie, pondéré des exigences médico-économiques liées à la situation financière de la sécurité sociale³⁰⁴ (*cf. infra* §2.). De manière plus technique mais significative, le décret du 30 décembre 2004³⁰⁵, tirant les conséquences des dispositions relatives à la tarification à l'activité des établissements de santé³⁰⁶, a abrogé les dispositions de l'article R.162-21 CSS qui pénalisait financièrement le choix du patient de se faire soigner pour convenance personnelle dans un établissement dont les tarifs étaient supérieurs à ceux pratiqués dans l'établissement le plus proche de sa résidence.

³⁰⁰ Loi n°70-1318 du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière, *JORF* 3 janv. 1971, p. 67.

³⁰¹ Loi n°91-748 du 31 juill. 1991 portant réforme hospitalière, *JORF* du 2 août 1991, p.10255.

³⁰² DUPONT M., Libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002, *RDSS* 2007, p. 759.

³⁰³ CSS, art. L.162-2.

³⁰⁴ HARICHAUX M., Vers un tournant de la médecine libérale en France ? *RDSS* 1994, p. 226.

³⁰⁵ Décret n°2004-139 du 12 févr. 2004 pris pour l'application de l'article 85 de la loi de finances rectificative pour 2003 (n°2003-1312 du 30 déc. 2003), modifiant le décret n°2003-167 du 28 févr. 2003, *JORF* du 14 févr. 2004 p. 3025.

³⁰⁶ DUPONT M., *op. cit.*, p. 762.

B. Valeur du principe

67. Reste à déterminer la valeur de ce « principe fondamental » de la législation sanitaire. De longue date, la jurisprudence judiciaire en a affirmé le caractère d'ordre public³⁰⁷, qu'elle a pu déduire des dispositions conjuguées de l'article L.162-2 CSS et de l'article 6 du code de déontologie médicale, en considérant que le droit reconnu au malade de choisir librement son médecin « n'est pas une simple règle déontologique, mais constitue un principe d'ordre public de portée générale »³⁰⁸.

La question s'est par ailleurs posée, eu égard à la rédaction retenue par le législateur – notamment à l'usage de l'expression « principe fondamental » –, de savoir si la liberté de choix du médecin par le malade avait, ou non, valeur constitutionnelle. La doctrine s'est montrée partagée entre les tenants d'une telle hypothèse³⁰⁹ et ses adversaires, ne lui reconnaissant qu'une valeur législative³¹⁰. La réponse n'est pas à chercher dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui par deux fois a éludé la question³¹¹. Le Conseil d'Etat a en revanche fait siennes les conclusions de C. MAUGÜE en considérant en 1997 que le moyen tiré de ce que la mise en place des filières de soins méconnaît « un prétendu principe constitutionnel de libre choix du médecin par le malade » devait être écarté³¹². C'est dans la ligne de cet arrêt que s'inscrit la décision *Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins* rendue un an plus tard. Ne pouvant appliquer au territoire de la Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives du code de la sécurité sociale en vertu de l'article 9 de la loi référendaire du 9 novembre 1988³¹³, le Conseil d'Etat érige, vraisemblablement sur la base des dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles en vigueur en métropole³¹⁴, le libre choix du médecin par le patient en principe général du droit³¹⁵. Il reconnaît à l'occasion la même valeur au principe de liberté de prescription des médecins.

³⁰⁷ Ch. réunies, 16 mai 1963, n°61-90.673, *D.* 1963, p. 437, note J. LARGUIER.

³⁰⁸ Civ. 1^{re}, 31 déc. 1989, n°88-15.352.

³⁰⁹ HARICHAUX M., *op. cit.*

³¹⁰ MAUGÜE C., Le contrôle de l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *RFDA* 1997, p. 474.

³¹¹ C. const., 18 janv. 1978, n°77-92 DC, Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale) ; C. const. 22 janv. 1990, n°89-269 DC, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

³¹² CE, 30 avr. 1997, n°180838, n°180839, n°180867, *RFDA* 1997, p. 474, concl. C. MAUGÜE.

³¹³ Loi n°88-1028 du 9 nov. 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, *JORF* du 10 nov. 1988, p. 14087.

³¹⁴ JOYAU M., Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie, *RFDA* 1999, p. 47.

La question de la valeur du principe de libre choix a de nouveau été soulevée par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, à l'occasion d'une saisine du Conseil d'Etat par l'Ordre des médecins portant sur la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L.314-12 CASF³¹⁶. Le Conseil national soutenait que les dispositions déferées étaient entachées d'incompétence négative et que le principe du libre choix par le malade de son médecin en était affecté. Le Conseil d'Etat constate le caractère irréprochable de la loi, qui dispense le juge de rechercher si le principe du libre choix revêt un caractère constitutionnel. Dépourvue de caractère sérieux, la question n'est pas transmise³¹⁷ et l'occasion est donc perdue de soumettre une nouvelle fois à l'appréciation du Conseil constitutionnel la valeur du principe de libre choix.

Un dernier éclairage³¹⁸ peut être apporté sur ce point par la lecture – prudente³¹⁹ – de G. MEMETEAU relative à la place de l'article L.1110-8 dans le code de la santé publique. Dans le chapitre préliminaire consacré aux droits de la personne, le principe de libre choix du médecin côtoie le droit au respect de la dignité, de la vie privée, ou le droit aux soins, ce qui renforcerait aux yeux de l'auteur « la suggestion de sa valeur constitutionnelle ».

68. Si des doutes persistent donc sur la valeur supra-législative du principe en droit interne, le droit communautaire l'a consacré sans équivoque en favorisant les dispositifs de prise en charge des frais exposés lors de la dispensation de soins transfrontaliers, c'est-à-dire hors de l'Etat d'affiliation de l'assuré social.

Indépendamment du dispositif de remboursement visé à l'article 22 du règlement 1408/71³²⁰, dès 1998, la Cour de justice des Communautés européennes considère, dans ses arrêts *Kohll*³²¹ et *Decker*³²², que les ressortissants communautaires peuvent se faire soigner dans un autre

³¹⁵ CE, 18 févr. 1998, n°171851, *RFDA* 1999, p. 47, note M. Joyau.

³¹⁶ Conditions d'exercice de professionnels de santé libéraux dans des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

³¹⁷ CE, 20 mai 2011, n°347098, *Constitutions* 2011, p. 405, chron. X. Bioy.

³¹⁸ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°377.

³¹⁹ « Même si l'interprétation d'un texte n'est pas commandée par sa place dans un code, celle-ci livre toutefois des indications sur sa portée, son sens. »

³²⁰ Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

³²¹ CJCE, 28 avr. 1998, aff. C-158/96, *AJDA* 1998, p. 801, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 1998, p. 145 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1086, étude P. Mavridis ; *ibid.* 1999, p. 172, étude P. Mavridis ; *ibid.* 2003, p. 859, étude S. van Raepenbusch ; *RDSS* 1998, p. 615, note J.-P. Lhernould ; *RTD com.* 1998, p. 978, obs. G. Jazottes ; *ibid.*, p. 984, obs. G. Jazottes ; *RTD eur.* 1998, p. 573, chron. J.-G. Huglo.

³²² CJCE, 28 avr. 1998, aff. C-120/95.

Etat membre, et être remboursés sans autorisation préalable selon les tarifs de leur Etat d'affiliation. La CJCE précise sa jurisprudence dans un arrêt *Watts*³²³, selon lequel l'obligation de prendre en charge les soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre s'applique également à un service national de santé qui les dispense gratuitement³²⁴ ; puis dans un arrêt *Stamataleki*³²⁵, qui considère comme non compatible avec le principe de libre prestation de services la législation d'un Etat membre qui exclut toute prise en charge financière de soins reçus dans un hôpital privé d'un autre Etat membre. La Cour considère dans cette seconde espèce qu'une telle réglementation décourage, voire empêche, les patients de s'adresser aux services hospitaliers établis dans d'autres Etats membres que celui d'affiliation.

69. La jurisprudence communautaire n'est pas sans effet en droit interne. La Cour de cassation française admet dès 2002 de manière novatrice mais « sans peut-être prendre la pleine mesure de sa décision »³²⁶, le remboursement des soins dispensés à un assuré social français dans un établissement privé britannique par sa caisse primaire d'assurance maladie, selon les tarifs applicables à des soins identiques dispensés en France³²⁷. Dès 2005³²⁸, les caisses d'assurance maladie procèdent au remboursement des soins dispensés dans un Etat membre de l'Union dans les mêmes conditions que si les soins avaient été reçus en France³²⁹. Ce remboursement est soumis à une autorisation préalable accordée par le service du contrôle médical de la caisse d'affiliation ; cette autorisation n'est pas requise en cas de nécessité de « soins inopinés », c'est-à-dire de soins non programmés³³⁰. Elle ne peut être refusée que si les soins envisagés ne figurent pas parmi ceux dont la prise en charge est prévue par la réglementation française, ou si un traitement identique ou de même efficacité peut être obtenu en temps opportun en France, compte tenu de l'état du patient et de l'évolution probable de son affection.

³²³ CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372-04, *AJDA* 2006, p. 2271, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *Dr. soc.* 2006, p. 944, obs. J.-P. Lhernould ; *RDSS* 2006, p. 846, note L. Azoulai ; *RTD eur.* 2007, p. 75, chron. C. Prieto.

³²⁴ En l'espèce, le *National Health Service* britannique.

³²⁵ CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-444/05, *RDSS* 2007, p. 633, note J.-P. Lhernould.

³²⁶ LHERNOULD J.-P., La prise en charge de soins transfrontaliers dispensés dans un hôpital privé britannique, *RDSS* 2007, p. 633.

³²⁷ Soc., 28 mars 2002, n°00-15.903, *RJS* 6/02, n°720.

³²⁸ Décret n°2005-386 du 19 avr. 2005 relatif à la prise en charge des soins reçus hors de France et modifiant le code de la sécurité sociale, *JORF* du 27 avr. 2005, p. 7321.

³²⁹ CSS, art. R.332-3.

³³⁰ CSS, art. R.332-4. L'autorisation préalable n'est par ailleurs par requise en cas de convention passée entre les organismes de sécurité sociale et les établissements de soins établis dans un Etat membre autre que celui d'affiliation (CSS, art. R.332-5).

70. La confrontation du principe de libre choix du médecin par son patient à la réalité de la libre circulation des personnes et des services au sein de l'Union européenne, dans la ligne de la jurisprudence de la CJCE, abouti *in fine* en 2011 à l'adoption de la directive européenne *Soins transfrontaliers*³³¹. Aux termes de la directive, l'Etat membre dans lequel sont mis en œuvre les soins veille à la sécurité, la qualité et à l'efficacité de la prise en charge. L'Etat membre d'affiliation prend en charge le remboursement de l'assuré social à la condition que le traitement reçu soit prévu par les soins remboursables dans sa législation nationale. L'Etat membre d'affiliation peut subordonner le remboursement à une autorisation préalable, qui ne peut être refusée que dans des cas très précisément listés ; l'autorisation est de droit si les soins ne peuvent pas être dispensés sur le territoire national dans un délai médicalement acceptable au vu de l'état de santé du patient. La transposition de ces mesures en droit interne en 2014³³² a justifié une modification de l'article R.332-3 CSS, avec suppression de la référence aux « soins inopinés », et de l'article R.332-4 relatif aux conditions d'octroi de l'autorisation³³³. La directive européenne vise également à promouvoir la coopération sanitaire entre les Etats membres en encourageant la création de réseaux européens de référence des prestataires de soins de santé et la collaboration des Etats en matière de diagnostic et de traitement des maladies rares. Elle prévoit en outre la reconnaissance de la validité des prescriptions médicales entre Etats membres³³⁴, et que les dispositions en matière de remboursement s'appliquent également aux prestations de soins à distance effectuées grâce à la télémédecine ou à des services de santé en ligne³³⁵.

³³¹ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JOUE* L 88, 4 avril 2011 ; *RDSS* 2011, p. 1059, chron. L. Dubouis ; *RTD eur.* 2011, p. 299, chron. N. de Grove-Valdeyron.

³³² Décret n° 2014-516 du 22 mai 2014 relatif aux modalités de liquidation et de recouvrement de la cotisation maladie due par les personnes affiliées au régime général sur critère de résidence et à diverses dispositions relatives aux soins dispensés hors de France, *JORF* du 23 mai 2014, p. 8449.

³³³ L'autorisation est requise si les soins : 1° impliquent le séjour du patient concerné dans un établissement de soins pour au moins une nuit ; ou 2° nécessitent le recours à des infrastructures ou à des équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux. Elle ne peut être refusée si les conditions suivantes sont réunies : 1° la prise en charge des soins envisagés est prévue par la réglementation française ; 2° ces soins sont appropriés à l'état de santé du patient ; 3° un traitement identique ou de même efficacité ne peut pas être obtenu en France dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de l'état de santé actuel du patient et de l'évolution probable de son affection.

³³⁴ Directive d'exécution 2012/52/UE de la Commission du 20 déc. 2012 établissant des mesures visant à faciliter la reconnaissance des prescriptions médicales établies dans un autre Etat membre, *JOUE* L 356 du 22 déc. 2012.

³³⁵ V. sur ce sujet, et notamment sur les contrariétés du droit communautaire et du droit interne, nos travaux : BOUVET R., DESMARAIS P., MINVIELLE E., Legal and organizational barriers to the development of eHealth in France, *Med. & Law* 2015, 34(3), p. 361 ; BOUVET R., MINVIELLE E., DESMARAIS P., e-Health development in France outstrips evolution of law, *eHealth Law & Policy* 2014, 1(6), p.10.

71. Initialement compté au titre des principes traditionnels de la médecine française, le libre choix du praticien par le patient doit en définitive être considéré comme un droit du patient. Ce droit est une garantie de confiance, condition *sine qua non* de toute relation médicale. Consacré par la jurisprudence comme par loi, il dépasse la conception contractuelle d'un accord de volontés et se voit reconnaître la valeur de principe fondamental de la législation sanitaire, sans que l'on puisse affirmer sa valeur constitutionnelle³³⁶. Les dernières évolutions du droit positif, notamment sur le plan communautaire, témoignent cependant de la nécessité de limiter l'exercice de ce droit, notamment compte tenu des contraintes qui pèsent sur le financement des soins de santé.

§2. Limites du libre choix

72. Les limites au principe du libre choix procèdent de contraintes variées. Il convient de rappeler en préambule que la possibilité de choisir son professionnel ou son établissement de santé suppose que l'offre de soins soit suffisante sur le territoire. La diversité de l'offre permettant un choix réel doit de plus concerner tant la quantité que la qualité des professionnels et établissements. En d'autres termes, sur un territoire géographique donné, l'exercice du droit au libre choix suppose des professionnels exerçant en nombre, selon des modalités variées – exercice libéral, établissements publics... – et couvrant l'ensemble du spectre des spécialités médicales. Au-delà de la question pourtant cruciale de la démographie médicale et de son corollaire, la liberté d'installation des médecins – non abordée dans ce chapitre –, les limites au principe de libre choix par le patient peuvent relever du mode d'exercice du médecin (A). Elles s'imposent également désormais pour des motifs économiques (B).

³³⁶ MOQUET-ANGER M.-L., Santé et Constitution : l'exemple français, *RDSS* 2013, hors-série *Constitutions et santé*, p. 127.

A. Limites inhérentes au mode d'exercice du médecin

73. On doit ici distinguer des limites spécifiques selon que le médecin est un praticien en établissement public de santé ou qu'il exerce une activité libérale.

Le malade qui consulte ou est hospitalisé dans un établissement public de santé est un usager du service public, placé en situation légale et réglementaire de droit public³³⁷. Les praticiens hospitaliers sont pour leur part des agents publics, également placés en situation légale et réglementaire de droit public. La qualification contractuelle de la relation unissant le praticien hospitalier au malade pris en charge dans un établissement public de santé est donc exclue³³⁸, et l'on conçoit dès lors que le principe de libre choix puisse en être affecté. A cet égard, les professeurs SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT estimaient dans leur *Traité de droit médical* que l'absence de choix du médecin hospitalier par le patient serait l'élément déterminant faisant obstacle à l'application du modèle contractuel à la relation de soins³³⁹. La loi hospitalière du 31 décembre 1970, déjà évoquée, a cependant garanti au patient non seulement le libre choix de son praticien mais également de son établissement de soins. Ce droit est confirmé par la loi *Kouchner* à l'article L.1110-8 CSP, dont l'alinéa 2 énonce les conditions dans lesquelles des limitations au principe peuvent être introduites par les différents régimes de protection sociale. Ces limitations peuvent tenir aux capacités techniques des établissements, à leur mode de tarification, ainsi qu'aux critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux. L'article 9 du décret du 14 janvier 1974³⁴⁰ désormais codifié³⁴¹ à l'article R.1112-17 CSP dispose en outre que dans les disciplines qui comportent plusieurs services, les malades ont, sauf cas d'urgence, et compte tenu des possibilités en lits, le libre choix du service dans lequel ils désirent être admis. Ici encore, le critère d'urgence autorise la dérogation au principe. Le Conseil d'Etat a ainsi admis qu'en cas d'urgence médicale, le choix d'un psychiatre ou d'un établissement de santé par l'équipe médicale du

³³⁷ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n°308 ; LEMOYNE DE FORGES J.-M., SEUVIC J.-F., *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, 1993, p. 179 ; LEMOYNE DE FORGES J.-M., *Le statut du malade à l'hôpital public*, *RTD sanit. soc.* 1974, p. 163.

³³⁸ CE, 30 mars 1984, n°24621, *Lebon*, p. 142 : « les personnes admises dans les services des hôpitaux et hospices publics ne sont pas placées dans une situation contractuelle vis-à-vis de ces établissements » ; CE, 11 janv. 1991, n°93348, *AJDA* 1991, p. 479, obs. X. Prétot ; D. 1992, somm. p. 147, obs. P. Bon et S. Terneyre ; *RDSS* 1991, p. 269, concl. P. Hubert.

³³⁹ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, n°502.

³⁴⁰ Décret n°74-27 du 14 janv. 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et hôpitaux locaux, *JORF* du 16 janv. 1974, p. 603.

³⁴¹ Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique, *JORF* du 27 mai 2003, p. 37006.

service des urgences ne portait pas d'atteinte illégale au principe du libre choix du médecin et de l'établissement de santé par le patient³⁴². On déduit également de l'ensemble de ces dispositions que la limitation du libre choix ne peut se justifier que par la capacité d'accueil de l'établissement (capacité technique et autorisations) et par le mode de tarification des soins d'une part, ainsi qu'en fonction des compétences médicales et du niveau de spécialisation requis par l'état de santé du patient d'autre part. On en déduit enfin que le droit à l'admission n'est soumis à aucune condition de résidence³⁴³.

74. Une précision doit être apportée à ce sujet concernant l'hospitalisation en psychiatrie, qui répond depuis 1960³⁴⁴ à une organisation spécifique³⁴⁵ aux termes de laquelle l'établissement psychiatrique doit desservir une aire géographique délimitée et proportionnée à son importance : le secteur³⁴⁶. Il résulte de la sectorisation psychiatrique que dans chaque département, les établissements de santé désignés pour dispenser des soins psychiatriques se voient attribuer une capacité d'accueil *ratione loci*. En fonction de l'adresse de son domicile, qui le rattache à un secteur, le patient sera hospitalisé dans l'établissement concerné, et au sein de cet établissement, au sein du service concerné selon une double compétence *ratione loci* et *ratione materiae* : secteurs « G » pour la psychiatrie générale (population de plus de seize ans) ; secteurs « I » pour la psychiatrie infanto-juvénile. Cette organisation semble *a priori* en contradiction avec le principe du libre choix de l'établissement et, au sein de l'établissement, au libre choix du service d'hospitalisation puisque les services d'un établissement de santé mentale ne relèvent que d'une seule et même discipline : la psychiatrie. L'article L.3211-1 CSP corrige cette apparente différence de traitement à l'égard des personnes atteintes de troubles mentaux en leur garantissant le droit – qui peut aussi être exercé par leur famille – de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale de son choix, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence³⁴⁷. Bien évidemment, dans le cas spécifique de la maladie mentale, l'altération du discernement de la personne qui peut justifier des mesures de soins psychiatriques sans consentement, obère

³⁴² CE, 21 oct. 1998, n°189285, *D.* 1998, p. 255.

³⁴³ DUPONT M., *op. cit.*, p. 764.

³⁴⁴ Circulaire du 15 mars 1960 relative au programme d'organisation et d'équipement des départements en matière de lutte contre les maladies mentales.

³⁴⁵ V. sur ce sujet : ROCHE P., *L'organisation administrative de la psychiatrie en France*, Thèse Montpellier 1, 2011.

³⁴⁶ V. sur la sectorisation psychiatrique : COLDEFY M., LE FUR Ph., LUCAS-GABRIELLI V., MOUSQUES J., Cinquante ans de sectorisation psychiatrique en France : des inégalités persistantes de moyens et d'organisation, *Questions d'économie de la santé* 2009, n°145.

³⁴⁷ V. sur ce sujet HAZIF-THOMAS C., *La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques*, Thèse Rennes 1, 2016.

l'exercice de ce droit. Du fait de l'atteinte du discernement, mais également du fait de l'habilitation des établissements à recevoir des personnes faisant l'objet de tels soins³⁴⁸.

75. Reste que l'usager d'un établissement public de santé ne dispose pas *stricto sensu*, au sein de l'établissement et, le cas échéant, du service qu'il a choisi, du libre choix de son praticien. Deux exceptions doivent être mentionnées : le cas très particulier du régime dit de la clinique ouverte³⁴⁹, et celui, plus répandu, du secteur libéral des praticiens hospitaliers. Sous réserve des conditions visées aux articles L.6154-1 CSP et suivants, les praticiens hospitaliers exerçant à temps plein sont en effet autorisés à pratiquer, en sus de leurs obligations de service, une activité libérale qui peut comprendre des consultations, des actes et des soins en hospitalisation. Ce régime particulier, destiné à améliorer l'attractivité des emplois de praticien hospitalier, constitue effectivement pour le patient une liberté de choix, mais il le place vis-à-vis de ce médecin, dans une situation contractuelle de droit privé. En dehors de ces deux régimes particuliers, c'est au titre des devoirs d'humanité qui incombent à tout médecin, et au bénéfice de la relation de confiance qui doit unir le patient à son thérapeute, que le libre choix du praticien au sein de l'équipe hospitalière doit pouvoir être envisagé. C'est le sens des dispositions de la circulaire du 2 février 2005, qui n'envisage l'exercice du droit au libre choix que par le patient lui-même, et non par sa personne de confiance, un parent ou un proche³⁵⁰. Cette possibilité est cependant soumise aux impératifs tenant à la sécurité, à l'organisation du service hospitalier et de la permanence des soins. Elle trouve notamment ses limites dans l'expression des convictions religieuses de certains patients, par exemple en ce qui concerne le refus de certaines femmes – ou de leurs proches – de recevoir des soins de la part d'agents masculins. Le rapport *Stasi* rapporte ainsi des refus de maris ou de pères de voir leurs épouses ou leurs filles soignées ou accouchées par des médecins de sexe masculin³⁵¹. A cet égard, la charte de la personne hospitalisée précise que l'expression des convictions religieuses ne doit porter atteinte ni au fonctionnement du service, ni à la qualité des soins, ni aux règles d'hygiène, ni à la tranquillité des autres personnes hospitalisées ou de leur proches³⁵². Selon la circulaire du 2 février 2005, le principe de libre choix ne permet pas que

³⁴⁸ CSP. art. L.3222-1.

³⁴⁹ V. sur ce sujet MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n°312.

³⁵⁰ Circulaire DHOS/G n°2005-57 du 2 févr. 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé, NOR : SANH0530037C.

³⁵¹ COMMISSION DE REFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITE DANS LA REPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République*, 2003, p. 42.

³⁵² MINISTERE DE LA SANTE ET DES SOLIDARITES. *Charte de la personne hospitalisée*, 27 juill. 2015, p. 14.

le patient puisse s'opposer à ce qu'un membre de l'équipe soignante procède à un acte de diagnostic ou de soins pour des motifs tirés de la religion connues ou supposée de ce dernier. Pour autant, le refus d'une femme de se faire soigner par un médecin masculin, fut-ce pour un motif religieux sous-jacent, peut s'analyser comme l'exercice du droit de choisir un médecin féminin, conformément aux dispositions de l'article L.1110-8 CSP, al. 1^{er}. Il n'en demeure pas moins que ce droit ne peut s'exercer que dans les limites précédemment citées. Dans le cas contraire, si le patient persiste à refuser les soins proposés, la sortie peut être prononcée par le directeur³⁵³. Une telle décision est exclue en cas d'urgence médicalement constatée. Ainsi la cour administrative d'appel de Lyon a-t-elle considéré que les graves séquelles neurologiques de l'enfant étaient totalement imputables à l'attitude au père qui, invoquant ses convictions religieuses, s'était pendant 30 minutes physiquement opposé à toute présence masculine dans la salle d'accouchement, notamment des médecins obstétriciens et anesthésistes, qui aurait permis de constater l'anoxie fœtale et de prévenir les complications par la réalisation d'une césarienne³⁵⁴.

76. Les situations à même de menacer le principe de libre choix dans le cadre de la médecine libérale sont d'une toute autre nature, et concernent essentiellement l'organisation de l'exercice médical libéral. Ces situations sont celles dans lesquelles le médecin participant à la relation médicale pré existante, basée sur la confiance réciproque et expression du libre choix du patient, se trouve substitué par un confrère. Sont ici visées la cession de clientèle, les clauses d'exclusivité, le remplacement et la collaboration.

77. Le principe de libre choix étant d'ordre public, les conventions relatives à la cession d'une clientèle médicale par un médecin ont longtemps été considérées comme illicites par la jurisprudence. La Cour de cassation considérait qu'une convention n'était pas illicite par cela seul qu'elle était relative à une clientèle médicale, et que les avantages pécuniaires tirés de la présentation d'un successeur à la clientèle avaient une valeur patrimoniale. Pour autant, elle considérait comme nulle la clause prévoyant le rachat d'une clientèle, la clientèle médicale étant personnelle, et de ce fait incessible et hors du commerce³⁵⁵. La confiance placée dans le médecin par son patient, élément attractif de la clientèle selon la doctrine civiliste, ne peut

³⁵³ CSP, art. R.1112-43.

³⁵⁴ CAA Lyon, 10 juin 2008, n°05LY01218, *JCP* A 2009, 2083, note S. Renard. Par ailleurs, l'hôpital n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité en ne faisant pas appel immédiatement aux forces de police pour expulser le père.

³⁵⁵ Civ. 1^{re}, 23 janv. 1968, *D.* 1969, p. 117, note R. Savatier.

effectivement être cédée. La Haute juridiction judiciaire a infléchi³⁵⁶ sa position en 2000, en admettant que si la cession d'une clientèle médicale n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient³⁵⁷, le respect de ce libre choix par la convention étant laissé à l'appréciation des juges du fond³⁵⁸. On peut dans ces conditions s'interroger sur la réalité de la cession, dans la mesure où le cessionnaire n'a pas acquis de droits du cédant à l'égard du patient, celui-ci étant libre de refuser de poursuivre la relation médicale.

La problématique de la cession de clientèle médicale au regard du principe de libre choix se rapproche de celle des clauses d'exclusivité consenties par les établissements privés aux médecins exerçant en leur sein. La Cour de cassation admet que de telles clauses ne portent pas atteinte au libre choix du médecin, dès lors que les malades ont fait ce choix avant l'hospitalisation³⁵⁹. Elle considère également que le choix du patient, principe impératif posé à l'article L.1110-8 CSP, s'exprime non seulement sur celui du médecin, mais aussi sur celui de l'établissement de santé³⁶⁰. Le principe de libre choix confère donc une certaine relativité à l'exclusivité contractuellement convenue. Elle constitue pourtant un avantage bien réel, puisqu'elle s'oppose à ce que l'établissement débiteur puisse autoriser un autre praticien à exercer en son sein, de manière habituelle et dans les mêmes conditions, la même activité que son bénéficiaire³⁶¹.

78. La remise en question du principe de libre choix peut également résulter d'un remplacement du médecin, qui consiste en la substitution du médecin librement choisi par le patient pour nouer la relation médicale, par un autre médecin, choisi par son confrère et non par le patient. Le code de déontologie médicale prévoit que le remplacement ne peut être que temporaire³⁶², et que le remplacement terminé, le remplaçant doit cesser toute activité s'y rapportant et transmettre les informations nécessaires à la continuité des soins³⁶³. Cette exigence de limitation du remplacement dans le temps ne doit cependant masquer l'étendue des prérogatives du médecin remplaçant durant cette période. La jurisprudence considère en

³⁵⁶ Pour un avis plus mesuré sur l'infléchissement : SERRA Y., L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude, *D.* 2001, p. 2295.

³⁵⁷ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n°98-17.731, *JCP E* 2001, II, p. 419, note G. Loiseau ; *ibid.*, I, p. 301, obs. J. Rochfeld ; *JCP G* 2001, II, n°10452, note F. Violla ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. J. Mestre et B. Farges ; *ibid.*, p. 167, obs. T. Revet ; *D.* 2000, IR, p. 290 ; *ibid.* 2001, p. 2400, note Y. Auguet ; *ibid.*, p. 2295, chron. Y. Serra ; *RDS* 2001, p. 317, note G. Mémeteau ; *Defrénois* 2001, p. 431, note R. Libchaber.

³⁵⁸ PENNEAU J., Le respect, par la convention, du libre choix du médecin par le patient est laissé à l'appréciation des juges du fond, *D.* 2001, p. 3081.

³⁵⁹ Civ. 1^{re}, 3 nov. 1988, n°86-15.369.

³⁶⁰ Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n°05-20.564.

³⁶¹ PENNEAU J., *D.* 2006, pan. p. 689.

³⁶² CSP, art. R.4127-65.

³⁶³ CSP, art. R.4127-66.

effet que le remplaçant a la qualité de médecin traitant vis-à-vis des malades du médecin remplacé et accomplit valablement tous les actes de sa profession³⁶⁴. Certes, le patient qui se voit imposer un médecin remplaçant conserve la possibilité d'exercer son droit au libre choix en refusant de nouer une relation médicale avec ce médecin. Encore faut-il qu'il ait été informé du remplacement, et ce dans un délai de réflexion compatible avec la possibilité d'un choix réel. On peut penser que dans de telles conditions, la demande de soins conjuguée à la surprise du remplacement soient de nature à compromettre l'effectivité d'un tel choix.

79. Il convient enfin d'aborder les limitations à l'exercice du libre choix qui peuvent naître au sein d'un cabinet médical comprenant le médecin titulaire et son³⁶⁵ collaborateur libéral. L'article 18 de la loi du 2 août 2005 dispose en effet que les membres des professions libérales soumises à statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé³⁶⁶ peuvent exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral³⁶⁷ ; cette possibilité est offerte aux médecins³⁶⁸. Le dispositif législatif prévoit que le collaborateur libéral exerce son activité professionnelle en toute indépendance, sans lien de subordination, et qu'il peut se constituer une clientèle personnelle. La doctrine³⁶⁹ a souligné les faiblesses du dispositif concernant l'indétermination légale de la clientèle du collaborateur. Il revient en effet au médecin collaborateur de soigner ses propres patients, mais également les patients du titulaire du cabinet. Comment dès lors concilier l'affectation – et selon quels critères ? – de tel patient « du titulaire » à la consultation de l'un ou l'autre des médecins, avec le principe de libre choix ? D. JACOTOT s'interroge sur le point de savoir si le pouvoir attractif de la clientèle médicale s'ancre dans la personnalisation de la relation *intuitu personae* ou s'explique par le plateau technique ou encore par des facteurs subjectifs propres au patient lui-même³⁷⁰. En dehors des actes médicaux à forte composante technique, la nécessité d'une relation médicale basée sur la confiance nous fait opter sans hésitation pour la première branche de l'alternative.

³⁶⁴ Soc., 19 nov. 1981, n°80-14.673.

³⁶⁵ CE, 11 oct. 2010, n°330296, *AJDA* 2010, p. 2335.

³⁶⁶ À l'exception des professions d'officiers publics ou ministériels, des commissaires aux comptes et des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises.

³⁶⁷ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* du 3 août 2005, p. 12639.

³⁶⁸ VIENNOIS J.-P., Le médecin collaborateur libéral, *JCP G* 2005, I, 198.

³⁶⁹ JACOTOT D., Le nouveau mode d'exercice d'une profession de santé : le contrat de collaboration libérale, *RDSS* 2006, p. 485.

³⁷⁰ *Ibid.*

Si le libre choix du praticien d'exercice libéral connaît donc des limitations inhérentes à l'organisation de ce mode d'exercice, c'est également dans ce champ de la pratique médicale que se sont développées, du fait des contraintes financières imposées à l'Assurance maladie, de nouvelles limites.

B. Limites justifiées pour des motifs économiques

80. L'organisation du système sanitaire français, qui offre la possibilité d'un accès direct à tout professionnel ou établissement de santé, et la consécration du principe de libre choix du médecin par le patient n'excluent pas la possibilité d'un dévoiement de l'usage du système. Ce comportement parfois qualifié de « nomadisme médical » peut s'avérer extrêmement péjoratif pour la pérennité du système d'assurance maladie dans la mesure où si les médecins sont bien, via leurs prescriptions, ordonnateurs de dépenses de santé, le simple fait, pour le patient, de solliciter le système de santé, génère par lui-même une dépense, quelle que soit la réponse qui lui sera apportée. La question du libre choix rejoint ici celle du libre accès. Les travaux scientifiques consacrés à l'étude du nomadisme médical sont rares et relativement anciens. Ils tendent cependant à montrer que si le phénomène est réel, les changements volontaires de médecin sont rares. Sauf cas de force majeure, le patient consulte généralement « son » médecin, ce que la doctrine économique a pu qualifier d'affiliation cognitive, par opposition à une affiliation administrative³⁷¹. Reste que le principe d'équilibre financier de la sécurité sociale s'est vu conférer une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel en 1997³⁷², et que le législateur a entendu responsabiliser les usagers du système de santé en affirmant que les droits qui leurs sont reconnus s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose³⁷³. Le code de la sécurité sociale dispose de surcroît, concernant les assurés sociaux, que chacun contribue, pour sa part, au bon usage des ressources consacrées par la Nation à l'assurance maladie³⁷⁴. La liberté de l'usager du système de santé et de l'assuré social a donc pour

³⁷¹ ABECASSIS P., BATIFOULIER P., GANNON F., HAAG A., *Nomadisme médical et médecin de référence : une modélisation de la dynamique de choix des patients*, Premier colloque international des économistes de la Santé, Paris Dauphine, 2000.

³⁷² V. sur ce sujet : PELLET R., Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne, *RDSS* 2013, hors-série *Constitutions et santé*, p. 85.

³⁷³ CSP, art. L.1111-1.

³⁷⁴ CSS, art. L.111-2-1, al. 5.

corollaire – comme celle du médecin – une responsabilité. Si le principe reste celui du libre choix, c'est au titre de cette responsabilité collective que des aménagements au principe ont été consentis par les médecins et les assurés sociaux dans le cadre conventionnel.

81. Il convient tout d'abord d'envisager l'atteinte au principe de libre choix selon les honoraires pratiqués par le médecin. Le code de déontologie médicale contraint les médecins à déterminer leurs honoraires avec tact et mesure, dans le respect de la réglementation en vigueur, en tenant compte des actes réalisés ou de circonstances particulières. Le médecin doit de surcroît répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou sur le coût d'un traitement³⁷⁵. Cette latitude du médecin en matière d'honoraires est limitée par les stipulations de la convention médicale. Les médecins conventionnés de secteur 1 appliquent le tarif conventionnel. Un dépassement d'honoraires – non remboursé – n'est autorisé que dans deux situations : en cas de circonstances exceptionnelles de temps ou de lieu dues à une exigence particulière du patient, non liée à un motif médical ; en cas de soins non coordonnés, au sens de la convention (*cf. infra*). Les médecins conventionnés de secteur 2 pratiquent des honoraires libres, dont le montant du dépassement n'est pas remboursé par l'Assurance maladie³⁷⁶. Les médecins peuvent enfin choisir d'exercer en dehors du système conventionnel (secteur 3) ; cette pratique est aujourd'hui marginale et concerne moins de 1% des médecins libéraux³⁷⁷. Tous les médecins sont pour autant soumis au principe du respect du tact et de la mesure dans la détermination de leurs honoraires, y compris les médecins non conventionnés³⁷⁸. L'Ordre des médecins a précisé les critères qui peuvent permettre au médecin de mesurer et de justifier le tarif des honoraires demandés. Au titre des critères dits « directs », l'Ordre retient le temps passé et la complexité de l'acte ; au titre des critères dits « seconds », les capacités financières du patient et la notoriété du praticien³⁷⁹. Les syndicats médicaux ont à plusieurs reprises contesté les dispositions conventionnelles – en fait leur approbation par voie d'arrêté ministériel –, notamment en ce

³⁷⁵ CSP, art. R.4127-53.

³⁷⁶ Les médecins conventionnés peuvent adhérer depuis 2013 à un contrat d'accès aux soins, par lequel ils s'engagent volontairement à geler leur tarifs pendant trois ans, à ne pas pratiquer de taux de dépassement d'honoraires supérieurs à 100%, et à appliquer le tarif opposable sur une partie de leurs consultations. En contrepartie, ils bénéficient d'une prise en charge partielle de leurs cotisations, tandis que leurs patients sont remboursés sur une base supérieure au tarif conventionnel.

³⁷⁷ Selon le CISS : <http://www.leciss.org/sites/default/files/44-Exercice%20liberal%20medecine-fiche-CISS.pdf>.

³⁷⁸ CE, 28 avr. 2004, n°254726.

³⁷⁹ MERCAT F.-X., *Tact mesure dans la fixation des honoraires*, Rapport CNOM 1998.

qu'elles porteraient atteinte, du fait de l'opposabilité des tarifs, au principe de libre choix. Le Conseil d'Etat n'a pas jugé ce grief fondé³⁸⁰, et l'on ne peut qu'approuver ce choix tant, au contraire, la maîtrise des honoraires permise par la convention constitue un outil au service du principe du libre choix, entendu comme un droit du patient dont le médecin est l'un des garants. La protection de ce droit par la convention n'est toutefois pas sans limites, dans la mesure où les modalités de remboursement – ou de non remboursement pour le secteur 3 – des frais de soins de santé peuvent décourager le patient de s'adresser à un médecin. Ce peut être le cas lorsque sur une même zone géographique, l'ensemble des médecins relève du secteur 2, voire ne sont pas conventionnés, ainsi qu'il a pu être constaté dans certaines grandes agglomérations. Le Conseil d'Etat s'est montré vigilant sur cette question en annulant la décision du Conseil national de l'Ordre qui infirmait l'exemption d'obligation de garde d'un médecin non conventionné accordée par le conseil départemental³⁸¹. La haute juridiction a suivi les conclusions du commissaire du gouvernement qui estimait que si le patient pouvait exercer son libre choix au quotidien en choisissant un médecin conventionné ou non conventionné, la situation était différente lors des périodes de garde (nuits, dimanches, jours fériés). Le nombre de médecins de garde étant nécessairement réduit, un patient ne doit pas être empêché ou dissuadé de consulter pour des raisons financières, au nom du respect de la qualité des soins et du principe de libre choix du médecin.

82. La liberté de libre choix, garantie par les stipulations de la convention et par les dispositions législatives déjà discutées, n'est cependant pas sans conditions. Afin de favoriser la coordination et l'efficacité des soins, la loi³⁸² et la convention³⁸³ ont organisé le dispositif de parcours de soins coordonnés, dont le pivot est le médecin traitant. Tout assuré ou ayant droit âgé de seize ans ou plus doit communiquer à son organisme d'assurance maladie d'affiliation, le nom du médecin traitant qu'il a choisi, avec l'accord de celui-ci. Pour les ayants droit âgés de moins de seize ans, le choix du médecin traitant est effectué par l'un au moins des deux parents ou le titulaire de l'autorité parentale. Le médecin traitant peut être un

³⁸⁰ CE, 17 nov. 1982 ; n°27574 ; CE, 30 nov. 2005, n°278291 ; V. également : PRETOT X., La convention nationale des médecins de 2005 et l'accès au secteur des honoraires libres, *Dr. soc.* 2011, p. 829.

³⁸¹ CE, 18 oct. 2002, n°222544, *RDSS* 2003, p. 38, concl. R. Schwartz.

³⁸² Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JORF* du 17 août 2004, p. 14598, rect. *JORF* du 27 nov. 2004, p. 20151.

³⁸³ Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 12 janvier 2005 ; Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011, art. 12.

généraliste ou un spécialiste ; il peut être un médecin hospitalier, libéral ou salarié d'un centre de santé. Les médecins exerçant la même spécialité au sein d'un même cabinet médical ou dans un centre de santé peuvent être conjointement désignés médecins traitants³⁸⁴. Dans le cadre du parcours de soins coordonnés, le patient est financièrement incité à consulter en première intention son médecin traitant, qui pourra au besoin l'orienter vers un médecin correspondant d'une autre spécialité³⁸⁵. L'incitation financière réside dans le moindre remboursement des frais de soins de santé en cas de non désignation d'un médecin traitant, ou en cas de consultation d'un autre médecin sans prescription. Les médecins relevant de certaines spécialités³⁸⁶ et pour des actes précisés (soins de première intention) peuvent cependant être consultés sans consultation préalable du médecin traitant tout en restant dans le parcours de soins et être rémunérés comme tels³⁸⁷. Ce dispositif fait du médecin traitant un *gate keeper* – littéralement, un garde-barrière – à la française, librement inspiré du schéma britannique, dont il se distingue toutefois par plusieurs aspects³⁸⁸. Au Royaume-Uni, la consultation chez un médecin généraliste constitue un passage obligé, ce qui n'est pas le cas dans le parcours de soins coordonnés, le médecin traitant n'étant par ailleurs pas nécessairement un médecin généraliste. Par ailleurs, dans le système britannique, toute personne est tenue de s'inscrire chez un généraliste, payé en fonction du nombre de ses patients (« à la capitation »), qui la soigne gratuitement et l'oriente si nécessaire vers un spécialiste ou un hôpital. Le système français reste attaché au principe de libre choix dans la mesure où le parcours de soins coordonnés consiste en fait à réduire le libre accès aux professionnels et établissements de santé via l'institution de pénalités financières concernant le remboursement des actes réalisés hors parcours. En témoigne le fait que le patient est libre de choisir son médecin traitant, et libre d'en changer à tout moment, à la condition d'en aviser son organisme de sécurité sociale.

83. La désignation d'un médecin traitant dans le cadre du parcours de soins coordonnés doit être distinguée de celle d'un médecin référent. Les assurés sociaux ont en effet la possibilité

³⁸⁴ CSS, art. L.162-5-3.

³⁸⁵ REBECQ G., Le choix du médecin traitant et le principe d'exercice exclusif de la spécialité, *RDSS* 2005, p. 602.

³⁸⁶ Gynécologie, ophtalmologie, stomatologie, psychiatrie.

³⁸⁷ Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011, art. 14.

³⁸⁸ COUR DES COMPTES, *Le médecin traitant et le parcours de soins coordonnés : une réforme inaboutie*, in : Rapport public annuel 2013, févr. 2013, p. 191.

de désigner un médecin référent, lequel a adhéré à une option conventionnelle aux termes de laquelle il s'engage à pratiquer les tarifs conventionnels et à limiter son activité à 7500 actes annuels (consultations et visites). Il s'agit donc avant tout d'un engagement du médecin vis à vis des organismes de sécurité sociale ; pour autant, les patients qui font le choix de désigner un médecin référent bénéficient d'une dispense d'avance des frais de soins de santé³⁸⁹, ce qui peut être considéré comme particulièrement attractif. Le médecin référent peut être parallèlement désigné comme médecin traitant au sens de l'article L.162-5-3 CSS ; mais si le médecin traitant désigné est différent du médecin référent, les avantages liés à l'option conventionnelle sont perdus, tant pour le médecin que pour le patient. Ce dispositif a pu être considéré comme attentatoire au principe de libre choix du fait du retrait de la dispense d'avance de frais en cas de consultation d'un autre médecin³⁹⁰. Le Conseil d'Etat a cependant validé le système dit de l'option conventionnelle dans la mesure où les patients choisissent librement leur médecin référent, et que leur engagement, souscrit en principe pour une durée d'un an renouvelable, n'a pas de caractère irrévocable³⁹¹.

84. Le tempérament du principe de libre choix pour des motifs économiques relève en définitive davantage d'une modulation du libre accès aux professionnels et établissements de santé, justifiée par la responsabilité qui incombe aux assurés sociaux de contribuer à la pérennité du système de protection sociale. Pour contraignante qu'elle paraisse, elle a régulièrement été confirmée par le Conseil d'Etat, qui n'y a pas vu d'atteinte illégale au principe de libre choix.

Le contrôle de l'accès aux soins, leur organisation en parcours dans un souci de coordination et d'orientation adéquate, si elle se justifie d'abord pour des raisons économiques, paraît également contribuer au respect des droits de la personne malade. La garantie du libre choix ne doit pas conduire à l'abandon ou au délaissement du malade.

³⁸⁹ CSS, art. L.861-3.

³⁹⁰ HARICHAUX M., *Contrat médical et option conventionnelle*, *RGDM* 1999, p. 71.

³⁹¹ CE, 14 avr. 1999, n°202605 et n°203623, *RFDA* 1999, concl. C. Maugué ; *RDSS* 1999, note L. Dubouis.

Conclusion du Chapitre 1

85. La décision qui précède la réalisation d'un acte médical de soin, de diagnostic ou de traitement suppose l'existence préalable d'une relation médicale. La relation médicale naît de la rencontre entre une demande de soins et une offre de soins, qui sont l'une comme l'autre l'expression d'une liberté.

La liberté du médecin dans l'établissement ou la poursuite de la relation médicale est bornée. Dans l'acceptation de soigner, elle est limitée par l'identification d'une nécessité médicale et par la proscription de l'obstination déraisonnable, compte tenu de ses compétences et dans le souci de la meilleure utilisation des ressources des assurés sociaux. Dans le refus de soigner, elle est limitée par la prohibition d'un refus discriminatoire et le devoir d'assistance qui concernent le médecin en tant que citoyen et professionnel. L'espace de liberté ainsi défini s'avère *in fine* réduit pour le médecin. Par le jeu de la hiérarchie des normes plaçant les droits de la personne malade au-dessus de la règle déontologique médicale, les exigences personnelles ou professionnelles qui lui permettent de se récuser doivent être déterminantes pour la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins. C'est donc bien au bénéfice du seul malade que semble être envisagé cet espace de liberté. Demeure la possibilité de l'objection d'une clause de conscience, dont il convient d'admettre la valeur constitutionnelle, mais dont le champ d'application demeure restreint. Enfin, si le caractère pluriel du refus de soin par le médecin a été constaté par la doctrine, son étude systématique révèle deux frontières intangibles : l'urgence et la continuité des soins, qui témoignent, elles aussi, de ce que cette liberté offerte au médecin se justifie bien par l'intérêt du malade.

La liberté du patient dans l'établissement ou la continuation de la relation médicale est initialement issue des revendications médicales syndicales à l'égard des organismes d'assurances sociales. Elle semble donc prendre sa source dans les conditions de l'exercice médical traditionnel français, libéral par essence, et perdure dans la législation sociale selon cette acception. Erigée en principe d'ordre public, puis en principe général du droit, sa consécration par la législation sanitaire lui confère la valeur de principe fondamental, sans que la jurisprudence constitutionnelle n'en affirme la valeur constitutionnelle : le libre choix est un droit du patient, dont le médecin doit être garant. Il est par ailleurs reconnu par le droit communautaire, qui a organisé sa mise en œuvre via la jurisprudence de la CJCE puis par la directive *Soins transfrontaliers*. L'analyse des atteintes au principe de libre choix retient en premier lieu le mode d'exercice du praticien. L'organisation du service hospitalier et

notamment les contraintes de continuité, de permanence et de sécurité, demeure incompatible avec l'exercice absolu de ce droit. En matière d'exercice libéral, si la cession de clientèle ne semble pas être attentatoire au principe, dans les limites d'une offre de soins alternative équivalente sur un territoire donné, le remplacement du médecin constitue une substitution non consentie ; les clauses d'exclusivité consenties par les cliniques constituent enfin un avantage réel du point de vue du médecin, mais contraignent le choix du patient. Il convient de considérer en second lieu les limitations de la liberté de choix par des motifs économiques. Les dispositions conventionnelles ont pu être considérées par certains comme contraires au principe de libre choix. Si le juge administratif a estimé que l'opposabilité des tarifs n'était pas incompatible avec le principe de libre choix, nous estimons même qu'elle en constitue une garantie, dans les limites d'une offre de soins qui ne se résumerait pas à des praticiens en secteur 2 ou non conventionnés ; la question rejoint celle de la liberté d'installation que nous ne traitons pas ici. L'analyse des dispositifs conventionnels révèle en fait une organisation de l'accès aux professionnels et établissements de santé plus qu'une remise en cause du principe de libre choix.

Les conditions d'établissement de la relation médicale étant posées, on ne saurait toutefois établir de hiérarchie entre les libertés respectives du médecin et du patient. Si l'on admet que la relation médicale doit être fondée sur la confiance, elle suppose, pour l'un comme pour l'autre, d'accepter une part d'abandon. C'est donc dans la création de la relation médicale, préalable à la procédure de décision médicale, que semble se manifester en premier lieu l'expression de la volonté de ses protagonistes, pour créer le pacte de soins basé sur la confiance pensé par P. RICŒUR³⁹². La relation étant nouée, il convient alors de s'interroger sur leur aptitude à la décision.

³⁹² RICŒUR P., Préface au *Code de déontologie médicale*, Seuil, 1996, p. 11.

Chapitre 2 : L'aptitude à la décision

86. L'analyse systématique de la procédure de décision médicale impose d'en définir l'auteur avant d'en apprécier les modalités de contrôle. Si la relation médicale procède de la rencontre des volontés du médecin et du patient, il en est de même du processus de décision. Ainsi l'article L.1111-4, alinéa premier du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 dispose-t-il que toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. La lettre de la loi oriente vers l'hypothèse d'une codécision du patient et du médecin, quand l'esprit qui a présidé à sa rédaction s'inscrivait dans une perspective autonomiste, venant se substituer au paternalisme médical dénoncé de longue date. L'hypothèse de la codécision mérite cependant d'être explicitée et discutée, puisque la licéité de l'acte médical repose sur la condition du consentement du patient, lui-même subordonné à la nécessité médicale, aux termes de l'article 16-3 du code civil. Or consentement et volonté ne peuvent se réduire l'un à l'autre³⁹³. La détermination de l'auteur de la décision médicale repose dès lors sur l'analyse de l'aptitude respective du patient (Section 1) et du médecin (Section 2) à la décision.

Section 1 : L'aptitude du patient à la décision

87. La rédaction actuelle de l'alinéa premier de l'article L.1111-4, illustre le vœu du législateur de consacrer le respect de l'autonomie de la décision du patient, et fait de lui un décideur en droit (§1). La confrontation du droit à la réalité de la pratique médicale justifie toutefois de tempérer l'effectivité du principe de codécision, et replace la question du consentement au cœur de la décision médicale (§2).

§1. Un décideur en droit

88. Le passage d'une éthique médicale téléologique, fondée sur la bienfaisance, à une éthique médicale de type déontologique, mettant au premier plan le principe du respect des personnes

³⁹³ FRISON-ROCHE M.-A., Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* 1995, p. 573.

tenues pour des sujets moraux autonomes³⁹⁴, se manifeste en droit positif par la consécration législative du principe de codécision (A). Le patient se trouve placé en position de décideur, ce qui inclut pour lui, de manière corollaire, la faculté de refuser les soins qui lui sont proposés (B).

A. Principe de la codécision

89. La doctrine philosophique et politiste s'accorde à envisager la relation unissant le médecin à son patient selon deux modèles. Modèle traditionnel de la relation médicale en France, le modèle téléologique est fondé sur le principe de bienfaisance, qui prend acte de l'asymétrie *de facto* de la relation médecin-patient. Le patient étant placé en situation de faiblesse, le médecin serait tenu par une obligation morale de se substituer à lui pour faire son bien³⁹⁵. Ce qui est aussi qualifié de modèle paternaliste trouve une justification principale d'ordre instrumental : d'une part le médecin est le plus compétent pour réaliser le bien être du patient ; d'autre part, celui-ci est inapte à prendre des décisions par lui-même du fait de son état de « malade », qui obère ses capacités de discernement, et de son incompétence technique³⁹⁶. Ce modèle s'oppose au modèle autonomiste ou de l'autodétermination qui prévaut dans les pays anglo-saxons de l'Europe du Nord et de l'Amérique du Nord. Le patient est ici considéré comme l'égal du médecin, pour lequel la valeur première n'est pas de faire le bien du patient mais de respecter sa liberté, sa dignité d'être autonome. Au contraire d'une vision unique du bien, l'approche autonomiste repose sur la liberté individuelle, non universaliste et pluraliste par nature³⁹⁷. Le patient est un sujet libéral, capable d'autodétermination, de choix, en mesure de définir ses objectifs et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre³⁹⁸. La figure du médecin s'en trouve modifiée : technicien de la médecine, il est un prestataire de services mettant en œuvre des choix négociés.

³⁹⁴ CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, rapport, n°58 du 12 juin 1998, p. 10.

³⁹⁵ RAMEIX S., *Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ?* In : LOUZOUN C., SALAS D., *Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique*, Erès, 1998, p. 66.

³⁹⁶ JAUNAIT A., *Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient*, *Raisons politiques* 2003/3, n°11, p. 59.

³⁹⁷ RAMEIX S., *op. cit.*

³⁹⁸ JAUNAIT A., *op. cit.*

90. Le paternalisme qui a longtemps caractérisé la relation médicale en France s'illustre notamment dans le code de déontologie médicale de 1947, dont l'article 30 disposait qu'après avoir établi un diagnostic ferme comportant une décision sérieuse, le médecin devait s'efforcer « d'imposer l'exécution de sa décision ». Le professeur PORTES, président de l'Ordre des médecins dès 1942, en a donné une illustration devenue célèbre, lorsqu'il affirmait que « tout patient est et doit être pour le médecin comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler non pas à abuser – un enfant à sauver ou simplement à guérir à travers l'inconnu des perspectives ; l'acte médical n'étant qu'une confiance [...] le consentement éclairé du malade à chaque étape de ce petit drame humain n'est en fait qu'une notion mythique »³⁹⁹. Une telle conception de la relation médecin-patient, qui détermine le bien être du patient conformément à l'objectivité médicale a été condamnée, en ce qu'elle était autoritaire – du fait de l'ingérence sur la personne d'autrui –, et non morale, considérant la personne soignée comme un être inférieur⁴⁰⁰. On ne peut que souscrire à cette analyse des excès de la morale téléologique, qui expliquent son évolution au cours de la seconde moitié du XX^e siècle.

Cette évolution est multifactorielle. Elle prend sa source, sur un plan sociologique, dans la diffusion du savoir et des connaissances au sein de la population, couplée à un désir d'autonomie et d'expression des opinions et des volontés. Elle témoigne également, en matière sanitaire, de deux phénomènes spécifiques. Le premier est celui de l'accroissement de l'espérance de vie, du fait des progrès techniques de l'art médical, qui a conduit à l'émergence de maladies chroniques. Là où un infarctus du myocarde se concluait par un décès, la pharmacologie et la cardiologie interventionnelle permettent une survie, mais au prix d'un traitement et d'une surveillance à vie. La prise en charge de ces pathologies chroniques a placé le patient au cœur de la prise en charge médicale (*patient-centered care*⁴⁰¹), dans la mesure où d'une part elles nécessitent sa participation active aux soins – c'est l'objet de l'éducation thérapeutique –, et d'autre part elles font intervenir de nombreux professionnels du champ sanitaire mais également social ou médico-social, selon une perspective qui dépasse le strict soin⁴⁰² (*chronic care model*⁴⁰³) ; ce qui a été schématisé par l'expression : *from cure*

³⁹⁹ PORTES L., Du consentement à l'acte médical, in : *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson/PUF 1964, p. 155.

⁴⁰⁰ JAUNAIT A., *op. cit.*

⁴⁰¹ Soins centrés sur le patient.

⁴⁰² WAGNER E.H., AUSTIN B.T., VON KORFF M., Organizing care for patients with chronic illness, *Milbank Q* 1996, 74(4), p.511 ; GORDON G.H., Care not cure: dialogues at the transition, *Patient education and counseling* 2003, 50, p. 95.

*to care*⁴⁰⁴. Plus encore, dans le cas des maladies chroniques, constate-t-on l'émergence de la notion de patient-expert, détenteur et créateur de savoirs⁴⁰⁵, puisque du fait de la connaissance particulière de sa propre maladie, il devient pour le médecin un véritable partenaire, lui permettant d'apprécier, par exemple, l'efficacité d'un traitement ou l'opportunité d'une prescription au regard de son expérience pathologique personnelle. Le deuxième phénomène est celui, également lié aux progrès des sciences du vivant, d'une aversion au risque en matière sanitaire constatée dans la population française au gré des « scandales » survenus depuis la seconde moitié des années quatre-vingt : sang contaminé, hormone de croissance ; plus récemment, prothèses mammaires défectueuses ou effets indésirables du benfluorex.

91. En sa qualité d'outil de régulation sociale, le droit s'est naturellement saisi de la question, qui a initialement été abordée sous l'angle du consentement aux soins ; consentement que S. RAMEIX qualifie de « contre-pouvoir à la technique »⁴⁰⁶. Dès 1942, la Cour de cassation considère dans son arrêt *Teyssier* qu'un chirurgien est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération, dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade⁴⁰⁷. Le principe du consentement à l'acte médical a ensuite été reconnu, tant par le droit international⁴⁰⁸ que par le droit interne. En droit interne, le code de déontologie amorce en 1979 un renversement des termes de l'ancien article 30, en précisant à son article 7 que « la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible ». Le principe est définitivement consacré par la création de l'article 16-3 du code civil en 1994, dont l'alinéa premier réaffirme le principe d'inviolabilité du corps humain – le *noli me tangere*⁴⁰⁹ fondamental –, et l'alinéa second énonce l'exigence du consentement

⁴⁰³ Modèle des soins chroniques, connu sous l'appellation « modèle de Wagner ».

⁴⁰⁴ *To cure* : soigner ; *to care* : prendre soin.

⁴⁰⁵ BOUDIER F., BENSEBAA F., JABLANCZY A., L'émergence du patient-expert : une perturbation innovante, *Innovations* 2012/3, n°39, p. 13.

⁴⁰⁶ RAMEIX S., *op. cit.*

⁴⁰⁷ Req., 28 janv. 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177 ; *DP* 1942, p. 63 ; V. également : CA Douai, 10 juill. 1946, *D.* 1946, p. 351.

⁴⁰⁸ DORSNER-DOLIVET A., Le consentement à l'acte médical : une liberté fondamentale en demi-teinte, *RFDA* 2003, p. 528, qui cite au titre des dispositions du droit international (de normativité non équivalente) : le Code de Nuremberg (1947), la Déclaration d'Helsinki (1964), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (dit Pacte de New-York, 1966), la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe (1994), la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (dite Convention d'Oviedo, 1997), et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000).

⁴⁰⁹ Jn, 20, 17.

préalable à l'acte médical. Le principe du consentement, découlant de l'inviolabilité du corps humain, est lié à celui de la dignité de la personne, dont le caractère constitutionnel est reconnu⁴¹⁰. Le code de déontologie s'y conforme en 1995 par la modification de son article 36, dont l'alinéa premier dispose désormais que le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.

La loi *Kouchner* s'inscrit à première vue dans ce mouvement jurisprudentiel, réglementaire et législatif quand elle dispose que le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix⁴¹¹. Une lecture attentive du texte révèle en fait une modification beaucoup plus profonde de la relation médecin-patient, désormais axée sur l'expression de la volonté du patient et non sur son consentement à l'acte médical. L'article L.1111-4 figure en effet en tête⁴¹² de la législation sanitaire française, dans un chapitre intitulé « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ». Outre la disposition citée ci-dessus, il dispose que toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Il s'agit là moins de consentir que de décider⁴¹³, ce qui constitue une véritable mutation juridique de la relation médecin-patient, qui place au cœur de la décision médicale la volonté du patient. On pourrait objecter que la qualification contractuelle issue de l'arrêt *Mercier* supposait que la relation médecin-patient était basée sur un accord de volonté. Pour autant, si tout contrat repose sur un accord de volonté, il n'en résulte pas nécessairement que tout accord de volonté s'analyse en un contrat⁴¹⁴. En matière médicale, la doctrine distingue l'accord initial créant le contrat médical, du consentement à l'acte médical en lui-même, parfois qualifié d'assentiment à l'acte médical⁴¹⁵ ou de consentement permissif⁴¹⁶. La Cour de cassation a ainsi admis que le contrat médical comporte « l'obligation pour le médecin de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après

⁴¹⁰ Cons. const., 27 juill.1994, n°94-343/344 DC, 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, *JCP* 1994, III, n°66974 bis ; *D.* 1995, p. 238, note B. Mathieu ; *RFDC* 1994, p. 799, note L. Favoreu.

⁴¹¹ CSP, art. L.1111-4, al. 2, devenu art. L.1111-4, al. 3 après la loi *Léonetti-Clayes*.

⁴¹² Chapitre 1^{er} du titre 1^{er} (Droits des personnes malades et des usagers du système de santé) du livre 1^{er} (Protection des personnes en matière de santé) de la 1^{ère} partie (Protection générale de la santé) du code de la santé publique.

⁴¹³ ROMAN D., Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? *RDSS* 2005, p. 423.

⁴¹⁴ DREIFUSS-NETTER F., Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ?, *RCA* 2002, n°10, chron. 17.

⁴¹⁵ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°497.

⁴¹⁶ PIN X., *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n°250.

avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade »⁴¹⁷. Il appert que cette analyse conforme à l'approche contractuelle de la relation médicale trouve cependant des limites. L'assentiment est de nature extracontractuelle puisque relevant d'une exigence inhérente au droit de chacun à la préservation de son intégrité corporelle⁴¹⁸, requis quel que soit le mode d'exercice du praticien (libéral, salarié, hospitalier), et pouvant être retiré à tout moment par le patient. Par ailleurs, si le consentement est, selon M.-A. FRISON-ROCHE, fils de la volonté, force est de constater avec cet auteur qu'ils se distinguent sur le plan psychologique : « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser par elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »⁴¹⁹. Le droit aurait donc consacré, avant la loi du 4 mars 2002, le principe d'une acceptation de l'acte médical en forme de soumission du patient au médecin selon le modèle paternaliste, davantage qu'une réelle expression de sa volonté de sujet autonome. Ce n'est en effet qu'à l'occasion du travail parlementaire qui aboutira à la loi du 4 mars 2002, qu'a été opérée la mutation vers une relation médicale rééquilibrée et basée sur plus d'autonomie. Le projet de loi prévoyait initialement la disposition suivante : « toute personne *prend*⁴²⁰, compte tenu des informations et préconisations des professionnels de santé, les décisions concernant sa santé », qui avait été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et plaçait le patient dans la position de seul décisionnaire, les professionnels de santé étant placés en situation de conseillers. Cette rédaction ne reçut pas l'assentiment de la commission des Affaires sociales du Sénat, qui estimait qu'elle ne paraissait pas adaptée à la spécificité de la relation médicale, et proposait d'adopter un amendement mettant l'accent sur le « caractère partagé de la décision médicale »⁴²¹, selon lequel « toute personne *participe*⁴²², compte tenu des informations et préconisations des professionnels de santé, les décisions concernant sa santé ». Si le rappel de la singularité de la relation médicale par la Haute assemblée paraît pertinent, l'utilisation du verbe « participer » semblait limiter la contribution du malade à la décision à une invitation à s'y associer. Contraire à l'objectif initial d'une participation active du malade aux décisions qui le

⁴¹⁷ Civ., 29 mai 1951, *D.* 1952, p. 53, note R. Savatier ; *S.* 1953, 1, p. 41, note R. Nerson ; *JCP* 1951, II, n°6421, note R. Perrot ; *RTD civ.* 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud.

⁴¹⁸ PIN X., *op. cit.*, n°249.

⁴¹⁹ FRISON-ROCHE M.-A. *op. cit.*

⁴²⁰ Nous soulignons.

⁴²¹ GIRAUD F., DERIOT G., LORRAIN J.-L., Rapport n°174 (2001-2002) fait au nom de la commission des Affaires sociales, 16 janv. 2002, p. 46.

⁴²² Nous soulignons.

concernent, cette rédaction fut refusée par l'Assemblée nationale. La rédaction actuelle de l'alinéa 1^{er} de l'article L.1111-4 résulte *in fine* du compromis issu des travaux de la commission mixte paritaire, qui a retenu la formulation : « toute personne *prend avec*⁴²³ le professionnel de santé... ». Est donc bien ici affirmé le principe d'une codécision médicale résultant de l'expression de la volonté des participants à la relation médicale. Le patient autrefois acceptant des soins devient collaborateur de la décision⁴²⁴.

92. Le découplage du consentement et de l'expression de la volonté du patient dans la décision médicale opérée par la loi *Kouchner* s'illustre également et particulièrement dans les dispositions, issues du même texte législatif, relatives aux décisions concernant les personnes mineures et majeures sous tutelle. Aux termes de l'article L.1111-2, alinéa cinq, ces personnes ont le droit de recevoir elles-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant. On en déduit que le poids décisionnel du mineur ou du majeur sous tutelle n'est pas l'égal de celui du majeur capable, puisque leur participation est adaptée à leur degré de maturité s'agissant du mineur, et à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle. Pour autant, la participation à la décision est distincte du consentement à l'acte médical, qui concerne les titulaires de l'autorité parentale pour le mineur, et du tuteur pour le majeur sous tutelle. Dès lors, s'il est établi que la maturité du mineur ou les facultés de discernement du majeur sous tutelle sont suffisantes, il doit être associé à la décision médicale, et en cas de refus de l'acte proposé, sauf urgence, celui-ci semble ne pouvoir lui être imposé au nom du respect de sa dignité, nonobstant le consentement qui a pu être donné par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. On rejoint ici les dispositions de l'article L.2123-2 CSP relatif à la stérilisation des personnes handicapées mentales placées sous tutelle ou curatelle, dont l'alinéa 3 dispose que leur consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après information adaptée à leur degré de compréhension – en d'autres termes, leurs « facultés de discernement » –, et qu'il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur consentement. L'incapable majeur impose donc, dans ce cas, sa volonté. Le découplage entre consentement et volonté s'illustre enfin dans la faculté du mineur de s'opposer à la consultation des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé en cas de traitement ou d'intervention

⁴²³ Nous soulignons.

⁴²⁴ DORSNER-DOLIVET A., *op. cit.*

indispensable⁴²⁵. Il en résulte la possibilité de substituer la volonté du mineur, non titulaire du droit à consentir, au consentement parental⁴²⁶. L'accompagnement du mineur par une « personne majeure de son choix » prévue par la loi est, de ce point de vue, sans effet.

La reconnaissance du principe de codécision par la loi du 4 mars 2002 infléchit la relation médicale selon une direction nettement autonomiste. De manière corollaire, l'expression de l'autodétermination du patient culmine dans sa possibilité de refuser les soins.

B. Corollaire du refus de soins

93. L'exercice du pouvoir décisionnel du patient se traduit dans le refus qu'il peut opposer à tout acte médical de diagnostic, de soins ou de prévention, alors même que son état physiologique ou physiopathologique le requerrait, c'est-à-dire en cas de nécessité médicale avérée. Le médecin convaincu d'une telle nécessité et confronté à l'expression d'une telle opposition se trouve placé face à l'équation impossible, mettant en balance l'intérêt du malade et l'autonomie de sa décision, dût-elle l'entraîner vers une issue fatale. La reconnaissance de cette liberté du malade a été admise par la jurisprudence judiciaire, et de manière plus hésitante par la jurisprudence administrative, avant de se voir consacrée par la déontologie médicale puis par la loi.

94. La possibilité d'un refus de soins se déduit de l'arrêt *Teyssier*. L'obligation d'obtenir le consentement du malade avant l'intervention chirurgicale au nom du respect de la personne humaine et des droits du malade suppose qu'en l'absence de consentement, sauf cas de force majeure, l'intervention ne peut être réalisée. Rapidement, et avant l'infléchissement de la règle déontologique intervenue en 1979, la Cour de cassation admet l'opposition d'un refus aux soins par le malade ; cette faculté est envisagée selon deux aspects. Le premier est celui de l'indemnisation du préjudice corporel. Dès 1969, amenée à se prononcer en matière d'indemnisation du préjudice né d'une infraction pénale, la Chambre criminelle considère que les juges sont sans pouvoirs pour imposer à la victime de blessures involontaires une

⁴²⁵ CSP, art. L.1111-5.

⁴²⁶ Ces dispositions sont inspirées de celles de l'art. L.2212-7 CSP concernant l'interruption volontaire de grossesse, issu de la loi n°2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF* du 7 juill. 2001, p. 10823.

opération à laquelle elle refuse de se prêter. Les conséquences étaient en l'espèce d'ordre indemnitaire : une minoration des dommages-intérêts de la victime devait donc être considérée comme contraire au principe de réparation intégrale du préjudice⁴²⁷. Cette position est réaffirmée en 1997, donc postérieurement à la loi du 29 juillet 1994, dans un arrêt rendu cette fois au visa de l'article 16-3 du code civil, dont il résulte selon la Cour que « nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale »⁴²⁸. Cette analyse prévaut toujours en droit français de la responsabilité, qui ne reconnaît pas d'obligation générale pour la victime de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. En atteste la jurisprudence pour l'instant constante de la Haute juridiction judiciaire, qui l'a érigée en interdiction de portée générale⁴²⁹, en abandonnant toutefois le fondement spécifique de l'inviolabilité du corps humain⁴³⁰.

La Cour de cassation a également été confrontée à la question du refus de soins sous l'angle de l'engagement de la responsabilité pénale du médecin. Dès 1973, elle approuve une cour d'appel d'avoir écarté les poursuites des chefs d'homicide involontaire et de non-assistance à personne en péril en raison du refus obstiné et agressif du malade de se soumettre aux soins prescrits⁴³¹. Le refus du patient d'appliquer la thérapeutique adéquate prescrite par le médecin permet d'écarter la faute professionnelle caractérisée pouvant être constitutive du délit.

95. La clarté de la position du juge judiciaire contraste avec les hésitations du juge administratif, qui a également eu à connaître du refus de soins : initialement dans le cadre du contentieux disciplinaire, puis dans celui du contentieux de la responsabilité hospitalière, de manière contemporaine à l'adoption de la loi du 4 mars 2002.

En matière disciplinaire, la position initiale du Conseil d'Etat formulée au début des années quatre-vingt est claire. Dans un arrêt *Pech* du 6 mars 1981, il considère que la prescription d'un traitement palliatif au patient qui avait refusé de manière persistante le seul traitement susceptible d'avoir une action efficace sur sa maladie, n'est pas constitutive d'une imprudence

⁴²⁷ Crim., 3 juill. 1969, n°68-93.493, *JCP* 1970, II, 16447, note R. Savatier.

⁴²⁸ Civ. 2^e, 19 mars 1997, n°93-10.914, *RTD civ.* 1997, p. 632, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 675, obs. P. Jourdain.

⁴²⁹ ADIDA-CANAC H., « *Mitigation of damage* » : une porte entrouverte ?, *D.* 2012, p. 141.

⁴³⁰ Au visa de l'article 1382 C. civ. : Civ. 2^e, 19 juin 2003 n°01-13.289 et n°00-22.302, *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. Chazal, *ibid.* 2004, p. 1346, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; Au visa de l'article 1147 C. civ. : Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 05-10.411, *D.* 2006, p. 1403, obs. I. Gallmeister ; *RDSS* 2006, p. 745, obs. P. Hennion-Jacquet ; *RTD civ.* 2006, p. 562, obs. P. Jourdain .

⁴³¹ Crim., 3 janv. 1973, n°71-91.820, *RSC* 1973, p. 693, obs. J. Levasseur.

grave⁴³². Le refus du patient s'impose au médecin, qui ne peut dès lors être poursuivi pour n'avoir pas pu le convaincre d'accepter le traitement efficace, sous réserve d'avoir poursuivi la prise en charge médicale en lui prescrivant un traitement palliatif. Le Conseil d'Etat précise sa jurisprudence en 1982 : il écarte la responsabilité du médecin ayant réalisé, en raison d'un incident opératoire, l'hystéropexie refusée par la patiente avant la réalisation d'une interruption de grossesse. Le refus du patient interdit de passer outre sa volonté clairement exprimée, sauf cas de danger immédiat pour sa vie ou sa santé⁴³³. Le Conseil d'Etat introduit dans cette décision un tempérament à l'autorité de la volonté du patient : celui de l'urgence menaçant sa vie ou sa santé. Dans ce cas, l'obligation faite au médecin d'agir sans délai ne permet pas l'expression de la volonté du patient ; c'est le cas de force majeure⁴³⁴ de l'arrêt *Teysier*.

La jurisprudence administrative ultérieure s'inscrit en contradiction avec l'arrêt *Pech*, alors même que les circonstances des espèces soumises au juge étaient voisines. Le Conseil d'Etat reconnaît le bénéfice de l'amnistie au médecin qui, ayant clairement informé son malade de la nécessité d'une intervention chirurgicale, ne lui a prescrit que des soins palliatifs en raison de son refus délibéré de se soumettre à l'intervention⁴³⁵. Le juge considère que l'attitude du médecin ne constituait pas un manquement à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs, excluant le bénéfice de l'amnistie. Il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur la faute justifiant la condamnation par le conseil national de l'Ordre, dans la mesure où le comportement reproché semble comparable à celui du médecin poursuivi dans l'arrêt *Pech*, à ceci près que la décision qualifie les soins dispensés à visée palliative de procédés illusoire, donc contraires aux prescriptions déontologiques. Ceci explique vraisemblablement que la faute ait été retenue, et que le juge disciplinaire se soit placé sur le terrain de la faute technique et non de la faute d'humanisme, ce que paraît confirmer la réfutation du manquement à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs par le Conseil d'Etat. La Haute juridiction va réellement s'écarter de sa jurisprudence *Pech* dans un arrêt *Garnier*⁴³⁶ rendu, ironie de l'histoire, le jour même de l'adoption de la loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994, créant l'article 16-3 du code civil. Le juge confirme la faute du médecin qui avait dispensé des soins palliatifs à son patient atteint d'un cancer, refusant tout traitement

⁴³² CE, 6 mars 1981, n°25105, *RDSS* 1981, p. 407, note L. Dubouis ; *ibid.*, p. 413, concl. D. Labetoulle.

⁴³³ CE, 27 janv. 1982, n°10796, *D.* 1982, p. 275, obs. J. Penneau.

⁴³⁴ Classiquement, l'évènement caractérisé par son imprévisibilité, son irrésistibilité et son extériorité.

⁴³⁵ CE, 18 mars 1994, n°119097, *D.* 1995, p. 100, obs. J. Penneau.

⁴³⁶ CE, 29 juill. 1994, n°146978, *RDSS* 1995, p. 57, note L. Dubouis

chirurgical ou par radiothérapie, et ne l'avait adressé à un médecin spécialiste qu'alors qu'il était en phase terminale⁴³⁷. Cette décision a été critiquée par la doctrine. Si pour le Conseil d'Etat, comme pour le conseil de l'Ordre, l'obligation de dispenser des soins efficaces l'emporte sur celle de respecter la volonté du malade, L. DUBOUIS considère au contraire, avec le commissaire du gouvernement, que le respect de la volonté du malade doit l'emporter dès lors que le refus de soins est « ferme et persistant »⁴³⁸. La sanction disciplinaire se justifie d'autant moins que le médecin qui dispense des soins palliatifs n'abandonne pas son patient à son sort, mais l'accompagne et l'assiste, dans la nouvelle perspective – palliative, et non curative – qu'il a lui-même définie.

96. Le Conseil d'Etat a encore précisé sa jurisprudence relative au refus de soins dans le cadre du contentieux de la responsabilité hospitalière, dans la ligne de son arrêt *Benhamou* du 27 janvier 1982, à l'occasion de deux espèces concernant des transfusions sanguines réalisées sur des personnes témoins de Jéhovah, nonobstant leur refus persistant à la mise en œuvre de cet acte médical. Les deux décisions de la Haute juridiction administrative ont par ailleurs la particularité d'avoir été rendues quelques semaines avant – arrêt *Senanayake*⁴³⁹ – et quelques semaines après – ordonnance *Feuillatey*⁴⁴⁰ – la loi du 4 mars 2002. Dans la première espèce, le Conseil d'Etat procède en deux temps. D'abord, il censure les juges du fond d'avoir fait prévaloir de manière générale, pour le médecin, l'obligation de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade⁴⁴¹. Puis, il rejette la responsabilité du service public au motif que le médecin, malgré son obligation de respecter la volonté du patient fondée sur ses convictions religieuses, avait choisi d'accomplir, dans le seul but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état compte tenu de la situation extrême dans laquelle il se trouvait. Le médecin peut donc s'opposer à la volonté de son patient et réaliser un acte médical dès lors qu'il répond à cet objectif et respecte ces conditions

⁴³⁷ Refus du patient confirmé par écrit et réitéré devant le consultant spécialiste cancérologue, lequel avait également prescrit une thérapeutique d'ordre palliatif.

⁴³⁸ DUBOUIS L., Doit-on sanctionner le médecin qui respecte le refus du malade de consentir à un traitement ?, *RDSS* 1995, p. 57.

⁴³⁹ CE ass., 26 oct. 2001, n°198546, *AJDA* 2002, p. 259, note M. Duguergue ; *RFDA* 2002, p. 146, concl. Chauvaux ; *ibid.*, p. 156, note D. de Béchillon ; *RTD civ.* 2002, p. 484, obs. J. Hauser ; *RGDM* 2002, p. 111, obs. M.-T. Pain-Masbrenier ; *D.* 2001, IR, p. 3253 ; *Dr. fam.* 2002/4, n°53, p. 30, note J.-J. Frion ; *RDSS* 2002, p. 41, note L. Dubouis ; *JCP* 2002, II, 10025, note J. Moreau ; *LPA* 15 janv. 2002, n°11, note C. Clément ; *ibid.* 25 avr. 2002, n°83, p. 11, note R. Moulin ; *Méd. & Droit* 2003, p. 116, chron. M.-L. Moquet-Anger.

⁴⁴⁰ CE réf., 16 août 2002, n°249552, *JCP* 2002, II, 10184, note P. Mistretta ; *D.* 2002, IR, p. 2581, obs. M. C.-M. ; *JCP A* 2002, p. 27, note A. Mersch ; *Gaz. Pal.*, 15 sept. 2002, p. 9, obs. F.-J. Pansier ; *LPA* 26 mars 2003, n°61, obs. C. Clément ; *RFDA* 2003, p. 528, note A. Dorsner-Dolivet.

⁴⁴¹ CAA Paris, 9 juin 1998, n°95PA03104, *D.* 1999, p. 277, note G. Pellissier.

cumulatives. Malgré l'analyse classique basée sur la nécessité et la proportionnalité des mesures mises en œuvre, cette décision procède d'une lecture finaliste de l'acte médical qui fait écho à la motivation de l'arrêt des juges du fond : « l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouve [...] sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, *conformément à la finalité même de son activité*⁴⁴², de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie même de l'individu ». Le caractère général de la primauté de la protection de la vie sur le respect de la volonté du malade a, certes, été sanctionné par le Conseil d'Etat, qui n'en avait admis la possibilité qu'en cas d'urgence – « danger immédiat » – dans son arrêt *Benhamou*. Pour autant la solution dégagée ne se limite pas au cadre de l'urgence. Il existe même une différence de nature plutôt que de degré entre la situation d'urgence et celle envisagée par l'arrêt *Senanayake*, dans la mesure où dans la seconde le patient est bien en mesure d'exprimer sa volonté, ce qui n'est pas le cas dans la première. On peut dès lors se poser la question de la stricte conformité de cette décision au droit en vigueur à l'époque.

97. Si les textes ont pu être qualifiés d'ambigus⁴⁴³ et le droit de non « parfaitement posé »⁴⁴⁴ sur la question spécifique du refus de soins par la doctrine, nous ne partageons pas cette analyse. La rédaction de l'alinéa deux de l'article 36 du code de déontologie médicale issue de la révision de 1995 est limpide : 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. Le doute ne semble donc guère permis ; il l'est d'autant moins que cette rédaction persiste aujourd'hui, après les lois du 4 mars 2002, du 22 avril 2005, et du 2 février 2016⁴⁴⁵. Les prescriptions de l'article 9 du code de déontologie médicale⁴⁴⁶, également toujours en vigueur, ne nous semblent pas remettre en cause cette lecture, dans la mesure où elles visent le « péril », c'est-à-dire la situation d'urgence, dans laquelle le patient ne peut exprimer sa volonté, ce qui n'est pas le cas dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat. Si l'on en revient au droit positif de l'époque, l'article 16-3 du code civil en vigueur depuis 1994 soumet la réalisation de l'acte médical à l'impératif de nécessité

⁴⁴² Nous soulignons.

⁴⁴³ DORSNER-DOLIVET A., *op. cit.*

⁴⁴⁴ ROMAN D., *op. cit.*

⁴⁴⁵ Laquelle dispose explicitement que toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement (CSP, art. L.1111-4, al. 2 nouveau).

⁴⁴⁶ Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.

médicale, sous réserve du consentement du patient. Or le consentement pour être reçu, doit être recevable, ce qui exclut la situation d'urgence mais pas celle de l'espèce. Par ailleurs la valeur législative de ces dispositions et la valeur constitutionnelle attachée à l'inviolabilité du corps humain règlent la question de l'éventuel conflit avec les prescriptions déontologiques (article 9⁴⁴⁷). Mais, plus encore, le principe du refus de soins a été explicitement affirmé par la loi du 9 juin 1999⁴⁴⁸. L'article 1^{er} de la loi insère en tête du code de la santé publique un livre préliminaire, au titre prémonitoire : « droits de la personne malade et des usagers du système de santé », dont le titre 1^{er} (« droits de la personne malade ») crée un article L.1^{er} C qui dispose sans ambages que la personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique⁴⁴⁹. Si la loi concerne bien l'accès aux soins palliatifs, l'article lui-même ne distingue pas entre l'attitude curative et l'attitude palliative, de sorte que l'argument tendant à en écarter la portée générale tiré du titre et de l'objet principal de la loi doit être rejeté. La question du caractère *contra legem* de la décision du Conseil d'Etat peut dès lors se poser. Elle s'inscrit par ailleurs dans une vision résolument téléologique de la relation médicale, à rebours du mouvement autonomiste à l'œuvre au même moment au Parlement. Elle n'en a pas moins été saluée par la doctrine la plus autorisée, en ce qu'elle reposait implicitement sur le principe selon lequel, dans ce type de situation, « la conscience du médecin est le seul arbitre de la décision à prendre »⁴⁵⁰.

98. La loi du 4 mars 2002 est venue dissiper, si besoin était, les doutes relatifs à la possibilité pour le patient de s'opposer aux soins. Ainsi l'article L.1111-4 CSP disposait-il initialement que si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement mettait sa vie en danger, le médecin devait tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables⁴⁵¹, mais qu'en tout état de cause, aucun acte médical ni aucun traitement ne pouvait être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, ce consentement pouvant être retiré à tout moment. Les dispositions relatives au mineur et au majeur sous tutelle, déjà discutées *supra*, permettent également d'affirmer que ces personnes sont titulaires

⁴⁴⁷ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n°378.

⁴⁴⁸ Loi n°99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, *JORF* du 10 juin 1999, p. 8487.

⁴⁴⁹ Devenu art. L.1111-2 CSP, abrogé par la loi du 4 mars 2002.

⁴⁵⁰ DUBOIS L., Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ?, *RDSS* 2002, p. 41.

⁴⁵¹ L'obligation faite au médecin de tenter de convaincre le patient d'accepter les soins a été supprimée par la loi *Léonetti-Claeys* du 2 février 2016.

d'un droit au refus, en vertu du découplage entre consentement et volonté opéré par la loi nouvelle. Le principe est donc confirmé sans équivoque, de même que ses exceptions, déduites de l'obligation pour le médecin de recueillir le consentement de la personne. Dès lors qu'il doit être libre et éclairé, la situation d'urgence rend caduque son exigence et oblige le médecin à agir au nom de son devoir d'assistance. Mais si le refus expose le patient à un danger vital hors urgence, sa volonté s'impose au médecin, qui ne se voit plus obligé que de l'informer. Le patient qui persiste peut ainsi opposer un refus libre et éclairé.

99. Le Conseil d'Etat a cependant persisté dans sa définition des limites de l'obligation de respect du consentement à l'occasion de l'ordonnance de référé *Feuillatey*. Si la filiation avec l'arrêt *Senanayake* est évidente, cette décision lui apporte quelques précisions sans, toutefois, tirer pleinement les conséquences de la loi nouvelle. Saisie en vertu des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative, la Haute juridiction considère tout d'abord que le droit pour un patient majeur de donner son consentement à un traitement médical, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, revêt le caractère d'une liberté fondamentale, aux termes des articles 16-3 du code civil et L.1111-4 CSP. Les principes énoncés par la loi du 4 mars 2002 sont donc clairement visés. Pour autant, le Conseil d'Etat juge que les médecins ne portent pas d'atteinte à cette liberté à trois conditions cumulatives : ils doivent tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables ; l'acte médical accompli contre la volonté du patient doit l'être dans le but de tenter de le sauver ; l'acte médical doit enfin être indispensable à la survie du patient et proportionné à son état. La décision *Feuillatey* est également l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser que l'acte médical réalisé à cette fin et dans ces conditions n'est pas manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la CESDH, et notamment des stipulations de son article 9⁴⁵². Le caractère *contra legem* de cette décision ne fait pourtant guère de doute dès lors que l'on admet que l'acte médical indispensable à la survie du patient et proportionné à son état, réalisé contre sa volonté, ne se réduit pas à la situation de l'urgence. Il manque en fait à la position du Conseil d'Etat, pour la rendre éthiquement acceptable et juridiquement conforme au vœu du législateur de 2002, une dimension temporelle ; celle du péril appelant une action immédiate et privant le patient de son aptitude effective à la décision.

⁴⁵² Liberté de pensée, de conscience et de religion.

100. Un autre éclairage doit être apporté sur l'ordonnance du 16 août 2002, en ce qu'elle s'inscrit non seulement dans les suites immédiates de l'adoption de la loi du 4 mars 2002, mais également dans celles de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* rendu le 29 avril 2002 par la CEDH⁴⁵³. On peut en effet voir dans la mention de la conformité aux stipulations de la convention EDH de l'acte médical, tel que conditionné dans la décision, un écho à la jurisprudence européenne contemporaine. Les époux *Pretty* reprochaient aux autorités britanniques leur refus d'accorder l'immunité au mari s'il venait à aider son épouse paralysée à se suicider, sur le fondement d'une violation des articles 2, 3, 8, 9 et 14 de la convention EDH⁴⁵⁴. La question posée était celle de l'assistance au suicide. La cour de Strasbourg considère d'abord qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique (§40). Elle écarte ensuite les griefs tirés d'une violation des articles 3 (§56), 9 (§83) et 14 (§90). Mais l'intérêt de cette décision en matière de refus de soins, réside dans l'analyse relative à la violation alléguée de l'article 8⁴⁵⁵. La Cour considère, bien qu'il n'ait jamais été établi que l'article 8 comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (§62). Elle précise ensuite qu'en matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais 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 pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8, §1 de la Convention (§63). Le refus de soins se trouve donc érigé en liberté fondamentale européenne⁴⁵⁶, comme le Conseil d'Etat l'érigera en liberté fondamentale quatre mois plus tard. Reste à savoir si le fait d'imposer la réalisation d'un acte médical à un patient en pleine possession de ses capacités cognitives et informé des conséquences de son refus – en d'autres

⁴⁵³ CEDH, 29 avril 2002, n°2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, RSC 2002, p. 645, note F. Massias ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2002, p. 475, note P. Pedrot ; *D.* 2002, p. 1596 ; *AJDA* 2003, p. 1383, note B. Le Baut-Ferrarese ; *JDI* 2003, p. 535, obs. P. Tavernier et E. Decaux ; *JCP G* 2002, I, 157, obs. F. Sudre ; *ibid.* 2003, II, 10062, note C. Girault ; *RTDH* 2003, p. 71, note O. de Schutter.

⁴⁵⁴ Respectivement : droit à la vie ; interdiction de la torture ; respect de la vie privée et familiale ; liberté de pensée, de conscience et de religion ; interdiction de la discrimination.

⁴⁵⁵ Respect de la vie privée et familiale : 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

⁴⁵⁶ LE BAUT-FERRARESE B., La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins, *AJDA* 2003, p. 1383.

termes, apte à la décision –, serait constitutif d’une ingérence légitime au sens de l’article 8, §2. L’arrêt *Pretty* ne répond pas à la question, les faits de l’espèce ne relevant pas du refus d’un acte médical. L’ingérence pour être légitime, doit être prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes (dont la protection de la santé), et nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ces buts. En matière de refus de soins opposé par un patient apte à la décision, on peine à considérer l’atteinte à la vie privée comme légitime ; trois raisons peuvent être avancées. D’abord parce que les conséquences du refus, qui peuvent porter atteinte à la santé, jusqu’à entraîner la mort, ne concernent que le patient lui-même, et non des tiers – même si la Cour refuse de déduire du droit à la vie un droit à mourir. La situation est donc différente de celle des vaccinations obligatoires⁴⁵⁷, dont le bénéfice se conçoit à titre individuel autant que collectif, ou de celle de pratiques sadomasochistes⁴⁵⁸, étrangères à la relation médicale. Ensuite, parce que l’hypothèse est celle d’un sujet en pleine possession de ses moyens intellectuels, apte à opposer un refus libre et éclairé, et non celle, par exemple, d’un patient atteint de troubles mentaux altérant son discernement et pouvant justifier des soins psychiatriques sans consentement. Enfin et surtout, une telle atteinte à la vie privée ne peut être considérée comme légitime faute de sa prévision par la loi. Nonobstant l’œuvre prétorienne du Conseil d’Etat commentée *supra*, aucune disposition législative n’en dispose en droit interne. Bien au contraire, s’il paraît superfétatoire de rappeler que ni le suicide ni la tentative de suicide ne sont interdits par la loi, la législation sanitaire française consacre un droit au refus affirmé par la loi du 4 mars 2002 et confirmé sans ambiguïté par les lois des 22 avril 2005 et 2 février 2016.

101. Les apports de la loi *Léonetti* concernant le refus de soins sont modestes. Ils étaient pour autant sans doute souhaitables au regard de la réticence du juge administratif à tirer toutes les conséquences de la loi *Kouchner*. Outre les dispositions spéciales concernant les personnes hors d’état d’exprimer leur volonté⁴⁵⁹, l’article L.1111-4 CSP est complété à son alinéa deux, relatif au refus de soins, par trois mesures. Premièrement, à l’obligation de convaincre le patient d’accepter les soins indispensables, la loi nouvelle ajoute la possibilité pour le

⁴⁵⁷ CEDH, 10 déc. 1984, n°10435/83, *Acmanne et autres c. Belgique*.

⁴⁵⁸ CEDH, 19 févr. 1997, n°21627/93, n°21628/93, n°21974/93, *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, RTD civ. 1997, p. 1013, note J.-P. Marguénaud ; D. 1998, p. 97, note J.-M. Larralde.

⁴⁵⁹ Cf. *infra*.

médecin de faire appel à « un autre membre du corps médical »⁴⁶⁰. On cerne mal l'intérêt de cette consultation facultative, sauf à envisager que la relation de confiance soit mise en péril et que la sérénité requise à l'occasion d'une telle décision soit menacée pour des raisons relationnelles entre le médecin et le patient. Mais dans ce cas, le médecin peut se déporter, en application des dispositions de l'alinéa 7 de l'article L.1110-3 CSP⁴⁶¹, hors urgence, et dans le respect de la continuité des soins. Une telle consultation peut également se concevoir comme une garantie de protection du point de vue du médecin, l'appel à un confrère pouvant justifier l'exécution de l'obligation – de moyen – de tenter de convaincre le patient. Deuxièmement, la rédaction nouvelle ajoute que dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable, et qu'elle doit être inscrite dans son dossier médical. La référence au délai, censé créer les conditions d'une décision réfléchie, confirme l'urgence comme étant la seule exception – « dans tous les cas » – au droit de refuser les soins. Troisièmement, le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant des soins palliatifs⁴⁶². Le législateur confirme que le refus de soins opposé par le patient ne signifie pas l'arrêt de la prise en charge médicale, mais le changement de sa finalité selon la volonté du patient. Ce troisième ajout à l'alinéa deux de l'article L.1111-4, dont la portée est générale, s'articule avec la création d'un nouvel article L.1111-10, spécifique à l'expression de la volonté des malades en fin de vie⁴⁶³. Il réitère les obligations de l'alinéa deux de l'article L.1111-4, allégées de celle, pour le médecin, de tenter de convaincre de l'acceptation des soins ; de celle, pour le patient, de réitérer sa décision ; et de la faculté de consulter un autre membre du corps médical. *Specialia generalibus derogant*, la loi *Léonetti* crée un régime spécial du refus de soins concernant les patients en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable. Dans une telle situation, le malade en fin de vie apte à la décision est le seul et unique décisionnaire, devant la volonté duquel le médecin s'incline, après l'avoir informé des conséquences de son choix, en silence.

⁴⁶⁰ On en déduit : un professionnel de santé exerçant une profession médicale au sens de l'article L.4111-1 CSP, soit un médecin, une sage-femme ou un chirurgien-dentiste, alors que la première phrase de l'alinéa deux vise « le médecin », et celle de l'alinéa premier « le professionnel de santé ».

⁴⁶¹ Au titre d'une exigence essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins.

⁴⁶² Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage.

⁴⁶³ Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade 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.

102. Le droit du refus de soins est parachevé par la loi *Léonetti-Claeys* du 2 février 2016, qui supprime ce régime spécial en abrogeant l'article L.1111-10, et vient dissiper, si besoin était, les doutes quant à l'existence d'un droit à refuser les soins, qui est érigé en principe par le nouvel article L.1111-4. La nouvelle rédaction est, selon la doctrine, d'une limpidité inébranlable⁴⁶⁴, lorsqu'elle consacre le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement (al. 2) et l'obligation faite au médecin de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité (al. 3). L'addition de la référence à la gravité des choix du malade vient régler le régime d'exception envisagé par l'ordonnance *Feuillatey* : le risque vital ne permet plus l'action médicale outre le refus antérieurement exprimé. Le législateur tire les conséquences de cette primauté de la volonté du patient en renforçant son autonomie décisionnelle et, partant, sa responsabilité, par trois modifications du texte. Disparaît tout d'abord l'obligation faite au médecin de tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables lorsque son refus menace sa vie. Disparaît également le « délai raisonnable » au terme duquel le patient devait réitérer son refus. Enfin, il appartient désormais au patient – et non plus au médecin – de faire appel à un autre membre du corps médical. Indubitablement, le texte a gagné en clarté et en cohérence, et finalise plus de quinze ans après, la mutation autonomiste initiée par la loi du 9 juin 1999. Si la reconnaissance indiscutable d'un droit au refus de soins doit être saluée, on peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé des trois modifications de l'alinéa 3 mentionnées *supra*. La première semble limiter l'intervention médicale à la seule dispensation d'une information objective et froide. Or l'obligation de tenter de convaincre ne constituait sans doute pas une menace réelle pour l'autonomie du sujet, mais plutôt une garantie d'un refus certain ayant résisté à l'argumentation contraire la plus solide, ce qui est bien le moins que l'on puisse attendre d'un médecin quand l'abstention peut conduire à la mort. La deuxième s'inscrit dans la même problématique d'une décision mûrement réfléchie, dont le délai de réflexion, que le législateur ne souhaitait que « raisonnable », était aussi une garantie. La dernière se comprend mieux, et peut utilement servir le débat contradictoire devant aboutir, le cas échéant, à la mort, ou du moins à une mort précipitée. Quoiqu'il en soit, le respect de l'autonomie de la volonté du patient ne doit pas aboutir à son délaissement par le médecin, à son abandon au nom une « responsabilité » personnelle absolue.

⁴⁶⁴ MISTRETTA P., De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n°2016-87 du 2 février 2016, *JCP G* 2016, n°8, doct. 240.

103. L'évolution de la relation médicale fondée sur le principe de bienfaisance vers le modèle de l'autodétermination s'illustre tout particulièrement dans l'affirmation du droit au refus de soins. Le patient est dans ce cas le seul auteur de la décision. Le principe de codécision érigé par la loi du 4 mars 2002 trouve donc ici son premier tempérament. A l'opposé, il en trouve un second dans la situation d'urgence appelant une prise en charge immédiate, qui prive le patient, même cognitivement compétent, de son aptitude à la décision. Le médecin est dans ce cas le seul auteur de la décision. Dans l'intervalle borné par ces deux hypothèses, il convient alors d'interroger l'effectivité du principe de codécision.

§2. Relativité de la codécision

104. L'application du principe de codécision affirmé par le droit se confronte, dans les faits, à l'aptitude du patient à la décision. Hors la situation spécifique de l'urgence, d'autres hypothèses d'inaptitude du patient à la décision doivent être envisagées, qui remettent en cause l'effectivité même de la codécision (A). Bien plus, hors la situation spécifique du refus de soins, l'aptitude du patient n'apparaît que relative et replace le consentement du patient au cœur de la décision médicale (B).

A. Hypothèses d'inaptitude

105. L'aptitude à la décision suppose, selon le Comité consultatif national d'éthique, une double compétence⁴⁶⁵. La première concerne la capacité à comprendre, la seconde la capacité à se déterminer librement – ou autonomie de la volonté. On déduit de cette définition celle de l'inaptitude à la décision, qui consiste en une atteinte de l'une ou l'autre de ces compétences. Le CCNE estimait cependant, en se fondant sur le rapport *Koch*⁴⁶⁶, que les critères permettant de tester la capacité de compréhension et la rationalité du vouloir n'avaient pas fait l'objet de recherches suffisantes en Europe, permettant de mettre au point des procédures d'évaluation

⁴⁶⁵ CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, rapport, n°58 du 12 juin 1998, p. 18.

⁴⁶⁶ KOCH HG., REITER-THEIL S., HELMCHEN H., *Informed consent in psychiatry. European perspectives of ethics, law and clinical practice*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, 422 p.

validées. Ce constat ne doit pas surprendre si l'on se réfère à la conception européenne latine traditionnelle d'une relation médicale imprégnée de la morale du Bien, telle que défendue par E. LEVINAS en France ou H. JONAS en Allemagne, par exemple⁴⁶⁷. Il convient, pour apprécier ces critères, d'interroger la doctrine anglo-saxonne, et notamment nord-américaine, en raison de la conception autonomiste de la relation médicale qui y prévaut. La littérature médicale américaine a, de longue date, proposé des critères d'évaluation de la capacité du patient à consentir à l'acte médical⁴⁶⁸. Cette évaluation est désormais assez consensuelle dans sa mise en œuvre, et quatre critères ont été retenus pour déterminer la *decision-making capacity*⁴⁶⁹, ou capacité de prise de décision du patient. Ce que nous dénommons aptitude à la décision suppose pour le patient, de manière cumulative, de comprendre les informations pertinentes (*understanding*), d'évaluer la situation et ses conséquences (*appreciation*), de raisonner sur les risques et bénéfices du traitement (*reasoning*), et enfin de choisir parmi les options proposées (*communicate a choice*). Si ces critères issus de la littérature médicale s'inscrivent dans le cadre de recommandations aux praticiens, ils sont également mobilisés par le juge – avec une relative variabilité entre les juridictions – pour apprécier juridiquement la validité du consentement à l'acte médical dans le contentieux de la responsabilité médicale⁴⁷⁰. La *decision-making capacity*, y compris lorsqu'elle est appréhendée par le droit, n'est donc pas fondée sur un statut juridique particulier, mais sur une évaluation « clinique » de l'aptitude à prendre une décision spécifique de manière rationnelle, c'est-à-dire à comprendre la nature et les effets de la décision⁴⁷¹.

106. Le droit français issu des lois *Kouchner*, *Léonetti* et *Léonetti-Claeys* ne se réfère pas à l'aptitude à la décision de la personne, mais sa possibilité d'exprimer sa volonté. L'alternative est simple : soit la personne soignée est en état d'exprimer sa volonté, auquel cas le principe est – théoriquement (*cf.* B.) – celui de la codécision, sauf urgence ou refus de soins ; soit la

⁴⁶⁷ RAMEIX S., Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? In : LOUZOUN C., SALAS D., *Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique*, Erès, 1998, p. 66.

⁴⁶⁸ APPELBAUM P.S., GRISSO T., Assessing patients' capacities to consent to treatment, *N Engl J Med* 1988, 319, p. 1635.

⁴⁶⁹ APPELBAUM P.S., Assessment of patients' competence to consent to treatment, *N Engl J Med* 2007, 357, p. 1834. V. également, concernant le consentement à la recherche : UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN DIEGO, *Decision making capacity guidelines*, UCSD Human research protections program, disponible à : <https://irb.ucsd.edu/decisional.shtml>.

⁴⁷⁰ BERG J.W., APPELBAUM P.S., GRISSO T., Constructing competence: formulating standards of legal competence to make medical decisions, *Rutgers Law Rev* 1996, 48, p. 345.

⁴⁷¹ LOKIEC P., La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS* 2006, p. 865.

personne est « hors d'état d'exprimer sa volonté »⁴⁷². Cette dichotomie fondée sur la capacité à exprimer une volonté est distincte de celle fondée sur la capacité juridique, ce qui conduisait le CCNE à estimer qu'il convenait de dissocier capacité « clinique » et capacité juridique⁴⁷³. A première vue, on peut souscrire à l'analyse, dans la mesure où capacité « clinique » – telle que définie par les quatre critères de la *decision-making capacity* – et capacité juridique se recoupent sans se superposer. Un incapable au sens juridique, majeur ou mineur, peut être cliniquement apte à la décision ; un patient peut au contraire être cliniquement inapte à la décision sans faire l'objet d'une mesure de protection. On peut cependant se demander si, à côté de la capacité civile, le législateur n'a pas posé les bases d'une capacité « sanitaire » affranchie des régimes de protection classiques, et fondée sur l'aptitude du patient à l'expression de sa volonté. Il ne s'agit donc plus d'opposer une capacité « clinique » à une capacité juridique d'origine légale, dans la mesure où la capacité « sanitaire » est elle-même issue de la loi. L'émergence de cette notion s'illustre tout particulièrement au sujet du régime juridique de l'acte médical réalisé chez le mineur⁴⁷⁴, marqué selon la doctrine de la triple empreinte de la notion de capacité naturelle, de la résolution de conflits éventuels entre parents et enfant au bénéfice de ce dernier, et de l'accompagnement par un majeur de référence⁴⁷⁵. Si l'on admet cette dichotomie légale fondée sur l'expression de la volonté du patient, restent à envisager les hypothèses d'inaptitude, dans lesquelles le principe de codécision ne pourra s'appliquer. Ces hypothèses se déduisent, au terme d'une évaluation *in concreto*, de l'altération d'une des facultés requises au titre de la *decision-making capacity* : compréhension, évaluation, raisonnement, choix. Dans ce cas, la codécision ne peut être mise en œuvre, faute de partenaire de décision pour le médecin, qui se trouve alors placé en position de seul décisionnaire. On rejoint la situation de l'urgence. Dans le cas contraire, hors le cas de l'expression d'un refus de soins, l'aptitude du patient permet la mise en œuvre de la codécision. Il est cependant permis de s'interroger sur le caractère binaire de l'aptitude à la décision.

⁴⁷² CSP, art. L.1111-4, al. 5 et R.4127-36, al. 3.

⁴⁷³ CCNE, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷⁴ CSP, art. L.1111-4 et L.1111-5.

⁴⁷⁵ BELLIVIER F., ROCHFELD J., Droits des malades – Qualité du système de santé, *RTD civ.* 2002, p. 574.

B. *Relativité de l'aptitude*

107. La médecine est fondée sur les connaissances scientifiques, et la mise en application des savoirs médicaux repose désormais, la plupart du temps, sur sciences et techniques (imagerie, biologie, médicament...). Elle demeure cependant une activité humaine réalisée sur l'humain, et les processus de décision médicale ne peuvent dès lors se résoudre à des alternatives binaires. Si la loi a consacré, en dehors des hypothèses d'inaptitude évoquées *supra*, le principe de la codécision, celui-ci suppose pour être mis en œuvre, de réunir deux partenaires égaux. Or il est permis de s'interroger, dans les faits, sur la réalité de cette égalité entre le médecin et son patient, partant, sur la relativité de l'aptitude du patient à la décision et, de manière corollaire, sur l'effectivité de la codécision.

108. La volonté du législateur de faire du médecin et du patient deux partenaires égaux unis dans la codécision médicale témoigne de son souci de faire évoluer la relation médicale vers un modèle, sinon autonomiste voire consumériste, respectant en tout cas l'autonomie du patient. Cette évolution était attendue et justifiée. Elle ne masque cependant pas l'asymétrie intrinsèque de la relation médecin-patient et le caractère quelque peu illusoire d'une codécision. La décision médicale a en effet pour finalité la réalisation d'un acte médical de prévention, de diagnostic ou de soin. Elle impose donc de faire intervenir dans le processus décisionnel un savoir et un savoir-faire qui ne sont détenus que par le seul médecin. Plus encore, c'est bien le défaut de savoir et de savoir-faire du patient qui justifie son recours au médecin, la relation médicale se nouant dès lors que la demande de soins rencontre l'offre de soins. Dans l'hypothèse d'une codécision réelle, cette situation aboutit, selon P. LOKIEC, à dissocier le titulaire du pouvoir – le médecin détenteur du savoir et du savoir-faire – du décisionnaire – le patient. Ce faisant, selon cet auteur, si le droit n'a pas à s'aligner sur le fait, le décalage apparaît trop grand entre le pouvoir tel qu'il s'exerce dans les faits et la prérogative de décision reconnue au patient⁴⁷⁶. F. BELLIVIER et J. ROCHFELD vont dans le même sens et dénoncent le caractère ambigu de l'article L.1111-4, al.1, quand elles abordent la question sous l'angle de la responsabilité du décisionnaire. Soit on comprend de ces dispositions que le médecin propose des alternatives entre lesquelles le patient arbitre, et le schéma traditionnel de l'engagement de la responsabilité du médecin trouve à s'appliquer en

⁴⁷⁶ LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641.

cas d'échec. Soit il y a réellement codécision, ce qui « n'a guère de sens, car on ne voit pas comment le patient pourrait avoir à assumer juridiquement les conséquences de sa décision »⁴⁷⁷. Il existe donc une contradiction majeure entre l'égalité formelle des codécisionnaires, affirmée par la loi, et l'inégalité, de fait, de leurs compétences, qui ne peut être annihilée, même au moyen d'une obligation d'information renforcée.

109. Le droit à l'information du patient consacré par la loi constitue en effet un moyen de réduire l'asymétrie consubstantielle à la relation médecin-patient. C'est en tout cas l'hypothèse soutenue dans le modèle autonomiste du *shared decision-making*⁴⁷⁸ ou prise de décision partagée. Dans ce modèle de relation médicale, le médecin doit aider le patient à comprendre les options thérapeutiques qui lui sont proposées, donc leurs avantages et leurs limites, et à prendre une décision basée sur les meilleurs arguments scientifiques⁴⁷⁹, en mettant son savoir à la disposition du patient. Ce modèle fondé sur la négociation et le partage du pouvoir décisionnel permet l'investissement (*empowerment*) du patient dans sa prise en charge⁴⁸⁰, ce qui peut se traduire *in fine* par de meilleurs résultats, par exemple en termes d'observance de traitements médicamenteux ou de conseils de prévention. Une conception aussi idéalisée de la relation médicale ne résiste pas à la critique, et des limites majeures peuvent être identifiées. La première limite a déjà été évoquée : c'est celle de la contradiction du droit et du fait tenant à l'asymétrie qui distingue le sachant de l'ignorant. Or le fossé qui les isole tend à se creuser, à la mesure du développement des connaissances médicales, tant en volume qu'en complexité. Le recours à l'information comme outil de tempérance de cette asymétrie peut être, dans ces conditions, pris en défaut. La seconde limite est d'ordre comportemental. La littérature anglo-saxonne a en effet montré que la volonté des patients de jouer un rôle actif dans les décisions concernant leur santé décroissait avec la gravité de la pathologie dont ils étaient atteints⁴⁸¹. En d'autres termes, la gravité de la menace semble conférer à la décision un enjeu particulier qui retentit sur le degré de participation à la

⁴⁷⁷ BELLIVIER F., ROCHFELD J., *op. cit.*

⁴⁷⁸ BROCK D.W., The ideal of shared decision-making between physicians and patients, *Kennedy Institute Ethics Journal* 2011, 1, p. 28.

⁴⁷⁹ BRISS P., *et al.*, Promoting informed decisions about cancer screening in communities and healthcare systems, *Am J Prev Med* 2004, 26, p. 67.

⁴⁸⁰ PEISAH C., SORINMADE O.A., MITCHELL L., HERTOGH C.M., Decisional capacity: toward an inclusionary approach, *Int Psychogeriatr* 2013, 25, p. 1571.

⁴⁸¹ CHARLES C., GAFNI A., WHELAN T., Shared decision-making in the medical encounter: what does it mean? (or it takes at least two to tango), *Social Science & Medicine* 1997, 44, p. 681; GRAVEL K., LÉGARÉ F., GRAHAM I.D., Barriers and facilitators to implementing shared decision-making in clinical practice: a systematic review of health professionals' perceptions, *Implementation Science* 2006, 1, p. 16.

décision revendiqué par le patient. Dans ces conditions, le curseur paraît se déplacer de l'expression d'une volonté, de l'affirmation d'un choix personnel du patient, vers le consentement, entendu comme l'assentiment aux options proposées par le médecin.

110. Le modèle de la codécision consacré par le législateur français semble pouvoir être assimilé à celui du *shared decision-making*, et l'on peut dès lors lui reconnaître les mêmes limites. Mais au-delà de la question de l'asymétrie du savoir et du savoir-faire aux dépens du patient, et au-delà de l'inefficacité compensatrice de l'obligation d'information, ce modèle ignore une dimension psychologique pourtant indéniable : celle de la vulnérabilité du malade. Il postule en effet que la personne malade serait un être rationnel et raisonnable, alors qu'il est non seulement un être ignorant, mais également un être souffrant, indivisible et irréductible à la somme de ses organes malades⁴⁸². Blessure du corps, la maladie est aussi une blessure du psychisme et de la capacité à vouloir en toute rationalité, qui affecte et donc peut paralyser la liberté du malade⁴⁸³. Dès lors on conçoit bien que son aptitude à la décision puisse en être affectée, et que, de manière corollaire, la codécision réelle, rationnelle et scientifique n'en soit plus une.

111. Au terme de cette analyse, il appert que le droit positif fait du médecin l'auteur de la décision médicale en situation d'urgence et en cas d'inaptitude à l'expression de la volonté du patient. A l'inverse, et nonobstant la jurisprudence administrative, il est acquis que le médecin ne peut aller contre la volonté du patient de refuser les soins, en dehors du contexte d'urgence. En dehors de ces situations, le principe de codécision promu par la loi selon le modèle autonomiste de *shared decision-making* peine à convaincre, tant en droit qu'en fait. La position dominante du médecin dans la relation médicale ne peut être niée, ce qui disqualifie la notion même de codécision. Elle ne doit cependant pas s'envisager dans une logique de domination ou de prise de pouvoir, lorsque la relation médicale qui la précède s'est fondée sur la confiance. La dissymétrie initiale peut alors être convertie en alliance thérapeutique⁴⁸⁴, le médecin mettant sa supériorité au service du malade, en raison du mandat social qui lui a été confié⁴⁸⁵. Ainsi le processus de décision semble-t-il s'articuler en deux étapes distinctes. La première étape est celle de la définition par le médecin, légitimé par la confiance manifestée

⁴⁸² RICOT J., Ethique de la décision médicale. Réflexion philosophique, *Revue Laennec* 2014, n°4, p. 40.

⁴⁸³ VERSPIEREN P., Malade et médecin, partenaires, *Etudes* 2005, n°1, p. 27.

⁴⁸⁴ RICOEUR P., *Le Juste 2*, Seuil 2001, p. 229.

⁴⁸⁵ VERSPIEREN P., *op. cit.*

lors de la création de la relation médicale, des options offertes au patient. La seconde étape, est celle de l'expression de la volonté du patient, dans l'espace de choix défini par le médecin. Cette liberté bornée tient compte de la relativité de l'aptitude du patient à la décision. Elle ne peut donc donner lieu à l'expression d'une volonté absolue et ne peut procéder, en fait que d'un assentiment, un consentement. La tension résultant de la contradiction entre les dispositions de l'article 16-3 du code civil et celles de l'article L.1111-4 du code de la santé publique trouve ici sa résolution. C'est manifestement sous l'empire du premier texte qu'il convient d'envisager la relation médicale, selon un modèle décisionnel plus flexible, respectant les principes d'autonomie du sujet et tenant compte de l'aptitude réelle du sujet à la décision, puisque la condition du consentement à l'acte médical est soumise à celle de la nécessité médicale, dont l'affirmation relève du seul médecin.

L'analyse de la procédure de décision conduit également, au regard de la réalité de la pratique médicale, à interroger la figure du médecin, et plus particulièrement son aptitude à la décision.

Section 2 : L'aptitude du médecin à la décision

112. La conception classique de l'exercice médical se réfère volontiers à la science et à la conscience du médecin comme guides de son action. Cette double référence illustre les deux dimensions de la pratique médicale : une dimension technique, de fondement scientifique ; une dimension humaine, puisque la médecine est un art et que son sujet est humain. Si la relation duelle entre médecin et patient reste l'unité élémentaire de la prise de décision médicale, celle-ci s'inscrit dorénavant dans un système complexe dont les acteurs sont interdépendants : c'est la dimension technique de la décision médicale (§1). Demeurent cependant des îlots d'autonomie pour le médecin, justifiés par la dimension éthique de la décision médicale (§2).

§1. Dimension technique de la décision

113. Le code de déontologie médicale reconnaît l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine, tout en lui imposant les limites de la prudence et de la modestie⁴⁸⁶. Ce faisant, le droit reconnaît la pleine aptitude du médecin à la décision (A). L'évolution des connaissances médicales et des techniques permettant de les mettre en œuvre sont cependant de nature à remettre en cause l'aptitude réelle du médecin à la décision dans le cadre du colloque singulier. La décision doit alors s'envisager à un niveau systémique (B).

A. La décision individuelle

114. Aux termes du code de déontologie médicale, le médecin semble bénéficier d'une présomption de pleine aptitude à toute décision. Sous réserve d'un exercice légal de la médecine, c'est-à-dire satisfaisant aux conditions de diplôme (grade universitaire), de nationalité et d'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, le médecin peut se prévaloir du principe d'omnivalence du diplôme. Ce principe est affirmé par l'article R.4127-70 CSP, qui dispose que tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Il n'est fait ici aucune mention à la spécialité du praticien dont peuvent attester ses titres universitaires (par exemple un diplôme d'études spécialisées, ou un diplômes d'études spécialisées complémentaires), pas plus qu'il n'est fait référence à sa qualification ordinale. Selon la doctrine, le principe d'omnivalence confère au médecin une « plénitude d'attribution »⁴⁸⁷ confortant le monopole médical, et soutenue par le principe fondamental de liberté de prescription⁴⁸⁸. Ce principe est toutefois tempéré par les conditions suivantes : le médecin ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose⁴⁸⁹. Le législateur en a tiré les conséquences en prévoyant la réparation au titre de la solidarité nationale des dommages

⁴⁸⁶ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°155.

⁴⁸⁷ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, n°22.

⁴⁸⁸ MEMETEAU G., *Clinique privée : incompétence du médecin et obligation d'information*, D. 2010, p. 363.

⁴⁸⁹ Concernant ces limites, il convient de mentionner que l'article 17 du code de déontologie médicale issu de la révision de 1979 se réfère à la compétence et aux possibilités du médecin.

résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins⁴⁹⁰.

115. Le principe d'omnivalence du diplôme ne fait pas obstacle à celui de l'exercice exclusif de la spécialité⁴⁹¹ auquel est tenu le médecin spécialiste, hors le cas de l'urgence. Il s'agit moins, ici, d'une limitation au principe d'omnivalence, que d'un engagement du médecin vis-à-vis de l'assurance maladie, par lequel il limite son activité au domaine concerné par sa qualification ordinale. Les conséquences d'un tel engagement sont financières, puisqu'il permet au médecin d'appliquer une cotation et une tarification spéciales. La violation de l'engagement d'exercice exclusif de la spécialité est susceptible de poursuites devant la section des assurances sociales des juridictions ordinaires, et expose le contrevenant à rembourser les actes hors spécialité à la caisse de sécurité sociale. Des sanctions disciplinaires⁴⁹² et administratives⁴⁹³ (radiation de la liste des spécialistes) sont également encourues. Le législateur semble toutefois avoir ignoré cette exigence d'exclusivité⁴⁹⁴ en permettant aux médecins spécialistes d'assurer les fonctions de médecin traitant dans le cadre du parcours de soins coordonnés⁴⁹⁵. La lecture de la convention laisse en effet entrevoir quelques difficultés à concilier l'exercice exclusif de la spécialité avec les missions confiées au médecin traitant⁴⁹⁶, dont le caractère généraliste ne peut être nié et dont la mise en œuvre

⁴⁹⁰ CSP, art. L.1142-1-1, 2°.

⁴⁹¹ Arrêté du 4 sept. 1970 portant approbation du règlement relatif à la qualification des médecins établi par le conseil national de l'Ordre, *JORF* du 3 oct. 1970, p. 9213 ; arrêté du 16 oct. 1989 portant approbation d'un règlement relatif à la qualification des médecins, *JORF* du 20 oct. 1989, p. 23111 ; arrêté du 1^{er} juin 1994 relatif à la qualification des médecins spécialistes au regard de l'assurance maladie, *JORF* du 19 août 1994, p. 12134.

⁴⁹² CE, 14 oct. 1988, n°60986.

⁴⁹³ CE, 22 juin 1994, n°114688, *LPA*, 16 juin 1995, n°72, note J. Bodin ; CE, 7 juill. 1995, n°159796, CE 28 nov. 1983, n°35139.

⁴⁹⁴ REBECQ G., Le choix du médecin traitant et le principe d'exercice exclusif de la spécialité, *RDSS* 2005, p. 602.

⁴⁹⁵ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JORF* du 17 août 2004, p. 14598, rect. *JORF* du 27 nov. 2004, p. 20151 ; Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 12 janvier 2005.

⁴⁹⁶ Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011, art. 12.1 : Le médecin traitant assure le premier niveau de recours aux soins, contribue à l'offre de soins ambulatoires ; participe à la prévention, au dépistage, au diagnostic, au traitement et au suivi des maladies ainsi qu'à l'éducation pour la santé de ses patients ; oriente le patient dans le parcours de soins coordonnés, informe tout médecin correspondant de délais souhaitables de prise en charge compatibles avec l'état de santé du patient ; rédige le protocole de soins en tenant compte des propositions du ou des médecins correspondants participant à la prise en charge du malade ; favorise la coordination par la synthèse des informations transmises par les différents médecins intervenants et veille à l'intégration de ces synthèses dans un dossier médical

s'accommode mal d'une compétence spécialisée... sauf à l'envisager au titre du principe d'omnivalence du diplôme. Pour preuve, ces missions recourent pour la plupart celles du « médecin généraliste de premier recours »⁴⁹⁷, telles que définies par la loi *HPST*.

116. Selon l'Ordre des médecins, cette « présomption générale de compétence »⁴⁹⁸ doit en fait être regardée comme un moyen de protéger les médecins vis-à-vis de poursuites pour exercice illégal⁴⁹⁹. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence de la Chambre criminelle, qui dans un arrêt rendu au visa de l'article 17 du code de déontologie de 1979 considère qu'un docteur en médecine ne saurait être poursuivi du chef d'exercice illégal de la médecine s'il sort des limites de sa spécialité ou de sa compétence⁵⁰⁰. Une solution similaire est retenue plus récemment, au visa de l'article L.4161-1 CSP, duquel il résulte qu'une personne qui remplit les conditions d'exercice de la médecine ne commet pas d'exercice illégal lorsqu'elle sort des limites de sa spécialité ou de sa compétence⁵⁰¹. La Cour de cassation sanctionne également les juges du fond d'avoir condamné pour usurpation de titre, un praticien faisant état de la spécialité de chirurgien esthétique alors qu'il n'en avait pas le titre : la loi pénale ne protège, par l'infraction d'usurpation, que le titre de médecin⁵⁰².

Si le fait pour un médecin d'exercer en dehors de sa spécialité ou de sa compétence n'est donc pas susceptible, en tant que tel, de sanction pénale, il n'en demeure pas moins que le principe d'omnivalence du diplôme ne peut s'interpréter comme un brevet d'immunité. En matière d'assurance de responsabilité civile professionnelle, la Cour de cassation considère que la pratique de la circoncision par un médecin stomatologiste n'entre pas dans le champ de la garantie de la police d'assurance dont l'objet est limité à la seule activité de stomatologie⁵⁰³. Plus encore, le principe d'omnivalence affirmé par la règle déontologique est-il source de sujétions pour le médecin. La Première chambre civile sanctionne par exemple les juges du fond d'avoir rejeté la responsabilité du médecin généraliste du fait de n'avoir pas diagnostiqué

personnel ; apporte au malade toutes les informations permettant d'assurer une permanence d'accès aux soins aux heures de fermeture du cabinet.

⁴⁹⁷ CSP, art. L.4130-1.

⁴⁹⁸ MÉMETEAU G., *op. cit.*

⁴⁹⁹ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 170. Cet avis est partagé par la commission des Affaires sociales du Sénat : GENISSON C., MILON A., Rapport n°318 fait au nom de la commission des Affaires sociales, 28 janv. 2014, p. 8.

⁵⁰⁰ Crim., 17 mai 1983, n°81-92.333, *Bull. crim.* 1983, n°145.

⁵⁰¹ Crim., 8 mars 2011, n°10-83.330, *D.* 2011, p. 1017, obs. M. Bomblet ; *Dr. pén.* 2011, comm. 79, obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal* 2011, p. 306, obs. J. Lasserre-Capdeville.

⁵⁰² Crim., 15 nov. 2011, n°10-88.316, *Droit, déontologie & soin* 2012, n°12, p. 70, obs. S. Ariès.

⁵⁰³ Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, n°92-17.767.

une fracture complexe et rare de l'enfant, au motif qu'il n'avait pas la qualité de médecin urgentiste⁵⁰⁴. La Haute juridiction judiciaire rappelle ici que la présomption de compétence générale du médecin est limitée par la prescription déontologique d'abstention en cas de dépassement de ses connaissances. En matière de contentieux disciplinaire, le Conseil d'Etat considère que tout médecin est réputé avoir reçu les connaissances nécessaires pour participer au service de garde et que, dès lors, ni ses conditions d'exercice ni l'orientation particulière qu'il donne à sa pratique professionnelle (en l'espèce, l'acupuncture et la phytothérapie chinoise) ne justifient, par principe, une exemption du service de garde⁵⁰⁵. La Haute juridiction administrative rappelle ici les contreparties au principe d'omnivalence, telles qu'elles se déduisent des limites énoncées à l'article R.4127-70 CSP : les connaissances, l'expérience et les moyens dont dispose le médecin. Les connaissances du médecin sont celles qu'il a acquises durant sa formation universitaire initiale, qu'il a par ailleurs l'obligation d'entretenir, de développer et de perfectionner⁵⁰⁶. On peut même déduire de la décision du Conseil d'Etat citée *supra* (n°190124) que cette obligation naît du principe d'omnivalence. Le médecin a non seulement l'obligation d'entretenir et de perfectionner ses connaissances dans le domaine d'exercice qui est le sien, mais cette obligation naît également de la présomption de compétence générale qui lui est reconnue, ce qui lui impose d'entretenir ce que l'on pourrait qualifier de culture médicale générale. L'expérience résulte de la formation pratique dispensée dans le cadre hospitalo-universitaire, comme de celle acquise à l'occasion de la pratique quotidienne. Les moyens concernent les ressources matérielles et humaines dont dispose le médecin.

117. A la compétence présumée par le titre doit donc s'ajouter la compétence réelle constatée par l'entretien des connaissances et la pratique⁵⁰⁷, ainsi que les moyens matériels pour la mettre en œuvre ; en d'autres termes, les « possibilités » du médecin visées à l'article 17 du code de déontologie de 1979. Il appartient donc au médecin de décider, souvent seul et en conscience selon l'Ordre des médecins, du rôle qu'il peut jouer⁵⁰⁸. Les limites au principe d'omnivalence relèvent en effet moins du découpage administratif de la profession que de la

⁵⁰⁴ Civ. 1^{re}, 25 nov. 2010, n°09-68.631.

⁵⁰⁵ CE, 15 juin 2001, n°190124, *RDSS* 2001, p. 702, chron. L. Dubouis.

⁵⁰⁶ CSP, art. L.4133-1 et s. ; art. R.4127-11.

⁵⁰⁷ MEMETEAU G., *op. cit.*

⁵⁰⁸ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 170.

réelle expérience du praticien, dans les circonstances particulières de la situation soumise à son appréciation. Nous souscrivons à cette interprétation ordinale, mais il convient de reconnaître qu'elle souligne la position prééminente du médecin dans la procédure de décision médicale. La présomption d'aptitude dont peut se prévaloir le médecin se double du fait que seul le médecin peut juger de son aptitude personnelle à la décision, laquelle ne peut mécaniquement se déduire de sa spécialité ou de ses qualifications. Si ces dernières et la nature de la pathologie permettent de présumer l'aptitude ou l'inaptitude, encore faut-il que le médecin soit en capacité d'identifier qu'il se trouve dans une éventuelle situation d'inaptitude. En d'autres termes, qu'il ait conscience de ses limites.

118. La question de l'aptitude du médecin à la décision ne saurait cependant se limiter à la configuration traditionnelle du colloque singulier. L'augmentation exponentielle des connaissances médicales et la complexité croissante des techniques de diagnostic et de traitement, conjuguées au modèle du *patient-centered care*, réduisent de fait l'aptitude décisionnelle du médecin. La décision n'est dès lors plus celle d'un individu soignant mais d'un système soignant.

B. La décision systémique

119. La procédure de décision médicale est soumise à l'évolution des modalités de l'exercice de la médecine, qui se déploie selon deux dimensions. Une dimension verticale d'accroissement des connaissances scientifiques, qui sont le fondement du savoir et du savoir-faire médical et le fruit de la recherche médicale. Une dimension horizontale, qui place le patient au centre de la prise en charge sanitaire, et fait graviter autour de lui des professionnels variés et interdépendants.

120. La pratique médicale des dernières décennies a été marquée par l'accroissement de la dimension technique de l'exercice. Si les principes demeurent, leur mise en œuvre s'est profondément modifiée au regard des possibilités offertes par les évolutions scientifiques en matière de diagnostic, de pronostic et de thérapeutique. Pour comprendre cette mutation, il convient de se pencher sur le mécanisme du raisonnement clinique médical, préalable à la décision. Le raisonnement médical fait appel à des processus mixtes, associant des stratégies

analytiques, comme le raisonnement hypothético-déductif, et des stratégies non analytiques, telle la reconnaissance spontanée d'une conjonction de signes cliniques⁵⁰⁹. Le raisonnement hypothético-déductif consiste à déduire des conclusions à partir de pures hypothèses et non seulement d'une observation réelle. C'est un processus de réflexion qui tente de dégager l'explication causale d'un phénomène en formulant une hypothèse puis en essayant de la confirmer ou de l'infirmier. La confirmation / infirmation des hypothèses passe, en médecine, par le recueil d'informations pertinentes de nature variée, afin de pouvoir qualifier une situation clinique particulière en fonction de la référence que constitue la connaissance médicale. Ce mode de raisonnement reste adapté à l'exercice médical d'aujourd'hui, mais sa mise en œuvre s'est profondément modifiée. La nature des informations recueillies, le moyen de les recueillir, leur interprétation et leur utilisation – soit, *in fine*, la décision médicale –, paraissent désormais de plus en plus difficilement maîtrisables par un médecin décisionnaire isolé. Ainsi en est-il des techniques diagnostiques d'imagerie (imagerie par résonance magnétique, tomographie par émission de positons) et de biologie (immunologie, génétique), ou des techniques thérapeutiques pharmacologiques. Ces techniques ont longtemps été qualifiées d'examens « complémentaires », en ce qu'ils étaient réalisés en complément de l'examen clinique, c'est-à-dire de l'interrogatoire et de l'examen physique du patient. Une radiographie, le dosage d'un paramètre biologique, certes interprété par un médecin, venait fournir au clinicien, considéré comme le « vrai » médecin, les éléments propres à conforter sa décision. Cette procédure est toujours d'actualité, de même que celle qui consiste pour le médecin à solliciter un confrère consultant pour un avis concernant une question échappant à son domaine de spécialité. Pour autant, force est de constater que la place des examens dits « paracliniques » équilibre désormais, dans un certain nombre de champs de la médecine, celle des explorations cliniques ; voire les supplante : ainsi, par exemple, de la neuroimagerie interventionnelle, qui de technique diagnostique est devenue également thérapeutique. Le processus de décision s'en trouve donc profondément modifié dans la mesure où le colloque singulier devient un colloque collectif, le médecin de « première ligne » n'ayant plus l'aptitude à décider seul, faute de maîtriser à lui seul les techniques invoquées pour le diagnostic et la thérapeutique. Selon R. AMALBERTI, l'acteur de front devient un exécutant dont les marges de compréhension et de vérification apparaissent limitées, eu égard à la

⁵⁰⁹ NENDAZ M., CHARLIN B., LEBLANC V., BORDAGE G., Le raisonnement clinique : données issues de la recherche et implications pour l'enseignement, *Pédagogie médicale* 2005, n°6, p. 235.

rapidité des machines et à la complexité des tests fournis, dont il est bien incapable de dénier la valeur⁵¹⁰.

121. L'accroissement des connaissances médicales en volume et en complexité aboutit donc à une hyperspécialisation des médecins qui, au-delà de leur titre qui vise encore une spécialité médicale, concerne désormais, au sein de la spécialité, une pathologie ou une technique diagnostique ou thérapeutique. Ainsi parmi les médecins cardiologues, c'est-à-dire titulaires d'un diplôme d'études spécialisées de cardiologie, on distingue les « interventionnels », réalisant des coronarographies ou posant des pacemakers, des « imageurs », réalisant des échocardiographies ; parmi les neurologues, les spécialistes de l'épilepsie, des maladies inflammatoires, des maladies vasculaires ou des maladies dégénératives. De même, la pédiatrie, cette médecine générale de l'enfant, a vécu ; il y a désormais lieu de s'adresser à un pneumopédiatre, un néphropédiatre ou un neuropédiatre, selon l'organe malade. Cette évolution justifiée par la nécessité d'une conformité des soins aux données acquises de la science concerne bien entendu les centres spécialisés, et notamment les centres hospitaliers universitaires, mais elle ne s'y limite pas. Ainsi les chirurgiens orthopédistes libéraux exerçant en clinique privée sont-ils désormais des chirurgiens du pied, de la main ou du rachis. Il en résulte un fractionnement extrême du savoir médical, détenu par des hypercompétents mais dans des domaines de plus en plus restreints. De manière corollaire, la vue d'ensemble de la situation du patient se trouble, au risque d'une perte de cohérence de la prise en charge médicale. Ce risque est censé être compensé par la coordination assurée par le médecin traitant⁵¹¹ ou du médecin généraliste de premier recours⁵¹² ; on peut cependant s'interroger sur leur réelle capacité décisionnelle, ou en tout cas sur leur autonomie décisionnelle⁵¹³, pour deux raisons. D'une part, et nonobstant l'obligation légale et réglementaire de développement professionnel continu, par l'impossibilité matérielle d'appréhender la production scientifique médicale de manière exhaustive, même dans un domaine de spécialité restreint, *a fortiori* pour un omnipraticien. D'autre part, et par voie de

⁵¹⁰ AMALBERTI R., Intérêt et limites des modèles de décision médicale. Eléments d'histoire et situation actuelle, *Revue Laennec* 2014, n°4, p. 14.

⁵¹¹ Dans les limites des discussions précédentes concernant le médecin traitant spécialiste ; il est dans plus de 80% des cas un médecin généraliste.

⁵¹² Notamment au moyen de l'équipe de soins primaires visée à l'article L.1411-11-1 créé par la loi du 26 janvier 2016.

⁵¹³ La médecine générale est de surcroît depuis 2004 une spécialité (« oxymore inattendu », selon le mot de G. Mémeteau), dont nombre des praticiens orientent volontiers la constitution de leur clientèle en fonction de préférences personnelles : médecine du sport, gynécologie, pédiatrie, etc.

conséquence, parce que le médecin en charge de la coordination des soins ne peut, faute de connaissances suffisamment pointues, exercer un regard critique sur les avis ou recommandations émises par ses confrères consultants. En poursuivant le raisonnement, on peut même s'interroger sur la faculté pour le médecin traitant de s'assurer de la compétence d'un hyperspécialiste, dès lors qu'elle n'est partagée et donc critiquable que par très peu de praticiens.

122. Cette évolution s'illustre tout particulièrement dans le domaine de la cancérologie. La prévalence et la gravité de la maladie ont justifié dans les dernières décennies de conséquentes recherches qui ont considérablement accru la connaissance de la maladie, tant sur le plan du diagnostic, que du pronostic et de la thérapeutique. A ces trois étapes de la prise en charge de la maladie, sont convoquées à la fois la clinique, qu'elle relève de la spécialité d'organe ou de l'oncologie, l'imagerie, qu'elle relève de l'imagerie médicale au sens strict ou de la médecine nucléaire, mais également la biologie moléculaire, la chirurgie, la pharmacologie ou la radiothérapie. C'est l'ensemble de ces compétences réunies qui permet la décision médicale, qui ne peut plus, dès lors, être celle d'un individu, mais devient celle d'un système soignant. L'aptitude réelle à la décision résulte de la sommation des aptitudes individuelles qui ne sont que des aptitudes partielles. La décision devient collective, systémique. La législation sanitaire en a tiré les conséquences, puisque l'activité de cancérologie est soumise à autorisation⁵¹⁴, et que figure au titre des critères d'octroi de l'autorisation, l'obligation pour l'établissement de formuler des propositions thérapeutiques fondée sur une concertation pluridisciplinaire⁵¹⁵. En pratique, en matière de thérapeutique anticancéreuse, c'est au terme d'une réunion de concertation pluridisciplinaire tenue régulièrement qu'est arrêtée, de manière collective, la décision médicale⁵¹⁶. Cette procédure décisionnelle expressément requise par le droit trouve également à s'appliquer au sujet de certains actes médicaux touchant à la naissance. La mise en œuvre d'une interruption de grossesse pour motif médical est ainsi soumise à l'avis consultatif d'une équipe pluridisciplinaire⁵¹⁷. Il en est de même pour la réalisation d'une assistance médicale à la procréation, qui est soumise à l'avis d'une

⁵¹⁴ CSP, art. L.6122-1 et art. R.6122-25, 18°.

⁵¹⁵ CSP, art. R.6123-88, 2°, a.

⁵¹⁶ Cette décision répond à un formalisme visé à l'art. D.6124-131 CSP, al. 1. : « Le projet thérapeutique envisagé pour chaque patient atteint de cancer pris en charge ainsi que les changements significatifs d'orientation thérapeutique sont enregistrés en réunion de concertation pluridisciplinaire ».

⁵¹⁷ CSP, art. L.2213-1.

« équipe médicale clinico-biologique »⁵¹⁸, ou d'un diagnostic préimplantatoire, dont l'indication relève de l'avis d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal associé à l'équipe médicale clinico-biologique d'AMP⁵¹⁹. En dehors de ces situations particulières visées par le code de la santé publique, le modèle de la décision collective semble infuser au sein de l'ensemble de la profession médicale, par la généralisation des réunions, notamment dans les établissements de santé, visant à arrêter la conduite à tenir dans les situations médicales particulièrement complexes. En médecine ambulatoire, la décision demeure par essence individuelle. Pourtant, la culture de la décision collective expérimentée lors des études de médecine tend à s'y développer, ainsi qu'en témoigne, par exemple, la montée en puissance des exercices collectifs libéraux dans les maisons de santé⁵²⁰ : le choix d'un exercice en groupe est fait par près de 80 % des jeunes médecins, notamment par rejet de l'isolement intellectuel⁵²¹. Dans ces cas, si la décision reste individuelle, les conditions d'exercice contribuent à permettre une réflexion collective.

123. Un dernier aspect doit être évoqué relativement au caractère désormais collectif de la décision médicale du fait du développement exponentiel des connaissances médicales : celui de la décision assistée par les techniques de l'information et de la communication (TIC). L'utilisation des TIC en santé n'est pas nouvelle⁵²², mais l'ampleur de leur déploiement dans tous les domaines de la prise en charge sanitaire permet désormais de disposer de volumes de données numérisées considérables, ce qu'il convient désormais d'appeler *big data*, ou mégadonnées. Ces données résultent non seulement de l'activité des professionnels de santé, mais également des patients eux-mêmes, notamment via le développement des réseaux sociaux, d'applications mobiles et d'objets connectés⁵²³. Le traitement de ces données massives dépasse les capacités de l'intelligence humaine, et justifie le recours à de puissants logiciels de traitement statistique, permettant l'analyse voire la prédiction de phénomènes auparavant insaisissables. Les applications en santé intéressent particulièrement

⁵¹⁸ CSP, art. L.2214-10.

⁵¹⁹ CSP, art. R.2131-23.

⁵²⁰ AMALBERTI R., Je maîtrise le colloque pluriel, *Concours médical* 2012, n°9, p. 751.

⁵²¹ OBSERVATOIRE REGIONAL DE LA SANTE D'AQUITAINE, *Motivations et freins à l'installation des médecins généralistes libéraux. Synthèse de la littérature*, 2011, p. 1.

⁵²² Dès 1905, Einthoven transmet des électrocardiogrammes par câble téléphonique depuis l'hôpital vers son laboratoire situé à 1.5 km.

⁵²³ Ces activités relèvent de ce qui est qualifié d'*e-Health*, et plus spécifiquement de *m-Health* ou *mobile health* concernant les objets connectés. Les données recueillies par les patients eux-mêmes relèvent du *quantified-self* (QS), ou auto mesure. V. sur ce sujet : LAVERDET C., Les enjeux juridiques de l'Internet des objets, *JCP G* 2014, n°23, 670.

l'épidémiologie, en ce qu'elles permettent l'analyse d'échantillons de très grande taille, augmentant la puissance statistique, voire en ce qu'elles permettent de se passer d'échantillon en observant l'émergence de tendances⁵²⁴. Cet intérêt collectif des mégadonnées s'illustre également dans le domaine de la recherche médicale⁵²⁵, même si la limite de la fiabilité des données ainsi collectées doit être évoquée. On peut en effet s'interroger sur la validité de travaux de recherches fondés sur des données de provenance aussi variable et aussi peu contrôlée. De manière corollaire, on peut s'interroger sur la validité des recommandations qui pourraient en être tirées pour la pratique médicale, eu égard au fait que les résultats de ces travaux relèveraient des données acquises de la science ou des connaissances médicales avérées – à l'aune desquelles le comportement du médecin est par ailleurs apprécié lorsque sa responsabilité est engagée. L'intérêt des mégadonnées doit enfin être discuté dans une optique plus individuelle, en relation avec la décision médicale proprement dite, du fait de l'utilisation récente de systèmes d'intelligence artificielle. Alimenté par le contenu des bases de données scientifiques disponibles, un système d'intelligence artificielle est en effet bien plus qu'un réservoir de données inertes, dans la mesure où il est doué d'un comportement dit « intelligent », c'est-à-dire permettant l'apprentissage et le raisonnement. Cette capacité d'apprentissage du système lui permet de solutionner des problèmes cliniques de complexité croissante, de façon progressivement autonome. Ce type de système demeure actuellement au stade expérimental, mais connaît un développement rapide soutenu par une perspective économique. La société IBM s'est ainsi associée à une compagnie d'assurance pour proposer aux professionnels et établissements de santé américains un système d'aide au diagnostic en oncologie dénommé *Watson* utilisant les technologies d'intelligence artificielle. Cette démarche s'appuie sur le fait que 10 à 15% des diagnostics retenus en oncologie seraient erronés et que l'utilisation de l'intelligence artificielle permettrait de réduire de moitié ces erreurs et, par voie de conséquence, d'améliorer le pronostic des patients et de réduire les dépenses de santé. Il ne s'agit pas ici de substituer une décision robotisée à la décision médicale, mais de pallier l'inaptitude partielle à la décision évoquée *supra* par une aide informatique au diagnostic. On peut cependant s'interroger sur l'aptitude résiduelle du

⁵²⁴ ASIP SANTE, Décryptage : le big data santé, *Le Mag* 2013, n°10, disponible à : www.esante.gouv.fr. En localisant sur une carte la provenance des mots-clés tapés dans le moteur de recherche Google®, les ingénieurs du ministère de la santé des États-Unis ont pu dessiner et anticiper l'évolution d'une épidémie de grippe.

⁵²⁵ CONSEIL D'ETAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, p. 49 ; NOUVILLE C., SUPLOT E., *Big pharma, big data et recherche génétique en santé*, *RDC* 2015, n°2, p. 352.

médecin à la décision dans ces conditions, à supposer que la machine ne se trompe pas, ce que le médecin, sauf erreur manifeste, peut ne pas être en mesure de vérifier.

124. Les mutations de la procédure de décision médicale doivent enfin s'envisager selon une dimension horizontale, qui place le patient au centre de la prise en charge sanitaire. La justification d'une prise en charge centrée sur le patient procède d'abord de l'allongement de la durée de vie du fait des progrès de la performance médicale, parfois au prix d'un handicap ou d'une pathologie chronique. Elle procède également, dans le cadre des soins apportés aux malades chroniques et aux personnes âgées, d'un souci de prise en charge globale motivée par le bien être plus que par la stricte restauration de la physiologie. Ces deux phénomènes ont déjà été évoqués *supra* vis-à-vis de la relation médecin-patient, en ce qu'ils s'inscrivaient dans le principe de codécision. Ils doivent également être mentionnés relativement à leurs conséquences en termes coopération entre professionnels de santé.

La prise en charge étendue au *care* (vs. limitée au *cure*) fait en effet graviter autour du patient non seulement le médecin, mais également d'autres professionnels, professionnels de santé, du champ social ou médico-social. Cette nouvelle configuration, pour être efficace en tenant compte de l'interdépendance des professionnels au bénéfice du patient, dépasse la somme des relations duelles entre le patient et chacun des professionnels. C'est bien ici un système qui s'organise autour du patient, et c'est de l'interaction des professionnels entre eux et avec le patient que naît la décision. De manière corollaire, cette décision ne peut plus être strictement qualifiée de médicale ; elle comporte une part médicale, pondérée de l'influence des arguments non médicaux, qui peuvent parfois constituer l'essentiel de sa justification. Le médecin décisionnaire se trouve alors placé en position de collaborateur à la décision systémique, au même titre que d'autres professionnels.

La loi *HPST* a franchi une étape supplémentaire concernant la coopération entre professionnels de santé⁵²⁶ en permettant de l'envisager davantage en termes de compétences que de diplôme ou de statut. C'est le sens des protocoles de coopération qui permettent, sous réserve d'autorisation par le directeur général de l'ARS après avis de la HAS, de transférer à des professionnels de santé non médicaux la compétence de réalisation d'actes médicaux⁵²⁷. Ainsi l'acte « médical » – ainsi qualifié parce que relevant en droit commun de la compétence du

⁵²⁶ CSP, art. L.4011-1 et s.

⁵²⁷ BERGOIGNAN-ESPER C., Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation, *RDSS* 2009, p. 806 ; DESMARAIS P., Les protocoles de coopération entre professionnels de santé : un dispositif à peaufiner, *RDSS* 2012, p. 513.

médecin – peut-il désormais, dans le cadre de tels protocoles, résulter d’une procédure de décision n’impliquant pas nécessairement un médecin.

Le risque d’une telle évolution réside, comme en ce qui concerne la fragmentation par l’hyperspécialisation des connaissances médicales, dans la perte de la cohérence de la décision du fait de la multiplicité des intervenants concernés. Cette menace pour l’efficacité, la sécurité et la qualité de la décision a justifié l’émergence d’un nouvel acteur de la procédure décisionnelle : le médecin coordonnateur⁵²⁸. Au sein d’un établissement d’hébergement pour personnes âgées, d’un service de soins de suite et de réadaptation ou d’un service d’hospitalisation à domicile, la mission du médecin coordonnateur est davantage institutionnelle que soignante : « il parle de la personne dans l’institution alors que le médecin traitant parle de la maladie dans la personne »⁵²⁹. A cet égard, le médecin coordonnateur semble être un garant de la procédure de décision, en termes de concertation et de motivation, davantage qu’un décisionnaire à proprement parler. La question de la détermination de l’auteur de la décision paraît dès lors devenir secondaire, et celle de la manière dont la décision est élaborée, soit la procédure de décision, prend la première place. La question du *comment* et du *pourquoi* est substituée à celle du *qui*, la prise de décision relevant moins d’un instant que d’un processus de construction de soins⁵³⁰, ce qu’O’GRADY et JADAD⁵³¹ ont pu qualifier de *collaborative decision-making*⁵³².

Si l’aptitude du médecin à la décision doit donc être analysée à l’aune de ces évolutions techniques et organisationnelles de la profession, reste que l’art médical ne saurait se limiter à un savoir et à un savoir-faire. La décision médicale, de par sa dimension humaine, procède également d’un arbitrage en fonction d’une hiérarchie de valeurs, ce qui lui confère une dimension éthique⁵³³.

⁵²⁸ Concernant le terme de médecin coordonnateur au sens du code la santé publique, on exclut ici le médecin coordonnateur désigné par le juge de l’application des peines dans le cadre de l’injonction de soins, le médecin coordonnateur d’un service d’urgence médicale ainsi que le médecin coordonnateur de l’activité de transfusion et d’hémovigilance d’un établissement de santé.

⁵²⁹ MALBEC J.-C., *Missions du médecin coordonnateur*, disponible à : www.ehpad.org.

⁵³⁰ PEISAH C., SORINMADE O.A., MITCHELL L., HERTOUGH C.M., Decisional capacity: toward an inclusionary approach, *Int Psychogeriatr* 2013, 25, p. 1571.

⁵³¹ O’GRADY L., JADAD A., Shifting from shared to collaborative decision-making: a change in thinking and doing, *Journal of Participatory Medicine* 2010, 2, e13.

⁵³² Prise de décision collaborative.

⁵³³ VERSPIEREN P., Malade et médecin, partenaires, *Etudes* 2005, n°1, p. 27.

§2. Dimension éthique de la décision

125. L'exercice de l'art médical confronte le médecin à des décisions dont la dimension technique peut ne pas poser de difficulté, mais dont l'opportunité de la mise en œuvre reste soumise, dans le respect de la loi, à son seul arbitrage. Cet *imperium* témoigne d'une aptitude totale et exclusive du médecin à la décision. Il le renvoie aussi à sa conscience et ne peut dès lors être assimilé à une prise de pouvoir indue ; au contraire, le médecin devient alors le protecteur (A), voire le tuteur de son patient (B).

A. Le médecin protecteur

126. L'exercice de la médecine requiert, pour le médecin, d'accéder à des informations touchant à l'intime, et font de lui, à l'instar du notaire ou de l'avocat un confident nécessaire⁵³⁴. Cette intrusion dans la vie des personnes est strictement encadrée par la loi, laquelle assure le citoyen du droit au respect de sa vie privée et à la protection des informations à caractère secret qui le concernent.

La tradition du respect du secret en matière sanitaire est ancienne, puisque depuis Hippocrate les médecins s'y engagent par serment⁵³⁵. Elle se justifie pour des raisons évidentes et constantes depuis l'Antiquité : l'abandon du patient dans la relation de soin suppose la confiance, qui suppose la confidentialité, laquelle est protégée par le secret⁵³⁶. Cette sujétion particulière à la profession de médecin s'illustre dans l'article 378 du code pénal de 1810⁵³⁷, et la jurisprudence avait rappelé, dans un arrêt *Watelet*, le caractère général et absolu⁵³⁸ du secret protégeant les informations confiées au médecin. Le code pénal de 1994 ne cible plus spécifiquement une profession ou certains professionnels, mais applique la sanction pénale à tous ceux qui révèlent l'information dont ils sont dépositaires soit par état ou par profession,

⁵³⁴ Crim., 4 nov. 1971, n°70-91.953.

⁵³⁵ « Les choses que dans l'exercice de mon art, je pourrai voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulguées au dehors, je les tairai, estimant que ces choses-là ont droit au secret des mystères. »

⁵³⁶ Selon la déclaration de L. PORTES, président du conseil national de l'Ordre des médecins devant l'Académie des sciences morales et politiques le 5 juin 1950 : « Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidentialité et de confidentialité sans secret ».

⁵³⁷ RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, 2011, n°478.

⁵³⁸ Cass., 19 déc. 1885, S. 1885, 2, p. 121 ; *ibid.* 1886, 1, p. 86, rapp. Tanon.

soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire⁵³⁹. Concernant les médecins, la répression pénale se double d'une prescription déontologique⁵⁴⁰, et le respect du secret est érigé en droit du patient⁵⁴¹, auquel, bien évidemment, ce secret ne peut être opposé puisque l'information permet le consentement à l'acte médical. L'intérêt du patient peut toutefois exiger que les informations détenues par le médecin soient partagées avec des tiers, qu'ils soient titulaires de l'autorité parentale pour un mineur ou tuteur d'un majeur protégé ; ou, sous réserve de l'accord du patient, personne de confiance⁵⁴², ou professionnels de santé, afin de permettre la continuité des soins. On doit également distinguer le cas particulier de la divulgation d'informations à caractère secret après la mort du patient. Une telle divulgation est permise, à la condition qu'elle permette aux ayants droit, au concubin du défunt ou à son partenaire lié par un PACS⁵⁴³ de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits. Cette permission de la loi est laissée à l'appréciation du médecin⁵⁴⁴ mais reste soumise à l'absence d'opposition du défunt exprimée de son vivant, laquelle peut ne pas être connue du médecin.

127. Réserves faites des dispositions relatives à l'information *post mortem*, ces dérogations légales concernent la relation médicale dans sa dimension soignante. Mais il est des situations dans lesquelles les informations détenues par le médecin dans le cadre de la relation médicale peuvent l'amener à décider de divulguer des informations à caractère secret pour un motif d'ordre public et de protection des patients qui lui sont confiés. C'est le sens des dispositions de l'article 226-14, al. 1, 1° et 2° du code pénal⁵⁴⁵ qui, nonobstant le caractère redondant de

⁵³⁹ C. pén., art. 226-13.

⁵⁴⁰ CSP, art. R.4127-4.

⁵⁴¹ CSP, art. L.1110-4.

⁵⁴² CSP, art. L.1111-6.

⁵⁴³ PACS : pacte civil de solidarité.

⁵⁴⁴ « Le secret médical ne fait pas obstacle à... ».

⁵⁴⁵ L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ; 2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L.226-3 CASF, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ; 3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des

leur rédaction, autorisent en substance le médecin à porter à la connaissance des autorités administratives ou judiciaires, les sévices et privations qu'il suspecte ou constate chez les patients auprès desquels il assure un acte de prévention, de diagnostic ou de soin. Dès lors que ces faits concernent un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique – en d'autres termes une personne vulnérable –, l'accord du patient n'est pas nécessaire. En outre, en matière de protection des mineurs en danger, les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur ainsi que le mineur lui-même peuvent ne pas être informés de la transmission d'informations préoccupantes par le professionnel, si l'intérêt du mineur l'exige⁵⁴⁶.

La question de savoir si une telle divulgation est une obligation ou une faculté pour le médecin a nourri les débats doctrinaux⁵⁴⁷. Certains auteurs ont en effet relevé les difficultés résultant de la combinaison – « incompréhensible »⁵⁴⁸ – des dispositions des articles 226-13 et 226-14 C. pén. avec celles de l'article 434-3 du même code, qui dispense les personnes astreintes au secret professionnel, « sauf si la loi en dispose autrement », de dénoncer les privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable. La majorité des auteurs semble cependant s'accorder sur le fait qu'il ne s'agit que d'une faculté pour le médecin, une option de conscience⁵⁴⁹, dans la mesure où il peut librement choisir de taire les faits, en vertu de l'article 226-13, ou de les révéler en vertu de l'article 226-14⁵⁵⁰. Par ailleurs, l'article 434-3, en réservant l'hypothèse des personnes soumises au secret professionnel, s'analyse non comme une prescription de la loi de dénoncer les mauvais traitements, mais comme une autorisation à le faire, ce qui écarte la menace de l'engagement de la responsabilité pénale⁵⁵¹. Les dispositions du code de déontologie plaident pour cette interprétation. D'une part la nouvelle rédaction⁵⁵² du deuxième alinéa de l'article

personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une. Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi.

⁵⁴⁶ CASF, art. 226-2-2.

⁵⁴⁷ GUERY C., Le défaut de protection de l'enfant : un nouveau délit ? *D.* 2001, p. 3293 ; MOISSON S., Administration de la preuve et exigence du secret professionnel, *Méd. & Droit* 1997, p. 4.

⁵⁴⁸ RASSAT M.-L., op. cit., n°490.

⁵⁴⁹ ALT-MAES F., Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel, *RSC* 1998, p. 301 ; ALT-MAES F., Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical, *JCP G* 2004, I, 184, spéc. n°6 ; KAMKAR C., Concilier secret professionnel et non-assistance à personne en danger, *Droit, déontologie & soin* 2004, n°4, p. 205.

⁵⁵⁰ LEPAGE A., Droit pénal et conscience, *Dr. pénal* 1999, étude n°1.

⁵⁵¹ GHICA-LEMARCHAND C., La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel, *RDSS* 2015, p. 419.

⁵⁵² Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JORF* du 8 mai 2012, p. 8479.

R.4127-44 CSP dispose que le médecin « alerte » les autorités judiciaires ou administratives lorsque les sévices ou privations qu'il constate concernent un mineur ou une personne vulnérable, quand la rédaction précédente se faisait plus impérative (« il doit alerter »). D'autre part et surtout, cette injonction – certes devenue moins pressante – disparaît en cas de circonstances particulières que le médecin apprécie « en conscience ». L'ensemble des dispositions relatives au signalement des sévices et privations aux autorités judiciaires et administratives consacre en définitive, au sujet des mineurs et des personnes vulnérables, l'aptitude exclusive du médecin à la décision de divulgation. Cet arbitrage personnel du médecin, rendu « en conscience », selon les termes mêmes du code de la santé publique, concerne également les autres patients, dans la mesure où si l'alinéa premier de l'article R.4127-44 CSP impose l'action – « il doit mettre en œuvre les moyens... » –, la nature de l'action à entreprendre est laissée à sa seule appréciation – « ... les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection », sous réserve du consentement exigé par l'article 226-14, al. 1, 2° C. pén.

128. Le médecin admis dans l'intimité des foyers prête le serment de taire ce qu'il a vu, entendu ou compris. Même dans les situations les plus extrêmes tombant sous le coup de la loi pénale, le droit envisage le signalement de sévices ou de privations comme une exception au respect du secret professionnel⁵⁵³. Or si le signalement procède effectivement de la divulgation d'une information à caractère secret, elle ne saurait s'y réduire. Les faits de violences physiques, psychiques ou sexuelles, réunies sous le terme de maltraitance, concernent généralement les plus vulnérables, enfants, vieillards, personnes handicapées physiques ou mentales, et surviennent le plus souvent dans le cadre familial⁵⁵⁴ ; ils témoignent donc d'une défaillance grave des protecteurs naturels de ces personnes. Il revient alors au médecin, en conscience, et relativement au mandat social⁵⁵⁵ qui est le sien depuis des siècles, de se faire le protecteur des plus vulnérables.

⁵⁵³ LAPEROU-SCHENEIDER B., PHILIPPE C., Parents, enfants et maltraitance, *AJ fam.* 2013, p. 570.

⁵⁵⁴ BENAROUS X., CONSOLI A., RAFFIN M., COHEN D., Abus maltraitance et négligences (1) : épidémiologie et retentissements psychiques, somatiques et sociaux, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 2014, n°62, p. 299 ; MARGUERITTE E., BACCINO E., Maltraitance envers les personnes âgées, in : BACCINO E. (éd.), *Médecine légale clinique*, Elsevier Masson 2014, p. 83.

⁵⁵⁵ VERSPIEREN P., Malade et médecin, partenaires, *Etudes* 2005, n°1, p. 27.

B. Le médecin tuteur

129. Une dernière situation doit être abordée, qui place le médecin en position de seul décisionnaire : celle de l'inaptitude du patient à la décision dans le contexte d'une limitation ou d'un arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger.

Les situations d'inaptitude du patient à la décision ont déjà été envisagées, de même que celle de l'urgence, qui est un cas particulier d'abolition de la *decision-making capacity* ; l'hypothèse, ici, est tout autre. C'est celle qui confronte le médecin à la proscription de l'obstination déraisonnable⁵⁵⁶, ce qui peut l'amener à prendre la décision de suspendre ou de ne pas entreprendre des soins dès lors qu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie, selon l'analyse du rapporteur public R. KELLER⁵⁵⁷. Il ne s'agit donc plus, pour le médecin, de continuer à administrer des soins justifiés par une nécessité médicale en l'absence de consentement recevable, mais, eu égard à l'état de santé du patient et à son incapacité à exprimer sa volonté, d'admettre l'échec de la prise en charge curative pour entrer dans une démarche palliative dont l'horizon est la mort. Cette décision médicale qui peut sembler contre-nature pour le médecin formé et motivé à combattre la maladie, le confronte à ses limites et aux limites de la technique médicale ; ne demeure plus que la dimension humaine de la relation médicale, qui distingue le soignant du simple technicien. Et l'enjeu est ici extraordinaire, puisqu'il s'agit pour le soignant de prendre une décision dont la finalité n'est certes pas la mort, mais qui aboutira à la mort. En cela, le principe du primat de l'intangibilité de la vie d'autrui⁵⁵⁸ garanti par la loi pénale et par la règle déontologique⁵⁵⁹ est-il préservé, mais seul le médecin peut, en conscience, connaître la motivation réelle de sa décision. Comment dès lors exclure un *animus necandi* quand certains médecins plaident pour une « exception d'euthanasie »⁵⁶⁰ ?

⁵⁵⁶ CSP, art. L.1110-5-1, art. R.4127-37, I.

⁵⁵⁷ KELLER R., Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement, concl. sur CE, 14 févr. 2014, n°375081, *RFDA* 2014, p. 255 ; cf. *supra*, chapitre 1, section 1.

⁵⁵⁸ PROTHAIS A., Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie, *JCP G* 2011, n°18, 536.

⁵⁵⁹ CSP, art. R.4127-38, al. 2. La position du conseil national de l'Ordre des médecins dans l'avis du 8 févr. 2013 *Fin de vie, « assistance à mourir »* n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté ; v. nos obs. : *Revue de médecine légale* 2013, p. 105.

⁵⁶⁰ Revendication régulièrement relayée, pour l'instant sans succès, devant le Parlement : Proposition de loi visant à autoriser le fait de mourir dans la dignité, Ass. nat., n°1344, 18 déc. 2008 ; Proposition de loi relative au droit de mourir dans la dignité, Sénat, n°166, 26 janv. 2009 ; Proposition de loi instituant le droit de mourir dans la dignité et garantissant aux médecins le droit de conscience, Ass. nat., n°1498, 4 mars 2009 ; Proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la dignité, Ass. nat., n°1960, 7 oct. 2009.

130. La solution actuelle est celle d'une procédure de décision répondant à un formalisme particulier prévu par la loi et par le règlement⁵⁶¹. Le médecin peut engager la procédure de limitation ou d'arrêt des thérapeutiques actives de sa propre initiative. Il est également tenu de le faire au vu des directives anticipées du patient ou à la demande de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, de l'un des proches. La procédure revêt un caractère collégial, dans la mesure où elle impose la consultation de la personne de confiance, de la famille et des proches. Elle revêt également un caractère concerté, puisqu'elle associe nécessairement l'équipe soignante si elle existe, et exige de recueillir l'avis d'un, voire de deux médecins non impliqués dans la prise en charge, interrogés en qualité de consultants. Elle se veut enfin respectueuse de la volonté de la personne, dans la mesure où les directives anticipées, dont le médecin ne devait que tenir compte aux termes de la loi Léonetti, s'imposent désormais à lui aux termes de la loi du 2 février 2016. Pour autant, la décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, et par lui seul. Si la procédure décisionnelle est bien collégiale et concertée, la décision en elle-même est celle du médecin. L'intervention de la personne de confiance, de la famille ou des proches, la participation de l'équipe soignante et l'avis des médecins consultants. Le caractère opposable des directives anticipées doit également être relativisé. D'une part, l'urgence vitale exclut leur application, ce qui relève d'une exception classique, quoique de bon sens. D'autre part, leur pertinence reste soumise à l'évaluation médicale, puisqu'il revient au médecin d'apprécier leur caractère manifestement inapproprié ou leur non-conformité à la situation médicale. Enfin, il reste loisible au médecin, à la stricte condition de s'assurer de la continuité des soins, de se déporter et de refuser de prendre une décision qui, bien que dictée par des directives anticipées recevables, s'avérerait contraire à son éthique personnelle.

131. Le principe d'indépendance⁵⁶² du médecin, détaché des contingences de la dimension technique de la décision médicale, trouve ici sa pleine application : personne ne peut, en droit, le contraindre à une décision qu'il n'approuverait pas⁵⁶³. L'aptitude décisionnelle du médecin est totale et exclusive. La décision médicale d'arrêt ou de limitation des thérapeutiques actives est également strictement individuelle. Dans les développements de l'affaire *Vincent Lambert*

⁵⁶¹ CSP, art. L.1110-5-1, art. L.1111-11 et L.1111-12; art. R.4127-37 et s.

⁵⁶² CSP, art. R.4127-5 ; CSS, art. L.162-2.

⁵⁶³ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

postérieurs à la décision de la CEDH⁵⁶⁴, le juge administratif a considéré que la décision jugée légale d'un médecin d'interrompre l'alimentation et l'hydratation d'une personne inconsciente n'est pas opposable au nouveau médecin traitant de celle-ci, compte tenu de son indépendance professionnelle et morale⁵⁶⁵. Dans le cas d'un tel remplacement, le cas échéant, une nouvelle procédure doit être initiée, afin de permettre au médecin de prendre sa propre décision⁵⁶⁶.

132. En définitive, si le patient est bien évidemment au cœur de la décision médicale d'arrêt des thérapeutiques actives, le médecin en est le seul maître. Cette situation singulière se distingue de celle des autres hypothèses d'inaptitude du patient en ce que la décision médicale aboutit, le cas échéant, à la mort du patient. Le médecin est ainsi institué, dans le respect de la procédure de consultation et des connaissances médicales avérées, unique arbitre d'un choix dont la conséquence est *in fine* la mort. Plus qu'un arbitre, tenu à la neutralité, à l'impartialité, il opère un choix qui ne peut être guidé que par le seul intérêt du patient. En cela, il peut être qualifié de tuteur, non au sens civil, faute de désignation par le juge et parce que les dispositions des articles 459 et 459-1 C. civ. ne semblent pas de nature à répondre à la situation⁵⁶⁷, mais eu égard à la mission de protection et de défense⁵⁶⁸ de son patient vulnérable. A la notion de capacité sanitaire éventuellement défaillante évoquée *supra*⁵⁶⁹, viendrait ainsi répondre, par analogie, une mesure de protection qui pourrait être qualifiée tutelle sanitaire exercée *de facto* et *de jure* par le médecin, garant des intérêts de son patient.

⁵⁶⁴ CEDH, GC, 5 juin 2015, n°46043/14, Lambert et autres c. France, *JCP G* 2015, p. 815, note F. Sudre.

⁵⁶⁵ TA Châlons-en-Champagne, 9 oct. 2015, n°1501768 et n°1501769, *DP santé, bioéthique, biotechnologies* 2015, n°264-265, obs. D. Vigneau ; *AJDA* 2015, p. 1887, somm. D. Poupeau. Le principe de l'indépendance professionnelle et morale des médecins constitue non seulement une garantie pour ces derniers, mais également un droit du patient : « ... qu'un tel droit fait notamment obstacle à ce qu'un médecin puisse être regardé comme le simple exécutant d'une décision prise par un autre médecin ; qu'il suppose, au contraire, que le médecin, à qui il incombe d'assumer personnellement ses responsabilités vis-à-vis du patient dont il a la charge, ne saurait, lorsqu'il prend une décision touchant au traitement de celui-ci, voir le contenu de sa propre analyse et, finalement, le sens de sa décision lui être dictés de manière univoque par celle antérieurement prise par un de ses confrères à propos d'un même patient ; que ce principe général s'applique également lorsque la décision qu'il incombe au médecin traitant de prendre est celle d'un éventuel arrêt des traitements ». Dès lors, « le médecin en charge d'un patient au moment où il arrête sa résolution ne saurait prendre aucune décision que sur la seule base de sa propre appréciation des données médicales et de la qualification juridique qu'elles induisent ; qu'il lui appartient, par conséquent, lorsque se pose à lui pour la première fois la question du caractère déraisonnable de la poursuite des soins, de conduire [une procédure collégiale] quand bien même un confrère aurait, près de dix-huit mois plus tôt, déjà pris une telle décision ».

⁵⁶⁶ CAA Nancy, 16 juin 2016, n°15NC02132, *AJDA* 2016, p. 1263 ; *ibid.*, p. 1932, note T. Coussens-Barre.

⁵⁶⁷ VIALLA F., BOURRET R., Tout ça pour ça ?, *Rev. Droit & Santé* 2015, p. 763.

⁵⁶⁸ GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, v° tutor, Hachette, 1937, p. 1617.

⁵⁶⁹ Cf. chapitre 2, section 1, §2, A.

Conclusion du Chapitre 2

133. L'évolution du droit positif des quinze dernières années a été inspirée par une logique autonomiste, ou du moins de promotion de l'autodétermination du patient et de respect de sa volonté, en opposition à l'approche téléologique de la relation médicale à la française, volontiers résumée à une approche « paternaliste ». Pourtant, la question de la détermination de l'auteur de la décision médicale envisagée sous l'angle de l'aptitude à la décision disqualifie le principe de codécision promu par la loi, et affirme la fiction d'une décision médicale individuelle autonome. La procédure de décision médicale revient à proposer au patient, dans la mesure où son état cognitif le lui permet, d'exprimer sa volonté dans l'espace de choix défini par le système soignant intéressé à sa prise en charge. Les aptitudes décisionnelles, tant du point de vue du patient que du médecin, ne sont que des aptitudes partielles, et la pleine capacité décisionnelle résulte de l'addition de ces aptitudes partielles. Ce principe ne connaît finalement que deux exceptions. La première est celle du refus de soins de la part du patient, en dehors du contexte de l'urgence, qui le place en position de seul décisionnaire. Doit en être rapproché le cas des directives anticipées appropriées et conformes à la situation médicale. La seconde concerne la dimension éthique de la pratique médicale. Dans cette hypothèse, la décision individuelle du médecin, abandonnée au profit d'une décision systémique justifiée par l'accroissement des connaissances médicales et l'évolution de la pratique médicale, s'impose de nouveau, lorsqu'il s'agit pour le médecin d'arbitrer sur l'essentiel et de préserver la dignité du patient.

Conclusion du Titre 1

134. La liberté qui gouverne l'exercice de la médecine s'analyse en une liberté de choix offerte dans le cadre de la relation qui unit le patient au médecin. Cet arbitrage, qui constitue la décision médicale, procède selon la volonté du législateur d'une co-construction des participants à la relation médicale. Cette co-construction ne peut cependant s'apparenter à une réelle codécision telle qu'énoncée par les textes, si on la confronte à la réalité de l'exercice médical et à l'asymétrie qui caractérise la relation médicale. La détermination de l'auteur de la décision, préalable à l'appréciation des principes de la procédure de décision, interroge en réalité l'aptitude décisionnelle des protagonistes de la relation médicale. Fondée sur le savoir

et le savoir-faire, conditionnée par les capacités de discernement, l'aptitude décisionnelle s'avère partielle, tant du point de vue du médecin que de celui du patient. La relation médicale duelle a vécu, et l'aptitude à la décision ne peut se résoudre à une appréciation binaire ; la relation, plurielle, confronte le malade au système de santé, la décision devenant systémique. C'est dans ce contexte que doit s'apprécier la liberté du médecin, et que se dégagent les principes de la procédure de décision.

TITRE 2 : LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE DE DECISION

135. Les développements précédents ont montré que le processus décisionnel en matière médicale se caractérisait par sa complexité. Cette complexité tient à la variabilité des situations soumises à l'appréciation des hommes de l'art et à leur finalité. Elle tient également à l'irréductibilité du patient à un être de pure raison qui lui permettrait, en toutes circonstances, de ne prendre que des décisions rationnelles. Elle tient encore à la fragmentation des compétences médicales liée à l'accroissement des connaissances, mais aussi à la structuration de l'offre de soins en système, qui rend caduque la relation duelle médecin-patient. Tant du point de vue du patient que du médecin, sauf cas particulier, l'aptitude décisionnelle n'est désormais plus que partielle, et la décision médicale devient celle d'un système soignant en interaction avec le patient. On peine dès lors à identifier le réel auteur de la décision, qui doit en assumer la responsabilité, et par voie de conséquence on s'interroge sur le contrôle du bien-fondé de la décision. Au regard de ces incertitudes, la procédure de décision médicale doit être regardée comme une protection contre l'arbitraire de la décision, qui serait contraire à la confiance qui doit présider à la relation médicale. Ceci exige que la procédure soit assortie de garanties, afin que la décision soit acceptable avant d'être acceptée. La première de ces garanties repose sur le principe de concertation, qui place le patient au cœur de la décision (Chapitre 1) ; la seconde repose sur le principe de motivation, qui interroge l'homme de l'art, détenteur du pouvoir-savoir (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le principe de concertation

136. La pluralité des acteurs concernés et le rôle central que le législateur a entendu faire jouer au patient dans la procédure de décision médicale, nonobstant les limites du principe de codécision démontrées *supra*, imposent que la décision médicale résulte d'une concertation afin d'en garantir la légitimité et l'acceptabilité. L'aptitude – même partielle – du patient à la décision en constitue l'élément déterminant et en définit les modalités.

Section 1 : Le patient apte à la décision

137. Dès lors que le patient ne se trouve pas dans une situation d'incapacité totale à la décision, l'exigence de concertation trouve à s'exprimer dans le débat contradictoire qui s'instaure dans le cadre de la relation médicale. Elle prend la forme, du fait de la configuration asymétrique de la relation médicale, d'une obligation d'information du patient par le détenteur du savoir et du savoir-faire (§1). Pour autant, si le médecin ou le système soignant sont une source essentielle de l'information, la concertation envisagée sous l'angle d'un débat contradictoire réserve au patient une part d'autonomie (§2).

§1. L'obligation d'information

138. L'obligation d'information naît de la nécessité de satisfaire au critère de licéité de l'acte médical défini à l'article 16-3 du code civil qu'est, avec la nécessité médicale de l'acte, le consentement libre et éclairé du patient. Il convient, avant d'apprécier la liberté du médecin à l'aune de ses modalités (B), de préciser les fondements de cette obligation (A).

A. Fondements

139. L'arrêt *Teyssier*⁵⁷⁰ est compté par P. SARGOS, avec les arrêts *Thouret-Noroy*⁵⁷¹, appliquant les articles 1382 et 1383 du code civil aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art, et *Mercier*⁵⁷², substituant à ce fondement délictuel un fondement contractuel à la responsabilité médicale, au nombre des arrêts historiques rendus en trois siècles en matière de responsabilité médicale⁵⁷³. L'arrêt rendu le 28 janvier 1942 par la

⁵⁷⁰ Req., 28 janv. 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177 ; *DP* 1942, p. 63.

⁵⁷¹ Req., 18 juin 1835, *DP* 1835, 1, 300, concl. Dupin ; *S.* 1835, 1, 401.

⁵⁷² Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P. ; *S.* 1937.1.321, note Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n°161 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493.

⁵⁷³ SARGOS P., Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information, *D.* 2010, p. 1522.

chambre des requêtes de la Cour de cassation est considéré par cet auteur comme « fondateur de l'éthique médicale » en ce qu'il proclame que le respect de la personne humaine impose au praticien d'obtenir le consentement éclairé par l'information, et qu'en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits des malades et manque à ses devoirs médicaux. Cet arrêt fonde la reconnaissance par la Cour de cassation de la primauté du respect de la personne humaine dans l'activité médicale, et du droit des malades. On peut en effet reconnaître à cette décision ce que d'aucuns ont pu qualifier de « fulgurance presque prophétique »⁵⁷⁴, dans la mesure où ce n'est que soixante ans plus tard que la loi du 4 mars 2002 érigerait en droit de la personne malade, le fait d'être informée sur son état de santé⁵⁷⁵. Indissolublement liée à la question du consentement à l'acte médical, la question de l'information préalable du patient était restée absente des prescriptions déontologiques édictées depuis 1947 par l'Ordre des médecins. Ce n'est qu'à l'occasion de la révision advenue en 1995 que le code de déontologie médicale enjoint au médecin de délivrer à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information claire, loyale et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose⁵⁷⁶. Pour autant, et dès avant la loi *Kouchner*, la Cour de cassation avait considéré dans un arrêt rendu au visa de l'article 1382 du code civil que le fondement de l'obligation d'information était déconnecté de tout lien avec le contrat⁵⁷⁷ et trouvait sa source dans le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁵⁷⁸, dont la valeur constitutionnelle avait été affirmée en 1994⁵⁷⁹. Une telle solution avait été postérieurement retenue par la Cour de cassation⁵⁸⁰, au sujet de laquelle la doctrine s'était félicitée, quoiqu'interrogée sur la possibilité d'une erreur matérielle concernant le visa de cassation⁵⁸¹. Ces doutes ont été dissipés par un arrêt du 3 juin 2010⁵⁸²,

⁵⁷⁴ HERNI B., BOUSCHARAIN J.-P., Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942. Quelques remarques sur une décision « oubliée », *Histoire des sciences médicales* 2001, t. xxxv, n°3, p. 299.

⁵⁷⁵ CSP, art. L.1111-2.

⁵⁷⁶ CDM, art. 35.

⁵⁷⁷ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°538-1.

⁵⁷⁸ Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, n°00-14.564, *D.* 2001, p. 3470, rapport P. Sargos et note D. Thouvenin ; *JCP G* 2002, II, 10045, note O. Cachard.

⁵⁷⁹ Cons. const., 27 juill.1994, n°94-343/344 DC, 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, *JCP* 1994, III, n°66974 bis ; *D.* 1995, p. 238, note B. Mathieu ; *RFDC* 1994, p. 799, note L. Favoreu.

⁵⁸⁰ Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, n°06-19.301, *D.* 2008, p. 192, note P. Sargos ; *ibid.*, p. 804, chron. L. Neyret ; *ibid.* p. 2894, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *ibid.* 2009, p. 1302, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 2008, p. 303, obs. P. Jourdain ; *ibid.*, p. 272, obs. J. Hauser ; *RGDM* 2008, p. 376, note M. Girer.

⁵⁸¹ SARGOS P., L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral, *D.* 2008, p. 192.

⁵⁸² Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *AJDA* 2010, p. 2169, note C. Lantero ; *D.* 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 1522, note P. Sargos ; *ibid.*, p. 1801, point de vue D. Bert ; *ibid.*, p. 2092, chron. C.

rendu sous le triple visa des articles 16, 16-3, al. 2 et 1382 du code civil, dont il résulte que le droit du malade à l'information le concernant est un droit subjectif voire fondamental en vertu du principe de dignité, droit reconnu à toute personne du fait de la relation médicale, indépendamment de la nature juridique du lien noué avec le praticien⁵⁸³.

140. L'article L.1111-2, alinéa 1^{er} CSP issu de la loi du 4 mars 2002 définit l'étendue de l'information due au patient : « elle 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 ». On retiendra d'abord de cette définition qu'elle s'inscrit résolument dans la perspective autonomiste promue par le législateur de 2002, qui s'illustre particulièrement dans le principe de codécision discuté *supra*. Ainsi de la discussion des alternatives et de l'hypothèse du refus opposé par le patient. On retiendra ensuite que l'obligation d'information ne distingue pas selon la finalité de l'acte médical envisagé : prévention, diagnostic (« investigations ») ou soin (« traitements »). On se place ici, semble-t-il, dans l'hypothèse d'une nécessité médicale acquise, affirmée d'autorité par le sachant ou en tout cas confirmée par lui, suite à la demande du patient. Ne semble dès lors demeurer, au titre de la finalité de l'information, plus que l'obtention du consentement à l'acte médical, le consentement au risque encouru. En effet, la caractérisation de l'utilité et de l'urgence éventuelle des actes envisagés semble se confondre avec celle de leur nécessité médicale, dont l'appréciation relève avant tout du médecin. Demeurent les conséquences de l'acte médical et les risques qu'il comporte. Concernant les conséquences positives de l'acte, elles s'inscrivent, avec son utilité, dans le spectre de la nécessité médicale ; quant aux conséquences négatives de l'acte, elles se confondent avec ses risques. L'information dispensée par le médecin paraît dès lors éclairer le consentement du patient non à l'acte en lui-même mais aux risques qui lui sont associés, dans sa réalisation comme dans l'abstention, tant les « conséquences prévisibles en cas de refus » semblent être considérées comme nécessairement défavorables au patient, si la

Creton ; *ibid.* 2011, p. 35, obs. O. Gout ; *ibid.*, p. 2565, obs. A. Laude ; *RDSS* 2010, p. 898, note F. Arhab-Girardin ; *RTD civ.* 2010, p. 571, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2010, p. 788, note S. Porchy-Simon ; *RDC* 2011, p. 335, note M. Bacache ; *ibid.*, p. 345, note F. Leduc ; *ibid.*, p. 357, note P. Pierre ; *RCA* 2010, Comm. 22, obs. S. Hocquet-Berg.

⁵⁸³ PIERRE P., Derniers développements de la responsabilité médicale, *Bull. d'information du CDOM d'Ille-et-Vilaine* 2015, n°58, p. 7.

nécessité médicale de l'acte envisagé est acquise. Cette analyse semble vérifiée par la dernière phrase de l'alinéa premier de l'article L.1111-2 CSP qui étend l'obligation d'information aux « risques nouveaux » identifiés postérieurement à la réalisation de l'acte médical⁵⁸⁴.

141. La conception d'une obligation d'information fondée sur le risque retenue par le législateur de 2002 est l'héritière de la jurisprudence judiciaire et administrative, qui a progressivement précisé l'étendue du devoir d'information en qualifiant le risque. La Cour de cassation considère dans un arrêt rendu le 27 mai 1998 qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a informé son patient des risques graves des investigations ou des soins qu'il propose ou que le patient demande⁵⁸⁵. Par risques graves, la Haute juridiction entend, selon P. SARGOS, des risques de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales⁵⁸⁶. La Cour de cassation précise son appréciation à l'occasion de deux arrêts rendus le 7 octobre 1998, en considérant dans une première espèce que le seul fait qu'un risque inhérent à une intervention chirurgicale ne se réalise qu'exceptionnellement ne dispense pas un médecin de l'obligation d'en informer son patient⁵⁸⁷. A l'obligation d'informer des risques graves, elle ajoute donc celle d'informer des risques exceptionnels, ce qu'illustre la décision rendue dans la deuxième espèce : 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 ; il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait qu'un tel risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement⁵⁸⁸. Le Conseil d'Etat fait sienne cette analyse dans son arrêt *Telle*, aux termes duquel il considère d'une part que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité – en d'autres termes des risques graves –, le patient doit en être informé ; d'autre part, que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou

⁵⁸⁴ GAUMONT-PRAT H., La permanence de l'obligation d'information du patient, *RGDM* 2006, numéro spécial *La permanence des soins*.

⁵⁸⁵ Civ. 1^{re}, 27 mai 1998, n°96-19.161, *D.* 1998, p. 530, note F. Laroche-Gisserot ; *RCA* 1998, comm. 276.

⁵⁸⁶ SARGOS P., Rapport sur Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, n°95-19609, *JCP* 1997, II, 22942.

⁵⁸⁷ Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n°97-12.185.

⁵⁸⁸ Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n°97-10.267, *JCP G* 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos; *RTD civ.* 1999, p. 111, obs. P. Jourdain ; *D.* 1999, p. 145, note S. Porchy et somm. p. 259, obs. D. Mazeaud.

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 obligation⁵⁸⁹.

142. La loi du 4 mars 2002 a substitué à l'obligation jurisprudentielle d'information portant sur les risques graves, y compris exceptionnels, celle d'informer sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles. La doctrine a pu y voir un allègement de l'obligation faite au médecin en matière de risque grave en comparaison à la jurisprudence, le risque grave normalement prévisible n'étant pas nécessairement exceptionnel⁵⁹⁰. Nous ne partageons pas pleinement cette analyse. La rédaction retenue par le législateur – risques fréquents ou graves normalement prévisibles – impose d'abord d'informer sur les risques de survenue fréquente, quelle que soit leur gravité. Quant aux risques graves, ils ne doivent être portés à la connaissance du patient que dès lors qu'ils sont normalement prévisibles, ce qui n'exclut pas le cas de la réalisation exceptionnelle du risque. Le caractère « exceptionnel » fait référence à une fréquence – c'est-à-dire le nombre de fois que se produit un phénomène dans un temps déterminé – faible, or un risque peut être exceptionnel mais sa fréquence parfaitement connue ; plus encore, le fait de le qualifier d'exceptionnel suppose d'en connaître la fréquence⁵⁹¹. En conséquence, l'obligation légale concernant l'étendue de l'obligation d'information nous semble s'inscrire dans la ligne de la jurisprudence judiciaire et administrative. Tout risque, dès lors qu'il est identifié et que sa fréquence de réalisation – même très faible – est connue, doit être porté à la connaissance du patient. La volonté autonomiste ou promotrice de l'autodétermination du patient affichée par la loi du 4 mars 2002 peut donc, au regard du contenu de l'information qui lui est due, être relativisée. L'information centrée sur le risque éclaire un consentement au risque, ce qui paraît difficilement conciliable avec la sérénité qui doit en théorie présider à la décision médicale. L'inquiétude qui en découle vient s'ajouter à l'inquiétude initiale du patient pour sa santé, éventuellement à sa souffrance, qui altèrent déjà ses capacités à décider de manière strictement rationnelle. Loin de permettre l'autodétermination du patient, cette approche encourage en fait le patient à s'en remettre à son médecin pour choisir « de deux maux, le moindre », en vertu d'une confiance aveugle peu compatible avec l'idée même de

⁵⁸⁹ CE, 5 janv. 2000, n°198530, *RFDA* 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux ; *ibid.*, p. 654 note P. Bon ; *Rev. jur. Ouest* 2000, n°3, comm. M.-L. Moquet-Anger ; *JCP G* 2000, II, 10271, note J. Moreau.

⁵⁹⁰ MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n°360.

⁵⁹¹ On pourrait objecter que le mot exceptionnel peut désigner ce qui sort de l'ordinaire, ce qui est anormal, acception qui peut dès lors s'envisager indépendamment de l'idée de fréquence.

consentement ; l'alternative étant celle d'un renoncement aux soins du fait des risques associés. L'information comme outil d'aide à la décision devient alors une limite, voire un obstacle : envisagée comme un moyen permettant de compenser l'inaptitude décisionnelle partielle du patient, elle vient la renforcer.

143. Cette dérive est étroitement liée au développement des connaissances scientifiques et au raisonnement médical basé sur des évaluations statistiques. Le raisonnement diagnostique et thérapeutique est guidé par des arbitrages donnant lieu, à chaque étape, à l'évaluation du rapport entre les bénéfices et les risques de l'acte en référence aux données acquises de la science, l'option étant à privilégier si les premiers sont supérieurs aux seconds ; soit un rapport supérieur à un. Si ce raisonnement est valable à l'échelle d'une population – population générale ou population particulière caractérisée par l'âge, le sexe ou la pathologie –, il n'a de valeur que relative à l'échelle d'un individu, pour lequel la réalisation du risque, dès lors qu'il existe, est binaire. Il revient donc au médecin d'apprécier ce rapport pour son patient, du moins autant que faire se peut. L'opération prend une dimension encore plus complexe en cas de doute scientifique. Le contentieux de l'indemnisation des scléroses en plaques attribuées à une vaccination contre l'hépatite B en est une démonstration. L'ensemble des études scientifiques réalisées sur le sujet n'a pas permis de mettre en évidence de lien de causalité entre l'exposition au vaccin et la survenue ou l'aggravation d'une affection démyélinisante de ce type. Pour autant, tant le juge judiciaire que le juge administratif ont admis qu'un lien de causalité juridique pouvait être établi sur la base de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes⁵⁹². La vérité juridique s'écarte ainsi de la vérité scientifique : le risque, non établi par la science, est affirmé par le droit, puisqu'il en indemnise les conséquences de la réalisation. On peut alors s'interroger sur le point de savoir si le médecin est tenu d'informer le patient de ce risque, qui peut sans hésitation être qualifié de grave et dont il est désormais admis à demander l'indemnisation des conséquences s'il se réalise ; ou s'il doit se limiter, dans la détermination du risque objet de l'information, aux connaissances médicales avérées et aux données acquises de la science. La deuxième branche de l'alternative aura instinctivement la préférence de l'homme de science. Pour autant, dans le contexte spécial d'une vaccination recommandée, et a fortiori dans celui d'une vaccination

⁵⁹² SCHÜTZE T., BOUVET R., LE GUEUT M., Vaccination hépatite B et sclérose en plaques : de l'incertitude médicale à l'indemnisation des victimes, *Revue neurologique* 2014, n°170, p. 520.

obligatoire⁵⁹³, la consécration juridique du lien entre vaccination et survenue d'un dommage indemnisable parait inciter le médecin à la délivrance d'une information portant sur les doutes qui persistent quant aux risques associés à cet acte médical. Telle est l'attitude choisie par l'ANSM⁵⁹⁴ qui, dans le résumé des caractéristiques du produit⁵⁹⁵ concernant le vaccin contre l'hépatite B, fait figurer au titre de la surveillance post-commercialisation le risque de sclérose en plaques. Ce faisant, l'Agence confère au risque juridiquement reconnu une valeur scientifique, dans la mesure où la loi du 29 décembre 2011⁵⁹⁶ érige l'autorisation de mise sur le marché (AMM) en véritable norme de sécurité sanitaire, référence en matière de prescription médicamenteuse⁵⁹⁷. S'agit-il d'une attitude anti-scientifique de la part de l'Agence étant donné l'absence de risque scientifiquement prouvé ; nous ne le pensons pas. D'une part un lien de cause à effet entre deux phénomènes peut exister sans qu'il ait pu être scientifiquement établi. D'autre part, l'incertitude est le postulat de toute démarche scientifique. *Semper in dubiis*, c'est sur cette culture du doute que se construisent les hypothèses, démonstrations, confirmations et réfutations qui bâtissent le corpus des connaissances scientifiques. Elle est également le propre de l'évaluation et de la gestion des risques, en particulier du risque sanitaire. Les décisions des agences de sécurité sanitaire se caractérisent donc par cette contrainte de l'incertitude, à la fois dans l'évaluation technique et dans la gestion administrative du risque, qui renvoie nécessairement à la question de la précaution⁵⁹⁸.

144. Si l'obligation trouve donc son fondement dans le respect de la dignité du patient, de valeur constitutionnelle, la détermination jurisprudentielle et légale du contenu de l'information délivrée privilégie une approche basée sur le risque associé à l'acte médical concerné par la décision. Cette évolution juridique combinée à l'approche probabiliste de la définition des options diagnostiques et thérapeutiques confirment la prééminence de l'aptitude

⁵⁹³ Dans le cadre professionnel en ce qui concerne le vaccin contre l'hépatite B.

⁵⁹⁴ Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

⁵⁹⁵ Ensemble d'informations plus particulièrement destiné au professionnel de santé et constituant une des annexes de la décision d'autorisation de mise sur le marché.

⁵⁹⁶ Loi n° 2011-2012 du 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF* du 30 déc. 2011, p. 22667.

⁵⁹⁷ LAUDE A., La nouvelle régulation des produits de santé. A propos de la loi du 29 décembre 2011, *JCP G* 2012, 123 ; BOUVET R., LE GUEUT M., La prescription hors AMM après la loi du 29 décembre 2011, *Rev. Droit & Santé* 2012, p. 569.

⁵⁹⁸ BOUVET R., LE GUEUT M., La portée normative des avis d'expert dans l'élaboration de la décision administrative en matière de sécurité sanitaire, *Méd. & Droit* 2012, p. 182.

médicale à la décision, dans les limites inhérentes à une approche statistique d'intérêt populationnel qui contraint le médecin à une nécessaire individualisation de l'information.

B. Modalités

145. Le principe d'individualisation gouverne les modalités de délivrance de l'information par le médecin. Il s'illustre en premier lieu par l'exigence légale d'un entretien individuel⁵⁹⁹, ce qui suppose que la communication de l'information se fasse obligatoirement de manière orale. L'entretien peut consister soit en une consultation en présence physique du médecin et de son patient, soit au moyen d'un dispositif utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'actes de télémédecine⁶⁰⁰. C'est le cas de la téléconsultation, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient⁶⁰¹. L'exigence d'un entretien individuel suppose également que l'exécution de l'obligation d'information ne puisse consister en la simple transmission par le médecin d'un document listant les bénéfices et les risques de l'acte médical soumis à la décision. Ce type de documents, souvent rédigés par des sociétés savantes, concerne généralement les risques associés à certains actes techniques tels que des interventions chirurgicales ou des endoscopies. Leur usage s'est progressivement généralisé, en particulier depuis le renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information opéré par la Cour de cassation⁶⁰² puis par le Conseil d'Etat⁶⁰³ avant d'être consacré par la loi du 4 mars 2002 : en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée⁶⁰⁴. Cette preuve pouvant être apportée par tout moyen, le recours à de tels documents peut bien évidemment être envisagé mais ne saurait suffire à dégager le praticien de sa responsabilité. Ainsi un document intitulé

⁵⁹⁹ CSP, art. L.1111-2, al. 3.

⁶⁰⁰ CSP, art. L.6316-1.

⁶⁰¹ CSP, art. R.6316-1, 1^o.

⁶⁰² Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n°94-19.685, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274, rapp. P. Sargos, note S. Guigue ; *D.* 1997, somm. 319, obs. J. Penneau ; *Defrénois* 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 997, I, 4025, obs. G. Viney ; *RCA* 1997, chron. n°8, C. Lapoyade-Deschamps ; *CCC* 1997, n°76 et chron. 5 L. Leveneur ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain ; *ibid.*, p. 924, obs. J. Mestre ; *LPA* n°198530, 16. juill. 1997, note A. Dorsner-Dolivet ; *RDSS* 1997, p. 288, note L. Dubouis.

⁶⁰³ CE, 5 janv. 2000, n°198530, *Telle*, préc. : « Considérant qu'en se fondant, pour estimer que les praticiens avaient omis de fournir cette information, sur le fait que l'AP-HP n'établissait pas que l'intéressé avait été informé des risques de l'intervention, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit et a souverainement apprécié les faits de l'espèce ».

⁶⁰⁴ CSP, art. L.1111-2, al. 7.

« consentement éclairé mutuel – autorisation d’opérer », libellé en termes très généraux et ne contenant aucune précision quant à la nature des complications et des risques prévisibles qui se sont finalement réalisés, ne peut donc constituer une information conforme aux exigences légales et jurisprudentielles⁶⁰⁵. L’exigence d’individualisation de l’information délivrée ne peut effectivement se satisfaire de tels procédés. Le juge judiciaire a en revanche pu présumer l’information du patient des divers entretiens avec son médecin, d’un temps de réflexion très long et de la manifestation d’une hésitation et d’une anxiété avant l’opération⁶⁰⁶ ; ou encore, s’agissant d’une endoscopie bronchique, du fait que le patient avait bénéficié à plusieurs reprises de la réalisation du même geste technique⁶⁰⁷. Et si le médecin n’a pas l’obligation d’informer son patient par écrit⁶⁰⁸, la responsabilité d’un établissement de santé du fait d’un défaut d’information a pu être écartée en raison d’une attestation signée du patient antérieurement à l’intervention litigieuse, certifiant que l’ensemble des risques et complications potentiels lui avaient été clairement indiqués à l’occasion d’un entretien individuel⁶⁰⁹. On ne peut que souscrire à cette analyse dans la mesure où le document écrit n’est pas en lui-même un moyen d’information mais atteste de la réalisation de l’entretien individuel et de son contenu.

146. Le principe d’individualisation de l’information procède également des obligations déontologiques du médecin, qui lui prescrivent de délivrer une information loyale, claire et appropriée⁶¹⁰.

L’exigence de loyauté est un outil d’individualisation permettant de tempérer les dérives susceptibles de résulter d’une information basée sur le risque, propre à renforcer l’inaptitude décisionnelle du patient. La loyauté de l’information suppose de la part du médecin sincérité et franchise quant aux bénéfices attendus et aux risques encourus. Elle requiert donc pour lui de s’extraire de l’abstraction scientifique et technique du rapport bénéfices-risques, pour se placer en situation de conseiller *in concreto* de son patient, et formuler ses préconisations conformément à l’esprit et à la lettre de l’article L.1111-4, alinéa 1^{er} CSP. Il ne s’agit pas de

⁶⁰⁵ CA Toulouse, 25 oct. 2010, n°10/01705.

⁶⁰⁶ Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, n°95-19.609.

⁶⁰⁷ CA Nîmes, 9 juin 2009, n°05/03675 : « ne démontre pas qu’informée de ce risque exceptionnel tenant à un geste connu d’elle-même dont la nécessité était admise, elle aurait refusé l’intervention et que l’absence d’information lui a causé un préjudice indemnisable si ce n’est en procédant par affirmations non étayées ». *A contrario* : Civ. 1^{re}, 26 oct. 2004, n°02-17.175.

⁶⁰⁸ Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n°01-15.711.

⁶⁰⁹ CE, 14 nov. 2011, n°337715.

⁶¹⁰ CSP, art. R.4127-35.

minimiser les risques, pas plus qu'il ne s'agit de les exagérer, ce qui pourrait aboutir au refus des soins, par crainte. Il ne s'agit pas d'une « franchise brutale, crue, sans cœur »⁶¹¹, mais, en réalité, de mettre en perspective les connaissances médicales, de portée générale, et la situation particulière du patient. L'aptitude décisionnelle de ce dernier ne s'en trouve pas nécessairement majorée, mais les préconisations du médecin ainsi dégagées permettent de raffermir la sérénité de la relation médicale, ce qui, *a minima*, consolide l'aptitude décisionnelle du patient. L'Ordre des médecins admet ainsi, dans ses commentaires de l'article R.4127-35 CSP, que dans l'hypothèse de plusieurs options équivalentes du point de vue médical, soit le patient fait valoir une préférence personnelle, qui emporte la décision, soit il laisse le médecin décider et ce dernier choisit en fonction de critères associant sa connaissance du patient et celle de l'art médical⁶¹².

147. Si l'exigence de loyauté de l'information procède d'une individualisation d'abord liée à l'acte médical soumis à la décision, l'exigence de clarté procède d'une individualisation liée à la personne du patient. Elle fait écho à la formule retenue en 1961 par la Cour de cassation, selon laquelle l'information dispensée par le médecin devait être « simple, approximative, intelligible et loyale »⁶¹³. La clarté de l'information suppose, tout en conservant sa justesse, qu'elle soit exposée de manière simple, c'est-à-dire exempte de détails superflus ou de jargon technique. Ainsi que l'exprime son titre de docteur⁶¹⁴, le médecin doit faire œuvre de pédagogie, ce qui suppose simplification, répétition et échange⁶¹⁵. C'est en se conformant à cette exigence de clarté que le médecin contribue à renforcer l'aptitude décisionnelle du patient, en lui permettant l'accès à la connaissance, qui fonde l'*imperium* du ministère médical. Ainsi la procédure de décision médicale satisfait-elle à l'exigence de concertation.

148. La troisième prescription est celle d'une information appropriée, ce qui procède d'une individualisation liée tout à la fois à l'acte médical, à la personne du patient ainsi qu'à son état de santé, c'est-à-dire au diagnostic, au pronostic et à l'évolutivité de la pathologie. En dehors du cadre général prévu à l'article L.1111-2 CSP, le juge, dans certains cas, puis la loi ont

⁶¹¹ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 101.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Civ. 1^{re}, 21 févr. 1961, *JCP G* 1961, II, 12129, obs. R. Savatier.

⁶¹⁴ GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, v^o doceo, Hachette, 1937, p. 551.

⁶¹⁵ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *op. cit.*, p. 100.

prévu une obligation d'information renforcée concernant certains actes médicaux. Ici encore, l'obligation d'information concerne essentiellement les risques inhérents aux actes spéciaux visés, soit parce qu'ils procèdent de techniques innovantes, soit parce qu'ils sont sans bénéfice direct pour la santé du patient, ou soit encore parce qu'ils n'ont pas de finalité thérapeutique. Comme souvent, ces modalités dérogatoires concernent les actes médicaux liés à la procréation : assistance médicale à la procréation⁶¹⁶ et diagnostic prénatal⁶¹⁷ ; sont également concernées les techniques d'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, eu égard à la portée de ce type d'examen⁶¹⁸. Les autres actes concernés se caractérisent par l'absence de bénéfice direct pour la santé du patient.

149. On citera d'abord le cadre de la recherche biomédicale au sens de l'article L.1121-1 CSP⁶¹⁹, qui prévoit une information particulièrement complète des personnes qui se prêtent à une telle recherche⁶²⁰. Les dispositions du code de la santé publique se combinent, concernant les traitements de données dans le domaine de la recherche en matière de santé, à un régime spécial prévu par le chapitre IX de la loi informatique et libertés, qui prévoit également une obligation légale d'information⁶²¹.

150. On citera ensuite le cas du prélèvement d'organe sur donneur vivant, qui par définition ne peut retirer à titre personnel aucun bénéfice de ce don – sauf à se placer sur un plan moral ou affectif –, et ne se trouve donc exposé, à titre personnel, qu'aux risques inhérents à la procédure de prélèvement. C'est l'hypothèse de l'acte médical réalisé dans l'intérêt

⁶¹⁶ CSP, art. L.2141-10.

⁶¹⁷ CSP, art. R.2131-2.

⁶¹⁸ CSP, art. R.1131-4, al. 1^{er} : Préalablement à l'expression écrite de son consentement, la personne est informée des caractéristiques de la maladie recherchée, des moyens de la détecter, du degré de fiabilité des analyses ainsi que des possibilités de prévention et de traitement. En outre, elle est informée des modalités de transmission génétique de la maladie recherchée et de leurs possibles conséquences chez d'autres membres de sa famille.

⁶¹⁹ Ce qui exclut : 1° les recherches dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle, sans aucune procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic ou de surveillance ; 2° les recherches visant à évaluer les soins courants, autres que celles portant sur les médicaments, lorsque tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle mais que des modalités particulières de surveillance sont prévues par un protocole.

⁶²⁰ L'information de ces personnes porte sur l'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ; les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ; les éventuelles alternatives médicales ; les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche ; l'avis du comité de protection des personnes et l'autorisation de l'ANSM ; leur droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant leur santé ; le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévues par le protocole et son inscription dans le fichier national ; leur droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer leur consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait.

⁶²¹ V. FRAYSSINET J., PEDROT P., La loi du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, *JCP G* 1994, I, 3810.

thérapeutique d'autrui visé à l'article 16-3 du code civil. Cette situation exceptionnelle justifie un cadre normatif tout aussi exceptionnel. L'information est clairement axée sur les risques encourus, et notamment sur les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement, ses répercussions éventuelles sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur⁶²². Cette information est délivrée non par le praticien qui a retenu l'indication de la greffe – sauf urgence – mais par un comité d'experts qui, dans un second temps, procède à l'audition du donneur et s'assure qu'il a mesuré les risques et les conséquences du prélèvement au vu de l'information qui lui a été délivrée. Le praticien qui a retenu l'indication de la greffe se trouve donc dégagé de son obligation d'information, laquelle incombe à un comité pluridisciplinaire extérieur à la relation médicale proprement dite, qui *in fine* autorisera ou non le don. Cette procédure a pu être analysée par la doctrine comme une confiscation de la décision de donner justifiée par la protection du donneur, notamment vis-à-vis d'éventuelles pressions familiales⁶²³. Elle peut aussi être regardée comme une dépossession par le comité des prérogatives décisionnelles du médecin qui retient l'indication et aura à mettre en œuvre l'acte médical, ou, plus sûrement, comme un exemple de décision systémique telle qu'évoquée *supra*.

151. On citera enfin le cas particulier de la chirurgie plastique à visée purement esthétique. Dans cette hypothèse, le recours à la technique médicale ne s'inscrit ni dans la prévention, ni dans le diagnostic ou le soin, si l'on exclut les actes de chirurgie reconstructrice⁶²⁴. La nécessité médicale de l'acte procède davantage des moyens à mettre en œuvre, puisque seuls des moyens médicaux permettent d'obtenir l'amélioration de l'apparence corporelle souhaitée, que de la finalité de l'acte, sauf à envisager la souffrance morale qui résulterait d'une apparence non conforme aux aspirations du sujet. On comprend dès lors qu'une information la plus complète centrée sur les risques encourus soit exigée, ce que la Cour de cassation a admis dès 1969 en considérant que l'obligation d'information était d'autant plus impérieuse qu'il ne s'agissait pas de donner des soins à un malade, mais de remédier, en l'espèce, à une légère imperfection physique⁶²⁵. Le Conseil d'Etat estimait pour sa part qu'en matière de chirurgie esthétique, le praticien était tenu à une obligation d'information

⁶²² CSP, art. R.1231-1-1 ; l'information porte également sur les modalités d'un don croisé, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur et sur la nécessité de prélever et de conserver des échantillons biologiques à visée de biovigilance ainsi que de leur possible utilisation à des fins scientifiques.

⁶²³ SAISON J., Le donneur vivant, *AJDA* 2015, p. 563.

⁶²⁴ Par exemple la reconstruction faciale dans les suites d'un traumatisme ou la reconstruction mammaire après une chirurgie oncologique.

⁶²⁵ Civ. 1^{re}, 17 nov. 1969, *JCP* 1970, II, 16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970, J, I, 49 ; *D.* 1970, p. 85.

« particulièrement étendue » à l'égard de son client⁶²⁶. La Haute juridiction judiciaire a par la suite précisé l'étendue de l'information à dispenser en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique : elle doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur « tous les inconvénients pouvant en résulter »⁶²⁷, c'est-à-dire sur toute conséquence limitant ou obérant le résultat escompté. La loi du 4 mars 2002 s'inscrit dans la ligne de cette jurisprudence⁶²⁸ en créant un article L.6322-2 CSP selon lequel pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications⁶²⁹. Les « éventuelles conséquences et complications » peuvent en effet être assimilées à « tous les inconvénients » de la jurisprudence judiciaire, ce d'autant que l'obligation légale vise désormais « les risques », sans exiger le critère de gravité.

152. L'exigence de concertation envisagée comme la garantie d'une décision acceptable avant d'être acceptée oblige le médecin, détenteur du savoir et du savoir-faire, à permettre l'accès du patient à la connaissance médicale en faisant œuvre de pédagogie. L'aptitude décisionnelle du patient, certes partielle, s'en trouve sinon augmentée, du moins confortée. L'obligation d'information ne saurait cependant se réduire au monologue du médecin : l'impératif d'une information loyale, claire et appropriée suppose un dialogue entre le patient, le médecin, voire le système de soins⁶³⁰. La concertation prend alors une dimension contradictoire.

§2. La concertation contradictoire

153. L'exigence de concertation place le patient apte à la décision au centre du processus décisionnel, mais doit tenir compte du caractère désormais systémique de la décision (B). Le

⁶²⁶ CE, 15mars 1996, *D.* 1996, IR, p. 115 ; *JCP* 1996, IV, 11593, obs. M.-C. Rouault ; *ibid.*, I, 3985, n°23, obs. G. Viney ; *LPA* 16 sept. 1996, n°112, p. 6.

⁶²⁷ Civ. 1^{re}, 17 févr. 1998, n°95-21.715, *D.* 1998, IR, p. 81 ; *RCA* 1998, n°166, p. 16 ; *JCP* 1998, I, 144, n°20, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1998, p. 681, chron. P. Jourdain ; *Dr. et patrimoine* 1998, 101, n°1939, note F. Chabas ; *LPA* 6 mai 1999, n°90, p. 19, note D. Halliez.

⁶²⁸ CORMIER C., La chirurgie esthétique, *RDSS* 2002, p. 724.

⁶²⁹ Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé. Un délai minimum doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle.

⁶³⁰ Sur le rôle du « système de soins » : cf. les informations à destination du patient consommateur de produits de santé, ou encore le rôle de l'Etat lorsqu'il impose un acte (vaccination) ou l'encourage (dépistage).

patient ne saurait cependant être réduit à un simple destinataire de l'information, il en possède, dans une certaine mesure, la maîtrise (A).

A. La maîtrise de l'information par le patient

154. Nous avons déjà envisagé la possibilité pour le patient de refuser les soins, hypothèse qui exige du médecin de délivrer une information sur les conséquences de ce refus. Le refus du patient peut aussi s'exprimer en amont du consentement aux options proposées par le médecin, lorsqu'il concerne le fait même d'être informé. En cette matière comme en d'autres, la loi du 4 mars 2002 a suivi la jurisprudence antérieure⁶³¹ en plaçant le patient en situation de maîtriser la délivrance de l'information relative à son état de santé, dans la mesure où elle prévoit que 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 transmission⁶³². Les prescriptions déontologiques en vigueur préalablement en étaient fort éloignées, puisque tant le code de 1947 que celui de 1955 prévoyaient qu'un pronostic grave pouvait « légitimement être dissimulé » au malade. La rédaction issue de la révision de 1979 précisait que les raisons légitimes de se taire devaient être appréciées par le médecin « en conscience », et que le silence, outre le pronostic grave, concernait également le diagnostic grave. La Cour de cassation considérait ainsi, dans une décision rendue en matière de santé mentale, que la limitation de l'information du malade prévue l'article 42 du code de déontologie médicale de 1979 devait être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, lequel devait être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade⁶³³. Si on rejoint ici l'hypothèse de l'impossibilité d'informer qui seule, avec la situation d'urgence, exonère le médecin de l'obligation d'information⁶³⁴, la conduite dictée aux médecins en matière de diagnostic et de pronostic graves illustre typiquement la conception paternaliste de la relation médicale. La rédaction issue de la révision de 1995 a tempéré la liberté du médecin de faire le choix du silence en

⁶³¹ Par exemple Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n°97-10.267, *D.* 1998, IR, p. 249 ; *ibid.* 1999, p. 145, note S. Porchy-Simon ; *ibid.*, somm., p. 259, obs. D. Mazeaud ; BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *Grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz 2010, n°5.

⁶³² CSP, art. L.1111-2, al. 4.

⁶³³ Civ. 1^{re}, 23 mai 2000, n°98-18.513, *JCP* 2000, II, 10342, rapp. P. Sargos.

⁶³⁴ CSP, art. L.1111-2, al. 2.

prévoyant l'exception de l'exposition de tiers à un risque de contamination. Cette dernière version de la règle déontologique a prévalu, après la codification à l'article R.4127-35 CSP en 2004⁶³⁵, et jusqu'en 2012⁶³⁶. Il aura donc fallu dix ans à l'Ordre des médecins pour mettre fin aux contrariétés entre le droit légalement consacré du malade à disposer des informations concernant son état de santé, y compris le droit à ignorer tout diagnostic ou pronostic, et la liberté du médecin de les taire, à supposer qu'ils aient été graves, le critère de gravité n'étant pas exigé par la loi⁶³⁷. La rédaction actuelle de l'article R.4127-35 CSP est donc désormais fidèle à celle de l'article L.1111-2, al. 4 en faisant du patient le seul juge du silence du médecin quant à un diagnostic ou un pronostic, quelle que soit sa gravité. La loi du 4 mars 2002 étend par ailleurs la maîtrise de l'information aux patients mineurs, en prévoyant que le médecin puisse être dispensé d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale à la réalisation des actes médicaux qui s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur si celui-ci s'oppose expressément à leur consultation. Dans ce cas, le médecin se voit contraint de s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. S'il maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention, à la condition que le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son choix⁶³⁸.

155. L'harmonisation des textes législatifs et réglementaires n'est cependant pas parfaite, puisque persiste une différence notable tenant aux circonstances justifiant la délivrance d'information par le médecin en dépit du refus exprimé par le patient : la loi vise le « risque de transmission » quand le règlement vise le « risque de contamination ». Cette différence ne saurait se limiter à une discussion purement sémantique. La rédaction de la dernière proposition de l'alinéa 4 de l'article L.1111-2 CSP ne s'illustre pas par sa clarté dans la mesure où elle ne précise pas ce qui risque d'être transmis à des tiers. On suppose qu'il peut s'agir d'un agent infectieux (bactérie, virus, parasite) ou d'une caractéristique génétique, mais faut-il que soit attaché à cette transmission un caractère pathogène ou un risque pour la santé d'autrui ? On ne peut que le présumer, sans que le risque ne soit qualifié en termes de fréquence ou de gravité. Le risque de contamination mentionné dans le code de déontologie

⁶³⁵ Décret n° 2004-802 du 29 juill. 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, *JORF* du 8 août 2004, p. 37087.

⁶³⁶ Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JORF* du 8 mai 2012, p. 8479.

⁶³⁷ LAUDE A., Le code de déontologie médicale enfin modifié !, *D.* 2012, p. 1694.

⁶³⁸ CSP, art. L.1111-5.

médicale paraît plus restreint, et ne concerne *a priori* que les pathologies infectieuses : une maladie d'origine génétique peut être transmise mais n'est pas contagieuse. En somme, l'obligation déontologique d'informer ne concernerait que les pathologies infectieuses, quand l'obligation légale d'informer concernerait les pathologies infectieuses et les anomalies génétiques. Cette interprétation ne semble cependant pas partagée par l'Ordre des médecins qui, dans ses commentaires portant sur l'article 35, mentionne l'hypothèse d'une « anomalie génétique grave », dont la transmission éventuelle ne nous semble pourtant pas relever d'un risque de contamination au sens strict⁶³⁹. On relèvera par ailleurs le critère de gravité retenu par l'Ordre au titre de ses commentaires, critère qui n'est exigé ni par la loi, ni par le règlement.

156. Dans le cas d'une pathologie infectieuse de caractère pathogène certain, l'information contrainte du patient trouve une justification indiscutable dans la préservation de la santé des tiers exposés, voire dans la préservation de la santé publique si l'on se place dans l'hypothèse d'une épidémie ou d'une pandémie. C'est le sens des politiques d'éradication des maladies infectieuses, qui passe notamment par la déclaration obligatoire de certaines maladies contagieuses⁶⁴⁰, et par la politique de vaccination des populations, au besoin via la contrainte puisque certaines vaccinations⁶⁴¹ ont été rendues obligatoires par l'Etat⁶⁴². A l'échelle individuelle, la situation emblématique est celle de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), qui expose celui qui en est atteint à un risque de mort. L'information d'une séropositivité VIH devra donc être communiquée au patient nonobstant son refus ; elle ne pourra en revanche pas être communiquée au partenaire du patient par le médecin, cette information étant couverte par le secret professionnel. Le caractère absolu du secret ne peut d'ailleurs être combattu par les dispositions relatives à la communication d'un pronostic fatal⁶⁴³ ou d'un diagnostic ou d'un pronostic grave⁶⁴⁴ – ce qui est le cas de l'infection par le VIH –, dans la mesure où ces dérogations supposent l'absence d'opposition du malade. Certains auteurs ont cependant soulevé l'hypothèse selon laquelle la révélation par le médecin de la séropositivité du patient à son partenaire pourrait être justifiée par l'état de

⁶³⁹ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 103.

⁶⁴⁰ CSP, art. D.3113-6 et D.3113-7.

⁶⁴¹ Y compris pour des maladies infectieuses non contagieuses telles que le tétanos.

⁶⁴² CSP, art. L.3111-1 et s.

⁶⁴³ CSP, art. R.4127-35, al. 3.

⁶⁴⁴ CSP, art. L.1110-4.

nécessité au sens de l'article 122-7 du code pénal, l'intérêt protégé par le secret professionnel, dont le fondement est pourtant d'ordre public, étant d'une valeur inférieure à celle de la vie⁶⁴⁵. Réserve faite de cette analyse, il restera au médecin à convaincre son patient de révéler sa séropositivité dans l'intérêt de son partenaire, l'abstention d'une telle révélation pouvant relever du délit d'administration de substance nuisible⁶⁴⁶.

157. Le cas de l'information relative aux anomalies génétiques est plus complexe. Il convient de rappeler à titre liminaire que contrairement aux pathologies infectieuses qui sont le fait d'un agent pathogène extérieur, les anomalies génétiques sont constitutives de l'individu et leur transmission relève non du hasard de l'existence mais de la conception même de l'individu. Les tiers exposés sont donc par définition des apparentés, des membres de la famille. Par ailleurs, alors que le caractère pathogène d'un agent infectieux peut être connu avec une relative certitude, une anomalie génétique avérée – affectant le génotype – n'est pas nécessairement associée à un caractère pathologique à l'échelle de l'individu – le phénotype – , en vertu des phénomènes de variabilité touchant la pénétrance et l'expressivité des gènes. La mise en évidence d'une anomalie génétique n'est donc pas synonyme de maladie : elle peut témoigner d'une susceptibilité particulière, c'est-à-dire d'un risque statistiquement établi, voire n'avoir pas de traduction phénotypique péjorative. Enfin, certaines anomalies sont associées à la survenue d'une pathologie qui pourra ne se manifester que de manière différée par rapport au diagnostic de l'anomalie⁶⁴⁷. C'est manifestement au regard de ces spécificités attachées à la transmission d'une anomalie génétique que le législateur a élaboré une procédure spéciale d'information du patient et de sa parentèle.

Il convient d'abord de préciser que l'exception visée à l'article L.1111-2, al. 4 CSP appliquée au cas d'une anomalie génétique ne porte pas sur le diagnostic de l'anomalie à proprement parler mais sur le risque lié à l'anomalie présumée. Aux termes de l'article L.1131-1-2 CSP, préalablement à la réalisation d'un examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin prescripteur l'informe des risques qu'un silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés si une anomalie génétique grave, dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention ou de soins, était diagnostiquée. Il prévoit avec

⁶⁴⁵ MANAOUIL C., DAURY-FAUVEAU M., Regards croisés sur le médecin face au partenaire d'un patient séropositif, *Méd. & Droit* 2008, p. 144.

⁶⁴⁶ Crim., 10 janv. 2006, n°05-80.787, *RSC* 2006, p. 321, obs. Y. Mayaud ; *D.* 2006, chron. p. 1068, note A. Prothais ; *ibid.*, panorama, p. 1653, obs. S. Mirabail ; *Dr. pénal* 2006, comm. n°30, obs. M. Véron.

⁶⁴⁷ La chorée de Huntington se manifeste par exemple entre 30 et 45 ans.

elle dans un document écrit les modalités de l'information destinée aux membres de la famille potentiellement concernés, afin d'en préparer l'éventuelle transmission. En cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave, la personne est tenue d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent leur être proposées. Si elle a exprimé par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic ou si elle ne souhaite pas informer elle-même les membres de sa famille potentiellement concernés, elle peut autoriser le médecin prescripteur à procéder à l'information des intéressés⁶⁴⁸.

Cette procédure spéciale semble critiquable. D'une part, elle impose au patient de se positionner quant à l'information de tiers en amont de la connaissance du diagnostic et de la gravité qui lui est associée. La décision de ne pas informer n'est donc pas réellement éclairée par une information claire. D'autre part, elle fait reposer sur le patient, bien que guidé par le médecin, l'effectivité de l'information de ses proches. Cette obligation a été qualifiée d'extraordinaire par la doctrine, dans la mesure où elle va à l'encontre de la forte réticence historique et générale du droit français de la santé à mettre des obligations à la charge des patients et à en punir la violation, sauf à considérer les « responsabilités » accompagnant les droits des usagers du système de santé, visées à l'article L.1111-1 CSP⁶⁴⁹. En l'absence d'infraction pénale sanctionnable, il semble cependant que la responsabilité du patient ne puisse être envisagée qu'au titre de l'indemnisation des conséquences du défaut d'information, hypothèse que D. TRUCHET estime peu probable, le législateur ayant selon lui voulu édicter une règle de comportement éthique plutôt qu'une véritable obligation juridique⁶⁵⁰.

Si la concertation s'envisage donc, à l'occasion du colloque singulier, dans un débat contradictoire corollaire de la promotion de l'autonomie décisionnelle du patient, l'évolution de la relation médicale vers un colloque pluriel en redéfinit les modalités.

⁶⁴⁸ Elle lui communique les coordonnées des intéressés dont elle dispose. Le médecin porte alors à leur connaissance l'existence d'une information médicale à caractère familial susceptible de les concerner et les invite à se rendre à une consultation de génétique, sans dévoiler ni le nom de la personne ayant fait l'objet de l'examen, ni l'anomalie génétique, ni les risques qui lui sont associés.

⁶⁴⁹ TRUCHET D., Découverte d'une anomalie génétique et information de la parentèle, *Laennec* 2014, n°4, p. 18.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

B. L'information systémique

158. La loi du 4 mars 2002 semble avoir tiré les conséquences du caractère désormais systémique de la décision médicale en matière d'information. L'article R.4127-64 CSP disposait que lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, chacun d'entre eux assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade. La Cour de cassation⁶⁵¹ considérait à cet égard que le devoir d'information pesait aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription⁶⁵². L'article L.1111-2, al. 2 CSP, tel qu'issu de la loi *Kouchner*, s'inscrit dans la ligne de ces prescriptions déontologiques, en étendant l'obligation d'information à tous les professionnels de santé, dans le cadre de leurs compétences et des règles professionnelles qui leurs sont applicables. De manière corollaire, est organisé le partage du secret professionnel. Le code de déontologie imposait aux médecins de se tenir mutuellement informés ; l'article L.1110-4, al. 3 CSP, dans sa rédaction initiale, l'envisage comme une possibilité offerte aux professionnels de santé concourant à la prise en charge d'un même patient, afin de permettre la continuité des soins et de garantir la qualité de la prise en charge. Ainsi, chaque professionnel impliqué dans sa prise en charge est débiteur d'une obligation d'information à l'égard du patient, et est autorisé à communiquer avec les autres professionnels impliqués dans la prise en charge. A cet égard, les dispositions de l'article L.1110-4 CSP sont éclairantes, tant elles semblent confirmer la notion d'information systémique en visant, au sein des établissements de santé, « l'équipe de soins ». Alors que l'autorisation de communication entre professionnels est limitée par l'opposition du patient dûment averti – avertissement qui, en pratique est rarement mis en œuvre –, s'agissant de « l'équipe de soins », les informations sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe. Il s'agit selon toute vraisemblance d'une présomption simple, car on imagine mal que le patient ne puisse s'opposer à la transmission d'information à tel professionnel, pour des raisons qui lui appartiennent, quand un autre professionnel doté de compétences équivalentes pourrait être sollicité au sein de l'équipe de soins. La qualité de professionnel de santé ne suffit en revanche pas à permettre le partage du secret. Envisagé

⁶⁵¹ Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, n°95-19.609, *JCP*, II, 22942 ; *RDSS* 1998, p. 698, note M. Harichaux.

⁶⁵² Même si l'on peut être réservé sur l'emploi de tels termes, un médecin n'ayant pas, à proprement parler, à exécuter les prescriptions d'un confrère, en vertu du principe d'indépendance professionnelle.

comme un moyen de la continuité des soins, il ne peut être mis en œuvre qu'entre professionnels concourant effectivement à la prise en charge sanitaire du malade⁶⁵³.

159. La définition légale et les conditions d'un secret partagé en matière sanitaire répondent à l'exigence de concertation dans le contexte de l'évolution de la procédure de décision médicale. La réponse de la loi *Kouchner* est cependant partielle, dans la mesure où les professionnels impliqués dans cette décision désormais systémique ne sont pas exclusivement des professionnels de santé, mais également des professionnels du secteur social ou médico-social. Le droit en la matière est fragmenté, puisque seules quelques situations particulières prévues par des textes spéciaux permettent de déroger à l'obligation de l'article 226-13 du code pénal. Ainsi de l'article L.121-6-2 CASF issu de la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance⁶⁵⁴, de l'article L226-2-2 CASF issu de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance⁶⁵⁵, ou de l'article L.146-8 CASF relatif à l'équipe pluridisciplinaire des maisons départementales des personnes handicapées en charge d'évaluer les besoins de compensation de la personne handicapée et son incapacité permanente. Ces solutions demeurent toutefois inopérantes en ce qui concerne la décision systémique qui nous préoccupe. Plus intéressant est l'article L.113-3 CASF, qui dispose que les institutions et les professionnels de santé intervenant dans le secteur social, médico-social et sanitaire, sur un même territoire, auprès des personnes âgées atteintes de la maladie d'Alzheimer (ou d'une maladie apparentée) ou en perte d'autonomie, coordonnent leurs activités au sein de maisons pour l'autonomie et l'intégration des malades d'Alzheimer (MAIA). Ces dispositions semblent en effet répondre aux exigences nées de la prise en charge pluridisciplinaire des maladies chroniques et de la dépendance selon le modèle du *patient-centered care* dans une perspective *cure to care*. Elles s'avèrent cependant limitées au cadre spécifique des démences, et à leur prise en charge en MAIA, ce qui est loin de couvrir le spectre des besoins. L'œuvre normative méritait donc d'être parachevée afin d'organiser le partage d'informations à caractère secret entre ces professionnels⁶⁵⁶ et avec les professionnels de santé.

⁶⁵³ CA Nîmes, 23 avr. 1996, *Juris-Data*, n°030395 : commet le délit de l'article 226-13 le pharmacien-biologiste qui délivre à un mari, au motif qu'il est médecin, les résultats positifs de test de séropositivité de sa femme.

⁶⁵⁴ HENNION S., BESNARD E., Les conditions du partage en matière de prévention de la délinquance, *RDSS* 2015, p. 409.

⁶⁵⁵ MOISDON-CHATAIGNER S., Le partage du secret entre professionnels de la protection de l'enfance, *RDSS* 2015, p. 403.

⁶⁵⁶ V. sur ce sujet le dossier : Le partage du secret professionnel dans le secteur social et médico-social, *RDSS* 2015, n°3.

160. La loi du 26 janvier 2016⁶⁵⁷ tire les conséquences de la dimension systémique de la prise en charge sanitaire, sociale et médico-sociale. D'une part, en opérant une refonte complète de l'article L.1110-4 étendant le partage du secret aux personnels et établissements sociaux et médico-sociaux, dès lors que les informations partagées sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou au suivi social et médico-social du patient⁶⁵⁸. D'autre part, en créant un article L.1110-12 CSP, qui définit l'équipe de soins comme un ensemble de professionnels qui participent directement au profit d'un même patient à la réalisation d'un acte diagnostique, thérapeutique, de compensation du handicap, de soulagement de la douleur ou de prévention de perte d'autonomie, ou aux actions nécessaires à la coordination de plusieurs de ces actes. Les professionnels membres de l'équipe de soins doivent exercer dans le même établissement ou service ou dans un « ensemble » comprenant au moins un professionnel de santé et présentant une organisation formalisée et des pratiques conformes à un cahier des charges. Ils peuvent également se voir reconnaître la qualité de membre de l'équipe de soins par le patient qui s'adresse à eux pour la réalisation des consultations et actes prescrits par un médecin. On peut saluer l'évolution législative, tout en restant interrogatif sur la protection effective du secret au regard de la kyrielle de professionnels visés par l'article R.1110-2 CSP.

161. La dimension systémique de l'information s'illustre également dans la possibilité offerte au patient de multiplier les sources d'information, afin d'apprécier de manière contradictoire celle qui lui est délivrée par son médecin⁶⁵⁹. Deux modalités peuvent ici être envisagées. La première est celle du recours à un autre professionnel, ce qu'il est d'usage d'appeler un « second avis ». Cette démarche peut procéder de la volonté du seul patient, qui en informe ou non son médecin, *a priori* ou *a posteriori*. Elle peut être justifiée par des interrogations, des doutes, voire une défiance vis-à-vis du médecin, qui demeurent légitimes eu égard aux enjeux de la relation médicale. Elle peut aussi être mise en œuvre à l'initiative du médecin qui recourt à un consultant, dès que les circonstances l'exigent ou à la demande du malade ou de son entourage⁶⁶⁰. C'est classiquement le cas dans l'hypothèse de l'incompétence technique du praticien dans un domaine de spécialité ; c'est également le cas lorsqu'il perçoit, dans le cadre

⁶⁵⁷ Loi n°2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF* du 27 janv. 2016.

⁶⁵⁸ CSP, art. L.1110-4, II.

⁶⁵⁹ TILMAN L., De l'information au consentement : quel processus décisionnel ?, *RGDM* 2015, n°57, p. 17, spéc. p. 21.

⁶⁶⁰ CSP, art. R.4127-60.

du colloque singulier, le plus souvent en cas de diagnostic ou de pronostic grave ou complexe, que l'information par lui dispensée n'a pas dissipé les doutes du patient. Il existe dès lors un risque d'atteinte à la confiance qui fonde la relation médicale, qui peut être combattu par le recours à un tiers extérieur à la relation. Que l'initiative d'une telle démarche revienne au médecin ou au patient, elle témoigne du caractère désormais systémique de l'information.

La seconde hypothèse est celle de la recherche d'informations effectuée par le patient en toute autonomie. Le développement des technologies de l'information et de la communication offre désormais un accès quasi illimité à la connaissance, et notamment à la connaissance scientifique, via l'internet, au moyen de sites, de forums de discussion, ou de « réseaux sociaux ». La démarche s'inscrit résolument dans la concertation contradictoire préalable à la décision médicale et procède d'un moyen de réduction de l'asymétrie de connaissance inhérente à la relation médicale. Cette vision positive de l'information autonome doit toutefois être relativisée dans la mesure où si l'information est bien disponible en quantité, la qualité de l'information accessible demeure éminemment variable : de l'article scientifique publié dans une revue prestigieuse, rigoureux mais peu compréhensible par le patient lambda, au forum de discussion accessible mais truffé d'inexactitudes, voire d'erreurs. Il n'en demeure pas moins que le praticien doit désormais tenir compte de ce nouveau canal d'information du patient, au besoin en relativisant voire en corrigeant les informations fausses ou mal comprises.

Cet aspect nouveau des modalités de l'information du patient témoigne de l'aspiration des patients à l'autonomie⁶⁶¹ et, sans doute dans une moindre mesure, d'une certaine défiance vis-à-vis du système soignant, dans un contexte d'aversion au risque sanitaire et d'appétence de certains patients pour les médecines dites douces ou alternatives⁶⁶². Il est finalement assez paradoxal de constater l'émergence d'un recours à des tiers extérieurs à la relation médicale, théoriquement fondée sur la confiance, ce d'autant lorsque l'avis de ces tiers extérieurs en vient à primer sur celui du professionnel choisi par le patient, ou *a minima* à le remettre en cause. Quoiqu'il en soit, une telle évolution doit être regardée comme une occasion supplémentaire de garantir la concertation contradictoire préalable à la décision, en contraignant le médecin – si besoin était – à faire œuvre de pédagogie, à exposer clairement

⁶⁶¹ LAUDE A., Le patient, nouvel acteur de santé ?, *D.* 2007, p. 1151.

⁶⁶² SIMON L., PREBAY D., BERETZ A., BAGOT J.-L., LOBSTEIN A., RUBINSTEIN I., SCHRAUB S., Médecines complémentaires et alternatives suivies par les patients cancéreux en France, *Bulletin du cancer* 2007, vol. 94, n°5, p. 483.

les limites de ces certitudes, voire à témoigner simplement d'une correction minimale en cas de demande d'information complémentaire, lorsque celle-ci n'a pas ou a mal été comprise⁶⁶³.

162. L'étape de concertation contradictoire qui s'impose dans la procédure de décision médicale témoigne du caractère désormais systémique de cette décision. Elle illustre dans le même temps les limites du principe de codécision issu de la loi du 4 mars 2002, nonobstant les prérogatives désormais reconnues au patient, dont l'aptitude à la décision se trouve, via la concertation contradictoire, sinon augmentée, du moins confortée. Les principes et modalités de la concertation, garantie d'une décision acceptable, sont tous autres en cas d'inaptitude décisionnelle du patient.

Section 2 : Le patient inapte à la décision

163. Les hypothèses d'inaptitude à la décision relèvent, au sens du Comité consultatif national d'éthique, de l'atteinte à l'une ou l'autre des composantes de la compétence décisionnelle⁶⁶⁴ : la capacité à comprendre et la capacité à se déterminer librement, ou autonomie de la volonté. Le droit issu des lois *Kouchner*, *Léonetti* et *Léonetti-Claeys* ne se réfère pas à l'aptitude à la décision, mais à la possibilité pour la personne d'exprimer sa volonté. Si la volonté du patient est donc bien placée au cœur de la décision médicale par le droit, il convient de s'interroger sur les modalités du contrôle de concertation lorsque le patient est hors d'état de l'exprimer. Deux mécanismes peuvent alors être envisagés, fondés sur la représentation de la volonté du patient (§1) ou sur la protection de ses intérêts (§2).

§1. Volonté et représentation

164. La promotion du modèle autonomiste par le droit français en matière sanitaire fait de l'expression de la volonté de l'utilisateur du système de santé un élément clef de la décision

⁶⁶³ Ce d'autant que l'ensemble des acteurs de la gestion des réclamations faites aux médecins, quelle que soit leur cadre juridique, s'accorde à constater la recrudescence des griefs fondés sur le défaut d'information – réel ou perçu comme tel.

⁶⁶⁴ CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, rapport, n°58 du 12 juin 1998, p. 18.

médicale, y compris dans les hypothèses relevant de l'incapacité civile (A). Lorsque cette volonté ne peut pas être exprimée par le patient, l'exigence de concertation paraît requérir qu'elle soit exprimée par des tiers en son nom (B).

A. Volonté

165. L'étude des hypothèses d'inaptitude à la décision médicale (*cf. supra*) a montré qu'elles se recoupaient, sans toutefois se superposer, avec l'incapacité au sens civil du terme. Plus encore, le régime juridique applicable à la décision en matière médicale semble-t-il esquisser les contours d'une capacité sanitaire distincte de la capacité civile. Ce régime juridique s'attache, y compris dans des situations laissant présumer l'inaptitude décisionnelle, à promouvoir le principe d'autonomie en préservant un espace d'expression de la volonté du patient. On en déduit que la procédure de concertation préalable à la décision médicale doit être mise en œuvre de manière extensive, y compris lorsque le doute persiste quant au degré d'aptitude ou d'inaptitude du patient à la décision. Il est en effet des situations simples, celles de l'urgence ou de l'incapacité physique ou cognitive manifeste à exprimer sa volonté. Il en est de plus complexes, lorsque la détermination par le médecin de la *decision-making capacity* peut s'avérer incertaine, dans la mesure où d'une part, l'aptitude décisionnelle relève d'un continuum et non de critères simples, univoques ou binaires⁶⁶⁵ ; d'autre part, elle peut fluctuer dans le temps, notamment au gré de l'évolution de la pathologie qui justifie les soins. L'exigence de concertation directe avec le patient s'impose donc au médecin jusqu'aux frontières de l'inaptitude décisionnelle, et n'est plus requise que dès lors que celle-ci est indiscutable.

166. Si capacité juridique et capacité décisionnelle en matière sanitaire ne se confondent pas, c'est tout de même sous l'angle de la capacité juridique que la législation sanitaire aborde les modalités de la concertation préalable à la décision médicale. Ainsi, les mineurs et les majeurs sous tutelle ont-ils le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision qui les concerne, d'une manière adaptée à leur degré de maturité s'agissant des

⁶⁶⁵ FAVIER Y., Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées, *RDSS* 2015, p. 702.

mineurs, et à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle⁶⁶⁶. Leur consentement doit être systématiquement recherché s'ils sont aptes à exprimer leur volonté et à participer à la décision⁶⁶⁷. Concernant les patients mineurs, si le législateur de 2002 a imposé aux parents l'obligation générale d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité⁶⁶⁸, les dispositions de l'article L.1111-5 CSP vont bien au-delà. Inspirées de celles prévues depuis 2001 par l'article L.2212-7 du même code en matière d'interruption volontaire de grossesse, elles font de la volonté du mineur un obstacle à l'information des titulaires de l'autorité parentale, pourtant seuls à même de consentir, en principe, à la réalisation de l'acte médical. La promotion de l'autodétermination des personnes vulnérables, entendues non au sens pénal mais en ce qu'elles présentent un état de fragilité antérieur à une atteinte à un droit juridiquement protégé⁶⁶⁹, concerne également, au-delà de la législation sanitaire, les personnes majeures.

La loi du 5 mars 2007⁶⁷⁰ prévoit à ce titre que la personne protégée en tutelle ou curatelle reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état, toutes les informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part⁶⁷¹. Selon les principes de nécessité⁶⁷², de proportionnalité⁶⁷³ et de subsidiarité⁶⁷⁴ légalement consacrés, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet⁶⁷⁵. La loi définit en outre des actes strictement personnels⁶⁷⁶, qui ne peuvent être passés que par la personne, et ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou représentation⁶⁷⁷. Les actes médicaux réalisées sur la personne du majeur protégé ne figurent toutefois pas au nombre des actes réputés strictement personnels visés par la loi civile, qui concernent la

⁶⁶⁶ CSP, art. L.1111-2, al. 5.

⁶⁶⁷ CSP, art. L.1111-4, al. 7.

⁶⁶⁸ C. civ., art. 371-1.

⁶⁶⁹ LAVAUD-LEGENDRE B., La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS* 2010, p. 520.

⁶⁷⁰ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF* du 7 mars 2007, p. 4325.

⁶⁷¹ C. civ., art. 457-1.

⁶⁷² La mesure doit être justifiée par une altération des facultés personnelles du majeur qui crée un besoin de protection.

⁶⁷³ La mesure doit être adaptée à la situation du majeur à protéger, elle doit être en adéquation avec la situation et les besoins de la personne.

⁶⁷⁴ La mesure judiciaire n'est prononcée qu'en l'absence d'autres mesures moins contraignantes et moins attentatoires aux libertés individuelles efficaces.

⁶⁷⁵ C. civ., art. 459.

⁶⁷⁶ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., L'acte personnel de la personne vulnérable, *RTD civ.* 2012, p. 21.

⁶⁷⁷ C. civ., art. 458.

filiation. Le droit sanitaire des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire est cependant amené à évoluer, dans la mesure où l'article 211 de la loi du 26 janvier 2016 autorise le gouvernement, pour « mieux [les] articuler », à réformer par ordonnances les dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté de ces personnes pour toute décision relative à un acte médical⁶⁷⁸. Le constat de la nécessité d'harmonisation peut être partagé, et ce nonobstant les dispositions de l'article 459-1 qui font prévaloir les dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal, sur les effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne prévue par le code civil. S'il ne peut être préjugé de la teneur des dispositions envisagées par le gouvernement, les évolutions récentes du droit positif plaident pour une poursuite de l'autonomisation des majeurs protégés, fondée sur l'expression de leur volonté. En témoignent deux mesures issues de la loi *Léonetti-Claeys* du 2 février 2016.

167. La loi nouvelle autorise les personnes faisant l'objet d'une mesure de tutelle à désigner une personne de confiance, ce que ni la loi du 4 mars 2002 ni celle du 22 avril 2005 ne prévoyaient⁶⁷⁹. Les textes antérieurs n'envisageaient qu'un contrôle facultatif du juge des tutelles lui permettant soit de confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit de révoquer sa désignation. Ces dispositions sont maintenues, mais il est reconnu aux personnes sous tutelle un nouveau droit : celui de désigner une personne de confiance, dont le rôle, également redéfini par ce texte, est de rendre compte de la volonté de la personne. La place de l'expression de la volonté de l'incapable majeur sous tutelle en matière sanitaire est donc clairement affirmée. L'exercice de ce droit est subordonné à l'autorisation du juge ou du conseil de famille, s'il a été constitué. Si l'on se réfère aux dispositions du code civil, la désignation d'une personne de confiance s'apparenterait donc non à un acte strictement personnel, au sens de l'article 458 du code civil, mais à un acte personnel au sens de l'article 459 du même code. Cette décision touche à l'intimité de la vie privée voire, par ses effets, peut porter atteinte gravement à l'intégrité corporelle de la

⁶⁷⁸ BATTEUR A., Recherche d'une articulation entre le code de la santé publique et le code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 5.

⁶⁷⁹ La curatelle n'était pas un obstacle à cette désignation, puisque seule l'ouverture d'une mesure de tutelle dérogeait au principe énoncé à l'alinéa 1 de l'article L.1111-6 CSP : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance... » ; « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée... ».

personne protégée si l'on considère les prérogatives de la personne de confiance, toutes hypothèses visées à l'alinéa 3 de l'article 459 et justifiant l'autorisation du juge ou du conseil de famille. L'article L.1111-6, al. 5 CSP nouveau ne prévoit cependant pas, contrairement à l'article 459, al. 1, que la personne puisse être assistée ou représentée dans sa décision. S'agissant d'une question de confiance, par essence éminemment personnelle, le fait que le législateur n'ait pas envisagé de possibilité de représentation de la personne peut se concevoir⁶⁸⁰. Certains auteurs ont pu considérer une telle désignation – sous l'empire du droit antérieur à la loi du 2 février 2016 – comme un acte strictement personnel⁶⁸¹, et l'absence de possibilité d'assistance de la personne prévue par la loi nouvelle tendrait à renforcer cette hypothèse, nonobstant le contrôle du juge. Pour autant, de manière plus pragmatique, l'impossibilité d'une assistance peut être considérée comme regrettable, si l'on considère d'une part les motifs qui peuvent conduire à une mesure de tutelle, laquelle témoigne nécessairement de difficultés pour la personne à assurer elle-même la protection de ses intérêts, et d'autre part les prérogatives de la personne de confiance, notamment lorsque la personne protégée n'est plus en état d'exprimer sa volonté. La loi sanitaire définit donc ici des modalités propres, qui ne s'apparentent ni à celle de l'acte strictement personnel au sens de l'article 458, ni à l'acte personnel au sens de l'article 459, et contribuent à la construction d'une capacité décisionnelle spéciale en matière sanitaire. Si le sens de ces dispositions s'inscrit dans la direction générale donnée par le législateur concernant l'expression de la volonté des malades, notamment via les textes les plus récents (lois des 26 janvier et 2 février 2016), reste que l'articulation optimale souhaitée par ces mêmes textes avec la loi civile reste à affiner. En témoigne la faculté, pour les majeurs protégés, de rédiger des directives anticipées.

168. L'article L.1111-11 CSP issu de la loi du 22 avril 2005 n'excluait pas que les majeurs sous curatelle ou sous tutelle puissent rédiger de telles directives. Pour autant, se posait ici encore la question de l'articulation de ces dispositions avec celles du code civil (articles 459 et 459-1), mais également avec celles des articles L.1111-2 al. 5 et L.1111-4 CSP al. 6 ancien⁶⁸². En effet, ces directives constituent un consentement aux soins ou traitements, donné

⁶⁸⁰ SALVAGE-GEREST P., Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.-L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. fam.* 2009, chron. 17.

⁶⁸¹ CIMAR L., Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie, *Méd. & Droit* 2012, p. 99.

⁶⁸² Devenu L.1111-4, al. 7.

par anticipation ou, plus probablement, un refus opposé par anticipation ; or ces deux articles contiennent des dispositions particulières sur ces sujets s'agissant des majeurs sous tutelle⁶⁸³. Selon C. BOURDAIRE-MIGNOT, il résulte de la combinaison de ces dispositions deux conséquences. D'une part, si les dispositions de l'article 459 du code civil s'appliquent aux majeurs sous curatelle, elles ne peuvent s'appliquer aux majeurs sous tutelle⁶⁸⁴. D'autre part, mêmes rédigées avec l'intervention du tuteur, les directives anticipées du majeur sous tutelle ont une portée plus limitée que celles des autres majeurs – protégés ou non – car l'article L.1111-4 limite l'effet du refus de soins exprimé par le tuteur, dans l'hypothèse où un tel refus risquerait d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur. La loi du 2 février 2016 est venue préciser les conditions dans lesquelles une personne sous tutelle peut rédiger des directives anticipées⁶⁸⁵, qui sont comparables à celles de la désignation d'une personne de confiance : autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ; impossibilité – expressément mentionnée, contrairement à la désignation d'une personne de confiance – d'assistance ou de représentation de la personne protégée par le tuteur. Les mêmes analyses ont été retenues par la doctrine concernant la dimension éminemment personnelle de la rédaction de ces directives⁶⁸⁶. Les mêmes réserves peuvent être émises, et pour les mêmes raisons, quant à l'impossibilité d'assistance par le tuteur, bien que le Sénat ait souhaité qu'une telle assistance fût possible⁶⁸⁷, ce que la commission mixte paritaire n'a pas retenu. Il est cependant permis de s'interroger sur la contrariété de cette dernière disposition avec l'esprit de la loi du 5 mars 2007, si l'on se range à l'analyse de C. BOURDAIRE-MIGNOT concernant le champ d'application de l'article 459 du code civil. S'il trouve en effet à s'appliquer s'agissant des directives anticipées du majeur sous curatelle, alors l'autorisation du juge ou du conseil de famille est requise, mais surtout l'assistance ou la représentation sont possibles, ce qui n'est pas le cas pour le majeur sous tutelle, aux termes des articles 459-1 du code civil et L.1111-11, al. 7. CSP. Cette différence de traitement entre majeurs protégés paraît s'inscrire en contradiction avec les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité consacrés par la loi du 5 mars 2007, puisque la personne sous tutelle,

⁶⁸³ BOURDAIRE-MIGNOT C., Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés, *RGDM* 2015, p. 117.

⁶⁸⁴ *Ibid.* A contrario : SERIAUX A., Le « testament de vie » à la française : une institution à parachever, *D.* 2012, p. 1195.

⁶⁸⁵ CSP, art. L.1111-11, al. 7.

⁶⁸⁶ SALVAGE-GEREST P., *op. cit.*, CIMAR L., *op. cit.*

⁶⁸⁷ BELRHOMARI N., Fin de vie, ce que la loi du 2 février 2016 change, *DP Santé, bioéthique, biotechnologies* 2016, n°268-1, p. 8.

théoriquement plus vulnérable, sera paradoxalement moins protégée que la personne sous curatelle, s'agissant de l'expression de sa volonté via des directives anticipées. Une « meilleure articulation » souhaitée par la loi *Touraine* s'impose manifestement.

169. Malgré ces contrariétés marginales, le souci de la préservation d'une sphère de capacité naturelle, lieu d'expression d'une volonté individuelle, semble donc guider le législateur dans la construction d'un droit des personnes vulnérables, tant sur le plan de la loi civile qu'en matière sanitaire. Si l'on en revient au contrôle de la procédure de décision en matière médicale, et plus particulièrement au contrôle de concertation, cette approche mérite d'être relativisée. Eu égard aux développements précédents, la complexité de la procédure décisionnelle en matière médicale ne confère au patient théoriquement apte à la décision, une aptitude qui n'est dans les faits que partielle. Consacrer la place de la volonté de la personne inapte à la décision au regard des critères de *decision-making capacity* relève dès lors d'une illusion, voire peut s'avérer préjudiciable pour elle. Ainsi qu'il a été relevé par la doctrine, certaines personnes ne peuvent exprimer de volonté ou même n'en éprouver. Ce n'est donc pas les respecter que de leur reconnaître une sphère d'autonomie irréductible, aboutissant à une incapacité de jouissance⁶⁸⁸. Un exemple peut être donné s'agissant de la prise en charge des maladies mentales. Un certain nombre de ces pathologies se caractérise par l'anosognosie, c'est-à-dire par la méconnaissance, par le malade, de son affection, cependant évidente. C'est le cas du schizophrène qui adhère totalement à son délire, entendu comme une réalité parallèle, erronée, inaccessible à la critique. Quelle place pour la volonté du malade dans une telle situation, dès lors qu'elle aboutirait à un refus de traitement fondé sur une conviction délirante ? Donner à la personne vulnérable les moyens d'assumer sa propre protection part d'une intuition intéressante, mais l'ampleur des moyens requis, l'étendue de la vulnérabilité et le recours à la contrainte⁶⁸⁹ pour des personnes non observantes renvoient aux limites de ces dispositions⁶⁹⁰. La prise en compte de la volonté exprimée par le patient ne paraît donc pas toujours pertinente, dans la mesure où l'expression d'une volonté ne représente que l'une des composantes de l'aptitude à la décision, qui suppose également de comprendre des informations, d'évaluer une situation et ses conséquences, et de raisonner sur les risques et bénéfices d'un traitement. Plus encore, l'expression d'une volonté ne peut qu'en être la

⁶⁸⁸ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., *op. cit.*

⁶⁸⁹ Pour poursuivre l'exemple de la maladie mentale : la loi permet alors le recours aux soins psychiatriques sans consentement.

⁶⁹⁰ LAVAUD-LEGENDRE B., *op. cit.*

résultante, l'aboutissement ; elle est donc inopérante si les conditions préalables de compréhension, d'évaluation et de raisonnement ne sont pas satisfaites.

Si la prise en compte de la volonté du patient dans le processus décisionnel ne semble donc, en elle-même, satisfaire à l'exigence de concertation, elle reste toutefois et sans équivoque l'option privilégiée par le législateur français dans une perspective autonomiste. Il en résulte que lorsque cette volonté ne peut être exprimée par le patient lui-même, elle doit être signifiée aux soignants par d'autres moyens, selon le modèle de la représentation.

B. Représentation

170. Il convient d'envisager les situations dans lesquelles le droit français se réfère au modèle de la représentation (1), avant d'en analyser la pertinence (2).

1. Hypothèses de représentation

171. Dans le modèle de la représentation, le droit de consentir aux actes médicaux, dont le patient est titulaire, est exercé par un tiers lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté⁶⁹¹. Une telle solution, fondée sur la substitution du consentement, a été admise par la cour d'appel de Lyon en 1952⁶⁹² puis par la Cour de cassation en 1955⁶⁹³. Les juges du quai de l'Horloge ont considéré que le médecin était tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies, à son égard, d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme protecteurs naturels. Selon R. SAVATIER, cette quasi-tutelle⁶⁹⁴ amenait les protecteurs naturels à recueillir la liberté du malade devenu passif, ce qui ne devait se limiter qu'au cas de l'extrême urgence rendant tout ajournement manifestement périlleux, ou à celui de la perte de tout espoir raisonnable de voir le malade recouvrer en

⁶⁹¹ LOKIEC P., La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS* 2006, p. 865.

⁶⁹² CA Lyon, 17 nov. 1952, *JCP G* 1953, II, 7541, note R. Savatier.

⁶⁹³ Civ. 1^{re}, 8 nov. 1955, *JCP G* 1955, II, 9014, note. R. Savatier.

⁶⁹⁴ SAVATIER R., Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, *D.* 1955, p.98.

temps utile son libre arbitre⁶⁹⁵. Cette mesure prétorienne, qui introduisait une incapacité de fait, s'insérait à l'époque dans un contexte où la famille jouait un rôle essentiel dans la vie de l'individu⁶⁹⁶. Cette solution, dont le fondement a pu être qualifié d'incertain⁶⁹⁷, est aujourd'hui caduque au regard du droit positif. Le modèle de la représentation trouve cependant encore à s'appliquer dans un certain nombre d'hypothèses envisagées par la législation sanitaire.

172. C'est le cas du régime juridique de l'acte médical réalisé sur la personne d'un incapable. Si la volonté du mineur ou du majeur sous tutelle doit être recherchée par le médecin, il n'en demeure pas moins que leurs droits en matière d'information sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur, lesquels consentent à la réalisation de l'acte aux lieu et place du patient. La représentation est également envisagée par la loi civile dans le cadre du mandat de protection future, par lequel toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil⁶⁹⁸, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts⁶⁹⁹. La loi du 5 mars 2007 dispose que le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance⁷⁰⁰. Dans l'hypothèse où la mission confiée au mandataire est celle du tuteur, l'option choisie par le mandant est bien celle de la représentation : le mandataire substituera son consentement à celui du mandant en ce qui concerne la réalisation de l'acte médical. Dans l'hypothèse où il confie au mandataire la mission de la personne de confiance, l'option est différente puisqu'aux termes de l'article L.1111-6 CSP, la personne de confiance rend compte de la volonté de la personne, et n'a donc pas à consentir aux actes médicaux en son nom. La mission de la personne de confiance – et,

⁶⁹⁵ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p. 226.

⁶⁹⁶ FEUILLET B., Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effet limité, in : NEGRI S. (ed.), *Self-determination, dignity and end-of-life care. Regulating advanced directives in international and comparative perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 197.

⁶⁹⁷ LOKIEC P., *op. cit.*

⁶⁹⁸ Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.

⁶⁹⁹ C. civ., art. 477 et s.

⁷⁰⁰ C. civ., art. 479.

le cas échéant, celle du mandataire – relève en revanche de la représentation lorsqu’une recherche biomédicale est envisagée sur une personne majeure hors d’état d’exprimer son consentement et qui ne fait pas l’objet d’une mesure de protection juridique. Alors que dans le cas d’actes de prévention, de diagnostic ou de soins, la personne de confiance est simplement consultée, dans cette hypothèse, l’autorisation de participer à la recherche est donnée par la personne de confiance⁷⁰¹. A défaut de celle-ci, l’autorisation peut être donnée par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l’intéressé des liens étroits et stables. La loi opère ici un rapprochement avec la solution du recours aux protecteurs naturels, auxquels la jurisprudence avait donné une définition large⁷⁰² en visant les personnes qui « assurent en fait, avec des marques évidentes d’affection et d’attachement, la garde, l’entretien, la protection du malade »⁷⁰³. En dehors de ces hypothèses liées à la capacité juridique ou au régime de « pré-incapacité » défini par le mandat de protection future, la volonté du malade produit également des effets dans la procédure de décision médicale lorsqu’il se trouve en fin de vie et hors d’état de l’exprimer, et même par-delà sa mort.

173. Concernant la persistance des effets de la volonté du malade malgré son décès, on citera les dispositions relatives au secret professionnel et au prélèvement d’organes. L’article L.1110-4, V., al. 3 CSP autorise le médecin à délivrer aux ayants droit, concubin ou partenaire lié par un PACS⁷⁰⁴ d’une personne décédée les informations – couvertes par le secret professionnel – nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits. Cette autorisation de la loi ne vaut toutefois que si la personne ne s’y est pas opposée avant son décès. Cette disposition consacre une liberté du médecin, puisqu’il n’est pas contraint par la loi à communiquer ces informations⁷⁰⁵ ; il s’agit toutefois d’une liberté bornée. D’une part, le contenu de l’information dispensée doit être limité aux éléments nécessaires à l’accomplissement des trois objectifs visés par le texte. Le médecin n’est donc pas autorisé à transmettre toutes les informations médicales en sa possession, pas plus qu’il ne peut donner accès au dossier

⁷⁰¹ CSP, art. L.1122-2, II, al. 5. Si la recherche comporte, par l’importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d’atteinte à la vie privée ou à l’intégrité du corps humain, l’autorisation est donnée par le juge des tutelles.

⁷⁰² FEUILLET B., *op. cit.*

⁷⁰³ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *op. cit.*

⁷⁰⁴ Pacte civil de solidarité.

⁷⁰⁵ « Le secret médical ne fait pas obstacle... »

médical intégral du défunt⁷⁰⁶, sauf si la demande concerne un mineur et qu'elle émane des titulaires de l'autorité parentale. D'autre part et surtout, cette dérogation légale au secret professionnel est soumise à la condition de non opposition du défunt exprimée de son vivant. Dans l'exercice de cette option, la difficulté pour le médecin soucieux de répondre aux interrogations des familles endeuillées, réside dans la connaissance d'une telle opposition. Cette difficulté s'accroît encore du fait de la dimension systémique de la prise en charge médicale, qui conduit fréquemment à ce que le médecin qui constate le décès ne soit plus le médecin traitant auquel le patient aurait pu confier, dans cette relation particulière de confiance, son opposition⁷⁰⁷. Le dispositif de la personne de confiance ne semble ici d'aucune aide, puisque l'article L.1111-6 CSP ne lui confie aucun rôle après le décès du patient. Il en est de même des directives anticipées, dont le contenu ne concerne que les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux. Il restera pour les médecins – spécialement le médecin traitant – à anticiper, en abordant la question avec son patient afin de recueillir une éventuelle opposition, et, le cas échéant, à assurer la communication de cette opposition à ceux de ces confrères qui auraient à le prendre en charge au moment de son trépas.

174. En matière de prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur une personne décédée, le principe est celui de la présomption légale de consentement au don. Le prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître son refus de son vivant. Aux termes de la loi du 6 août 2004⁷⁰⁸, si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt⁷⁰⁹, il doit s'efforcer de recueillir auprès de ses proches son opposition

⁷⁰⁶ CSP, art. L.1111-7, al. 6.

⁷⁰⁷ LALANDE F., VEBER O., *La mort à l'hôpital*, IGAS, rapport n°RM2009-124P, t. 1, 2009, p. 3 : environ 58% des français meurent dans un établissement de santé : dans un service de réanimation dans 22% des cas (36% pour les CHU), et à l'issue d'un séjour d'une durée inférieure à 24 heures dans 16% des cas, circonstances dans lesquelles on peine à envisager que la question de l'opposition à la communication d'informations aux ayants droit ait pu être abordée avec le patient. Les décès à domicile représentent 27% du total des décès ; leur constat est de moins en moins assuré par les médecins traitants, mais par la permanence des soins libérale, par les SMUR, voire, dans les grandes agglomérations, par les médecins légistes des équipes mobiles des centres pivots de médecine légale sis dans les CHU. Dans cette dernière hypothèse, l'intervention du médecin relève de la réquisition judiciaire à personne qualifiée (art. 60, 77-1 ou 74 C. proc. pén.), qui empêche toute communication d'information par le médecin requis aux ayants droit, en vertu des dispositions de l'art. 11 C. proc. pén (sur ce sujet, v. : BUCHAILLET C., JOUSSET N., ROUGE-MAILLART C., Réponses aux demandes de certificats post-mortem par les ayants droit à l'issue d'autopsies médico-légales. État des lieux national, *Revue de médecine légale* 2016, p. 9.).

⁷⁰⁸ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* du 7 août 2004, p. 14040.

⁷⁰⁹ Par exemple, en l'absence d'inscription sur le registre national des refus tenu par l'Agence de biomédecine.

au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant⁷¹⁰ ; le recueil d'un tel refus interdit alors la réalisation du prélèvement. L'obligation légale de consultation des proches du présumé donneur vise à recueillir non le consentement des premiers au prélèvement, mais à connaître la volonté du second quant au don d'organes. Il est cependant difficile pour le médecin de discerner avec certitude si l'expression d'une opposition relève de la volonté du patient ou de celle des proches consultés. Par essence, la question vient à se poser dans des circonstances particulièrement douloureuses pour les proches, et requiert une réponse relativement rapide, eu égard aux exigences techniques du prélèvement d'organes. La situation archétypique est celle du sujet jeune en état de mort encéphalique des suites d'un traumatisme crânien dans le contexte d'un accident de la voie publique. Dans ces conditions, à la violence de la situation vient s'ajouter celle de la question du prélèvement, qui peut être vécu par certains proches, malgré les précautions et l'expérience des équipes de réanimation, comme une profanation du corps de l'être aimé. Si rien, juridiquement, ne s'oppose au prélèvement, il reste humainement difficile voire impossible de passer outre un refus, quand bien même il serait celui des proches et non celui, bien qu'exprimé par eux, du patient.

Cette question est cependant réglée par la modification de l'article L.1232-1 CSP issue de la loi *Touraine*, qui supprime, en cas de méconnaissance de la volonté du patient par le médecin, l'obligation de rechercher auprès des proches son opposition antérieurement exprimée. Ceux-ci ne sont plus que destinataires d'une information portant sur la nature et la finalité du prélèvement envisagé. Le risque de l'expression d'une volonté autre que celle du défunt est donc écarté, mais une chance de connaître cette volonté est également perdue. On peut convenir de la cohérence du législateur lorsqu'il place, ici encore, la volonté du sujet au cœur de la décision médicale, mais ce faisant il réduit les possibilités de recueil de cette volonté – on perçoit, derrière cette suppression du recours aux proches, la question de la pénurie chronique de greffons, dont il pourrait être une explication. Le moyen d'expression de la volonté du sujet se résume désormais – ou presque⁷¹¹ – à l'inscription sur le registre national des refus tenu par l'Agence de biomédecine. On peut à cet égard regretter que la refonte de l'article L.1232-1 intervenue le 26 janvier 2016 ne se réfère ni à la personne de confiance – « elle rend compte de la volonté de la personne » – ni aux directives anticipées réformées une semaine plus tard par la loi du 2 février 2016. Cette absence se justifie sans doute par le fait

⁷¹⁰ CSP, art. L.1232-1.

⁷¹¹ La manifestation d'un refus du prélèvement repose « *principalement* par l'inscription sur un registre... » selon l'art. L.1232-1 CSP, al. 3.

que le prélèvement d'organes ne peut être réalisé que sur une personne décédée, ce qui disqualifie le recours à la personne de confiance ou aux directives anticipées. La question du prélèvement d'organes intervient cependant le plus souvent, en pratique, en cas de mort encéphalique⁷¹², alors qu'une réanimation de suppléance est maintenue jusqu'au prélèvement. Cette situation est particulièrement difficile à comprendre pour les proches dans la mesure où le sujet est bien décédé, puisque le siège de la vie – l'encéphale – est détruit, mais que le cœur bat, et que des techniques de réanimation sont poursuivies. La temporalité du décès, sa matérialité et sa compréhension s'en trouvent profondément modifiées, dès lors la mort n'est plus un instant – celui où la vie s'arrête, le dernier souffle –, mais un moment, pouvant durer plusieurs heures voire jours. Dans ces conditions, en cas d'absence d'expression d'un refus via le registre national, il eût été pertinent que le législateur envisage l'obligation pour le médecin de s'enquérir du témoignage de la personne de confiance relatif à la volonté du sujet exprimée de son vivant, ainsi que celle de consulter les directives anticipées, ce que le décret du 11 août 2016⁷¹³ ne réalise qu'incomplètement en introduisant un article R.1232-4-4. Cet article prévoit en effet qu'une personne peut également exprimer son refus par écrit et confier ce document à un proche ; en cas d'impossibilité d'écrire et de signer elle-même ce document, elle peut demander à deux témoins d'attester que ce document qu'elle n'a pu rédiger est l'expression de sa volonté libre et éclairée. La proximité avec les directives anticipées est très claire. Cet article prévoit également qu'un proche de la personne décédée peut faire valoir le refus de prélèvement d'organes que cette personne a manifesté expressément de son vivant. On ne peut que regretter, dans un souci de clarté, que le législateur n'ait pas unifié le régime de la représentation de la volonté antérieurement exprimée. Le modèle de représentation fondé sur la volonté du malade trouve en effet à s'appliquer tout particulièrement dans le dispositif de la personne de confiance, créé par la loi *Kouchner*, et dans celui des directives anticipées⁷¹⁴ introduit en droit français par la loi *Léonetti*⁷¹⁵, dispositifs profondément modifiés par la loi *Léonetti-Claeys*.

⁷¹² Ou mort « à cœur battant » : correspond à une destruction de l'encéphale, avec maintien d'une activité cardiaque spontanée sous couvert d'une réanimation de suppléance avec, notamment, ventilation artificielle.

⁷¹³ Décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès, *JORF* du 14 août 2016.

⁷¹⁴ CSP, art. L. 1111-11, art. R.1111-17 et s.

⁷¹⁵ ALFANDARI E., PEDROT P., La fin de vie et la loi du 22 avril 2005, *RDSS* 2005, p. 751 ; LEROYER A.-M., ROCHFELD J., Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie, *RTD civ.* 2005, p. 646 ; MALAURIE P., Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie, *Deffrénois* 2005, n°18, p. 1385 ; VIALLA F., Droits des malades en fin de vie, *D.* 2005, p. 1797.

175. Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance⁷¹⁶, qui sera consultée au cas où elle serait hors d'état d'exprimer sa volonté. Le recours à la personne de confiance dans cette hypothèse peut relever de deux situations. La première est celle de la nécessité d'intervention ou d'investigation, qui impose, sauf urgence ou impossibilité, la consultation de la personne de confiance, de la famille, ou à défaut, d'un proche. La seconde est celle de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement susceptible de mettre la vie du patient en danger. Dans ce cas, la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale impose également la consultation de la personne de confiance, de la famille, ou à défaut, d'un proche. La doctrine la plus autorisée s'est interrogée, voire étonnée, quant à l'opportunité d'une telle consultation, l'analysant en un recueil de l'avis de la personne de confiance – interprétation confirmée sans équivoque par l'article L.1111-12 CSP⁷¹⁷ – et non en celui de la volonté du patient⁷¹⁸. Cette lacune est corrigée par la modification de l'article L.1111-6, al. 1 introduite par la loi du 2 février 2016, laquelle prévoit que la personne de confiance rend compte de la volonté de la personne. Le doute n'est dès lors guère permis : la personne de confiance témoigne de la volonté du malade antérieurement exprimée. Plus encore, son témoignage prévaut sur tout autre témoignage ; en l'absence de directives anticipées, la personne de confiance est donc instituée représentant privilégié de la volonté du malade. Cette évolution est en cohérence avec la primauté de la volonté consacrée par le législateur, qui s'illustre également via le dispositif des directives anticipées.

Ce dispositif est la déclinaison française des *living wills* admis dès 1976 par l'Etat de Californie, puis généralisés aux USA en 1991 via le *Federal Patient Self-Determination Act*, avant de conquérir l'Europe au cours des années quatre-vingt-dix, au titre du droit dont dispose le patient, être humain autonome, à rédiger un document faisant état de volontés anticipées⁷¹⁹. En droit français, les directives anticipées telles qu'issues de la loi du 22 avril 2005 indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement. Le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement à condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne. Dans la procédure collégiale pouvant

⁷¹⁶ Qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant.

⁷¹⁷ Dans sa rédaction antérieure à la loi du 2 février 2016.

⁷¹⁸ THOUVENIN D., L'arrêt de traitement mettant fin à la vie d'un patient hors d'état de s'exprimer, *RDSS* 2014, p. 506.

⁷¹⁹ SAN JULIAN PUIG V., Les directives anticipées en France et en Espagne, *RDSS* 2007, p. 86.

aboutir à une décision de limitation ou d'arrêt des soins⁷²⁰, les directives anticipées, prévalent sur l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches. Mais alors que la volonté du patient s'impose au médecin en cas de refus de soins⁷²¹ ou de limitation des soins en cas d'affection grave et incurable à un stade avancé ou terminal⁷²², les souhaits exprimés dans les directives anticipées n'ont pas, pour le médecin, valeur d'injonction⁷²³. Selon la lettre de la loi, le médecin n'est ici débiteur que de l'obligation d'en tenir compte⁷²⁴. Cette rédaction limitant la portée des directives anticipées a été critiquée par la doctrine, en ce que les « souhaits », qui sont des attentes, des aspirations, ne sont pas équivalents à la volonté qui est la faculté de se déterminer librement et d'exercer un choix⁷²⁵. Le respect de la volonté du malade érigé en principe fondamental⁷²⁶ par la loi du 22 avril 2005 restait à confirmer, alors que se posait la question corollaire de l'opposabilité des directives anticipées. La loi du 2 février 2016 y répond, en précisant d'une part que les directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. D'autre part, ces directives s'imposent au médecin, sans limite de durée de validité, pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement. Deux situations permettent au médecin de s'en affranchir : en cas d'urgence vitale et lorsqu'elles apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. Deux remarques peuvent être apportées quant à ces dérogations. Premièrement, la doctrine a critiqué une rédaction « peu intelligible et trop opaque » s'agissant de l'appréciation médicale de la notion de risque inapproprié, susceptible de conduire au contentieux⁷²⁷. Deuxièmement, il est permis de se demander, du fait de l'emploi de la conjonction « et », si les conditions permettant au médecin d'écarter des directives sont ou non cumulatives. La lecture des travaux parlementaires plaide pour la seconde branche de l'alternative, et la référence à l'urgence s'analyse comme un motif dérogatoire classique, à côté duquel viendrait s'ajouter celui du caractère inapproprié des directives, par défaut (directives trop générales) ou par excès

⁷²⁰ CSP, art. R.4127-37.

⁷²¹ CSP, art. L.1111-4, al. 2.

⁷²² CSP, art. L.1111-10, al. 1, abrogé au 4 février 2016.

⁷²³ CIMAR L., La situation juridique du patient inconscient en fin de vie, *RDSS* 2006, p. 470.

⁷²⁴ CSP, art. L.1111-11, al. 2., anc.

⁷²⁵ THOUVENIN D., *op. cit.*

⁷²⁶ Circulaire du 20 oct. 2011 concernant la mise en œuvre de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits de maladies et à la fin de vie et de traitement judiciaire des affaires de « fin de vie », NOR : JUSD1128836C, *BOMJL* du 31 oct. 2011, p. 1.

⁷²⁷ MISTRETTA P., De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n°2016-87 du 2 février 2016, *JCP G* 2016, n°8, doct. 240.

(directives trop précises)⁷²⁸. En l'absence de jurisprudence on s'en tiendra à cette lecture, qui est aussi celle de la doctrine⁷²⁹, mais on ne peut que regretter une rédaction malheureuse. L'utilisation d'un « ou » aurait permis de gagner en clarté⁷³⁰.

2. Pertinence de la représentation

176. Il convient, pour analyser la pertinence du modèle de représentation fondé sur la prise en compte de la volonté du patient, quant à l'exigence de motivation de la décision médicale en droit français, d'étudier les avantages et les limites d'une décision fondée sur la volonté antérieurement exprimée. A cet égard, l'étude de la littérature anglo-saxonne, et spécialement nord-américaine (Etats-Unis) relative aux *advanced directives*⁷³¹ et au principe de *substituted judgement*⁷³², ou « jugement substitué », s'avère éclairante. A l'instar des évolutions du droit français des quinze dernières années, la procédure de décision médicale aux Etats-Unis est résolument fondée sur le principe d'autonomie. En cas d'inaptitude décisionnelle du patient⁷³³, la procédure de décision est basée avant tout sur la volonté du malade, selon le modèle de la représentation. Le patient peut avoir rédigé des *advanced directives*, expression directe de sa volonté, qui se rapprochent des directives anticipées de la législation française. En l'absence de telles directives ou lorsqu'elles ne sont pas adaptées à la situation, le principe est celui du *substituted judgement*, qui consiste à s'interroger sur ce qu'aurait été la volonté du patient s'il avait pu l'exprimer. On peut rapprocher ce dispositif de celui de la personne de confiance du droit français. De manière subsidiaire, en l'absence de toute information sur les souhaits de la personne exprimés de son vivant, la décision sera fondée sur la protection de ses intérêts (*best interests standard*).

⁷²⁸ La loi prévoit que les directives anticipées peuvent être rédigées selon un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute autorité de santé. Deux types de directives seront distingués selon que la personne se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Ces dispositions devraient en principe réduire le risque de directives inappropriées, bien que l'utilisation du modèle ne soit qu'une possibilité et non une obligation.

⁷²⁹ *Ibid.*, BERGOIGNAN-ESPER C., La loi du 2 février 2016 : quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie ? *RDSS* 2016, p. 296.

⁷³⁰ BELRHOMARI N., Fin de vie, ce que la loi du 2 février 2016 change, *DP Santé, bioéthique, biotechnologies* 2016, n°268-1, p. 7.

⁷³¹ EMANUEL E.J., EMANUEL L.L., Proxy decision making for incompetent patients. An ethical empirical analysis, *JAMA* 1992, n°267(15), p. 2067.

⁷³² LOWY C., The doctrine of substituted judgement in medical decision making, *Bioethics* 1998, n°2(1), p. 15.

⁷³³ Annihilation de sa *decision-making capacity* au regard des critères définis *supra*.

177. Au titre des justifications de la représentation de la volonté, il appert premièrement que le principe s'inscrit pleinement dans le mouvement de promotion de l'autonomisation du patient, dont témoignent le droit américain comme le droit français des dernières décennies. Ce mouvement s'appuie également, et logiquement dans un pays de *common law* tel que les Etats-Unis, sur la très stricte protection des libertés individuelles garantie par la jurisprudence relative aux décisions médicales en fin de vie⁷³⁴. Un deuxième argument peut être avancé quant à l'intérêt d'une décision fondée sur la volonté du malade, fut-il hors d'état de l'exprimer : l'argument psychologique, du point de vue de la famille et des proches. Dans une situation de fin de vie, la sollicitation de l'avis de sa famille ou des proches quant à l'opportunité, par exemple, de suspendre les soins actifs, peut être vécue douloureusement ou de manière culpabilisante. La motivation d'une telle décision par la volonté du patient serait mieux vécue par l'entourage, du fait d'un transfert du poids de la décision des proches vers le malade⁷³⁵. Elle permettrait également de régler d'éventuels conflits entre proches, la volonté du patient s'imposant généralement à tous. Ces justifications ne doivent cependant pas masquer les limites d'un tel modèle décisionnel.

178. A.M. TORKE *et al.* considèrent, sur la base d'une conséquente revue de la littérature, que le concept de *substituted judgement* – qui se rapproche de la personne de confiance française – repose sur des hypothèses fausses, et ne permet pas de préserver réellement l'autonomie du patient⁷³⁶. Les arguments relevés à l'appui de cette analyse sont de trois ordres.

Il a tout d'abord été prouvé que les souhaits exprimés par un patient à un moment donné n'étaient pas immuables. Une étude a par exemple montré que plus de la moitié d'une série de patients, qui avaient initialement approuvé un protocole de décision médicale, avaient changé d'avis au bout de deux ans⁷³⁷. On peut dès lors s'interroger sur la pertinence du caractère illimité de la durée de validité des directives anticipées prévu par la loi *Léonetti-Claeys*. Le

⁷³⁴ V. par exemple : Quinlan 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976) ; Cruzan V. Director, Missouri Department of Health. 479 U.S. 231 (1990).

⁷³⁵ BUTCHER H.K., HOLKUP P.A., PARK M., MAAS M., Thematic analysis of the experience of making a decision to place a family member with Alzheimer's disease in a special care unit, *Res Nurs Health* 2001, n°24(6), p. 470; AZOULAY E. et al., Risk of post-traumatic stress symptoms in family members of intensive care unit patients, *Am J Respir Crit Care Med* 2005, n°171(9), p. 987.

⁷³⁶ TORKE A.M., ALEXANDER G.C., LANTOS J., Substituted judgement: the limitations of autonomy in surrogate decision making, *J Gen Intern Med* 2008, n°23(9), p. 1514.

⁷³⁷ DANIS M., GARRETT J., HARRIS R., PATRICK D.L., Stability of choices about life-sustaining treatments, *Ann Intern Med* 1994, n°120(7), p. 567.

texte nouveau permet bien qu'elles puissent être révisées⁷³⁸ et révoquées, mais au regard des travaux d'A.M. TORKE *et al.*, la durée de validité initialement limitée à trois ans par la loi du 22 avril 2005 n'était pas dépourvue d'intérêt. Cette étude a toutefois montré que les sujets les plus enclins à modifier leur point de vue étaient ceux qui n'avaient pas rédigé de directives anticipées, ce qui conduisait le cas échéant à un recours au *substituted judgement*.

Il a ensuite pu être établi que la volonté du patient telle qu'exprimée par ses proches ou son médecin, ne correspondait pas toujours à la volonté réelle du patient. Une méta-analyse⁷³⁹ portant sur 16 études publiées impliquant 151 scénarii et 2595 proches (*surrogate-patient pairs*⁷⁴⁰), ayant donné lieu à 19 526 réponses, a établi à 68% le taux de concordance entre la volonté du patient et l'idée que ses proches s'en faisaient⁷⁴¹. En d'autres termes, dans un tiers des cas, les proches qui sont censés témoigner de la volonté du malade n'y étaient pas fidèles. Par ailleurs, ni la désignation du pair par le patient, ni une discussion préalable quant aux préférences du patient avec le pair désigné ne permettaient d'améliorer le taux de concordance. Il a enfin été montré que la majorité des patients souhaitaient voir leurs proches impliqués dans le processus de décision médicale, dans l'hypothèse où ils seraient hors d'état d'exprimer leur volonté, en particulier lorsqu'ils n'ont pas rédigé de directives anticipées⁷⁴². Il semble donc ressortir des conclusions de cette évaluation scientifique approfondie que les principes et les moyens retenus par la législation française, notamment en ce qui concerne la désignation et le rôle de la personne de confiance, n'ont pas fait leurs preuves.

180. A ces trois arguments, on peut ajouter trois autres écueils. Premièrement, la volonté exprimée *in abstracto*, dans l'incertitude d'une situation à venir, imaginée voire imaginaire, ne correspond pas nécessairement aux souhaits du sujet lorsqu'il est confronté à un choix concret. Cette limite doit être distinguée de celle tenant à la fluctuation « naturelle » des opinions et désirs du sujet, déjà évoquée. Deuxièmement, si ses choix peuvent ne pas être connus du sujet lui-même lorsqu'il n'a pas envisagé telle situation, l'argument selon lequel un

⁷³⁸ Non prévue par la loi du 22 avril 2005.

⁷³⁹ Une méta-analyse est une synthèse systématique et quantifiée de la littérature, qui d'une part implique une recherche exhaustive de tous les travaux publiés et non publiés, et d'autre part se base sur des calculs statistiques permettant de prendre en compte le fait que les conclusions d'une étude se basent sur des tests statistiques et que les résultats obtenus dans plusieurs études peuvent être différents, uniquement du fait du hasard.

⁷⁴⁰ Pairs de substitution au patient.

⁷⁴¹ SHALOWITZ D.I., GARRETT-MEYER E., WENDLER D., The accuracy of surrogate decision makers: a systematic review, *Arch Intern Med* 2006, n°166(5), p. 493.

⁷⁴² SEHGAL A., GALBRAITH A., CHESNAY M., SCHOENFELD P., CHARLES G., LO B., How strictly do dialysis patients want their advanced directives followed?, *JAMA* 1992, n°267(1), p. 59.

proche serait à même d'en témoigner dans l'hypothèse d'une inaptitude à les exprimer ne convainc pas. Troisièmement, de même que la volonté du sujet n'est pas immuable, la confiance qui peut unir deux personnes ne l'est pas non plus. A cet égard la légitimité d'un recours aux membres de la famille paraît discutable, à tout le moins mérite d'être discuté. D'une part parce qu'il est difficile de déduire la réalité d'une relation de confiance d'un lien d'alliance ou de filiation ; d'autre part parce que la notion de famille recouvre aujourd'hui des réalités extrêmement variables, et qu'il est difficile de déduire la réalité de cette relation de confiance de la proximité du lien familial. La question de la preuve d'un lien particulier de confiance se pose avec la même acuité en ce qui concerne les proches, le proche étant finalement seul en mesure d'en attester l'existence.

181. Si le principe même du modèle de représentation présente donc des limites certaines, sa mise en œuvre par le législateur français pose également des difficultés. Il doit d'abord être souligné que ces dispositifs n'ont pas de caractère obligatoire : ni la rédaction de directives anticipées ni la désignation d'une personne de confiance ne peuvent être imposées au patient. Il en résulte qu'en leur absence, les professionnels de santé n'auront pour interlocuteurs que la famille et les proches, ce qui revient à convoquer la jurisprudence des protecteurs naturels⁷⁴³. Or il vient d'être montré qu'ils ne constituaient pas un recours toujours approprié, voire qu'il existait un risque, déjà identifié par R. SAVATIER en 1955 : « sous le couvert d'une prétendue protection du malade mental adulte, peuvent se dissimuler, à l'intérieur ou à l'extérieur de la famille, des calculs aussi intéressés que dénués de scrupules »⁷⁴⁴. Il n'est, pour s'en convaincre, que d'évoquer l'affaire *Vincent Lambert*, à l'occasion de laquelle les opinions contradictoires des membres de la famille (épouse, parents, neveu), y compris dans leur témoignage de la volonté du malade, ont donné lieu à un contentieux nourri autant que regrettable.

182. On peut ensuite s'interroger sur la cohérence du législateur lorsqu'il prive d'accès à ces dispositifs les patients mineurs, alors qu'il semble par ailleurs esquisser les contours d'une capacité décisionnelle en matière sanitaire distincte de la capacité civile. Les risques de conflit intrafamilial qui se sont réalisés à l'occasion de l'affaire *Vincent Lambert* concernent aussi l'hypothèse d'une procédure de limitation ou d'arrêt des soins chez un patient mineur. Ce

⁷⁴³ CIMAR L., Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie, *Méd. & Droit* 2012, p. 99.

⁷⁴⁴ Civ. 1^{re}, 8 nov. 1955, *JCP G* 1955, II, 9014, note. R. Savatier.

risque est d'ailleurs vraisemblablement supérieur, tant la maladie grave d'un enfant peut éprouver les relations familiales, notamment entre les parents. Dans les limites de la maturité du mineur, déjà visée par les textes en matière d'information et de consentement à l'acte médical, il aurait été cohérent de lui offrir la possibilité de rédiger des directives anticipées ou de désigner une personne de confiance. Sur ce dernier point, on peut relever que le législateur a déjà franchi un pas en autorisant la réalisation d'actes médicaux sur le mineur en l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale, dès lors qu'il était accompagné d'une personne majeure de son choix⁷⁴⁵, ce qui a pu être analysé par la doctrine comme une émancipation sanitaire partielle du mineur⁷⁴⁶. Si les textes restent silencieux sur le statut et la mission exacte de cette personne, on perçoit bien qu'elle pourrait être celle « qui l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ». Autrement dit, une personne de confiance selon la lettre de l'article L.1111-6 CSP.

183. S'agissant de la personne de confiance, s'ajoute au caractère facultatif de la désignation le fait que l'interrogation du patient sur le choix de sa personne de confiance n'est obligatoire⁷⁴⁷ qu'à l'occasion d'une hospitalisation en établissement de santé, et que, sauf disposition contraire, cette désignation ne vaut que pour la durée de cette hospitalisation. Si le patient n'est pas en état d'exprimer sa volonté au moment de son admission dans l'établissement, sauf désignation antérieure précisant qu'elle vaut pour les hospitalisations futures, le dispositif s'avère inopérant. De même, l'obligation ne concerne pas l'admission dans un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), situation qui témoigne d'une perte d'autonomie qui rend vraisemblable la nécessité pour les soignants d'avoir recours à une personne de confiance. Les médecins se trouvent alors confrontés aux mêmes difficultés que celles qu'il était censé lever⁷⁴⁸. Cette lacune est partiellement corrigée par les dispositions de la loi du 2 février 2016, qui prévoient que le médecin traitant est tenu de s'assurer d'une information de son patient sur la personne de confiance, et de l'inviter à procéder à sa désignation. Il est également prévu que la désignation soit cosignée par la

⁷⁴⁵ CSP, art. L.2212-7, al. 3 en matière d'interruption volontaire de grossesse, et L.1111-5, al. 1^{er} en matière d'acte médical au sens large.

⁷⁴⁶ TAGLIONE C., La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ? Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain, *RGDM* 2005, p. 397.

⁷⁴⁷ « Il est proposé de désigner ».

⁷⁴⁸ TAGLIONE C., *op. cit.*

personne désignée, ce qui règle la question de l'opposabilité de sa désignation à la personne de confiance. Un certain nombre de questions demeurent pourtant non réglées. Ainsi de désignations concurrentes, au gré des hospitalisations et consultations auprès d'établissements ou professionnels différents, et, de manière générale, de la connaissance de la désignation et de sa communication par et entre les établissements et professionnels de santé.

184. Cette question se pose également pour les directives anticipées. Les dispositions réglementaires initiales⁷⁴⁹ relatives à l'expression de la volonté du malade en fin de vie prévoient bien qu'elles doivent être conservées selon des modalités les rendant aisément accessibles pour le médecin appelé à prendre une décision de limitation ou d'arrêt de traitement dans le cadre de la procédure collégiale⁷⁵⁰. A cette fin, elles peuvent être conservées dans le dossier médical du patient ou confiées à la personne de confiance, à un membre de la famille ou à un proche, information qui devra être consignée dans le dossier médical. Le patient admis dans un établissement de santé ou dans un établissement médico-social est également invité à signaler leur existence. L'effectivité de l'accès aux directives anticipées ne semble pas garantie par un tel dispositif. D'abord parce que l'état de santé du patient à son admission dans l'établissement peut ne pas lui permettre de signifier l'existence de ses directives, de la même manière qu'il peut l'empêcher de préciser l'identité de sa personne de confiance. Ensuite, parce qu'il n'existe pas de dossier médical unique, puisque chaque professionnel et chaque établissement de santé établissent, pour chaque patient, leur propre dossier. Les directives anticipées confiées au médecin traitant et conservées par lui dans son dossier peuvent par exemple être méconnues d'un médecin hospitalier ayant à mettre en œuvre la procédure collégiale en vue d'une décision de limitation des soins. Se pose donc la question de la recherche du détenteur d'éventuelles directives par celui qui est légalement tenu de les consulter, l'obligation réglementaire de cette recherche concernant la personne de confiance, la famille, les proches, le médecin traitant et le médecin qui a adressé le malade⁷⁵¹. On peut avoir quelques doutes sur l'effectivité d'une telle recherche, notamment en ce qui concerne la famille et les proches, dont l'identification peut s'avérer problématique. La loi du 2 février 2016 apporte une ébauche de solution en prévoyant d'une part l'information des patients par leur médecin traitant quant à la possibilité et aux conditions de rédaction des

⁷⁴⁹ Prises en application de la loi du 22 avril 2005.

⁷⁵⁰ CSP, art. R.1111-19.

⁷⁵¹ CSP, art. R.1111-20.

directives anticipées, et d'autre part leur conservation sur un registre national faisant l'objet d'un traitement automatisé⁷⁵². Il est également prévu qu'en cas de renseignement de directives dans ce registre, un rappel de leur existence est régulièrement adressé à leur auteur, ce qui concourt à l'exercice du droit de révision et de révocation. Dans un rapport préparatoire à la rédaction des dispositions réglementaires d'application de la loi, l'IGAS suggère d'intégrer les directives anticipées au dossier médical partagé⁷⁵³. Cette solution a été retenue par le décret du 3 août 2016⁷⁵⁴, qui y ajoute la possibilité pour le patient de confier ses directives anticipées à un médecin de ville, dans le dossier médical d'hospitalisation, dans le dossier de soins d'un établissement médico-social, ou encore à la personne de confiance, à un membre de la famille ou à un proche⁷⁵⁵. On décèle ici une certaine cohérence du législateur dans l'élaboration des moyens d'expression de volonté, et des similitudes avec le cas des prélèvements d'organes⁷⁵⁶, même si l'on peut regretter que la solution d'un registre relatif aux personnes de confiance n'ait pas été proposée. L'œuvre législative, indépendamment du choix du modèle de représentation, aurait gagné en clarté par l'harmonisation des modalités de mise en œuvre des dispositifs d'expression de la volonté des personnes malades que constituent la personne de confiance et les directives anticipées.

185. En définitive, le modèle de la représentation fondé sur la volonté du sujet apparaît peu pertinent pour satisfaire à l'exigence de concertation requise par la procédure de décision médicale en cas d'inaptitude décisionnelle du patient. C'est en considération de ses limites qu'il est permis de partager avec P. LOKIEC, citant les travaux du *Lord Chancellor's Department* britannique⁷⁵⁷, que la volonté présumée est une base incertaine de décision⁷⁵⁸. La doctrine juridique française a également relevé, sur le plan des principes, les limites d'un modèle de consentement à l'acte médical basé sur la substitution du consentement. Ainsi A. DECOCQ estime-t-il que si l'on adhère au principe de l'intangibilité absolue du corps humain,

⁷⁵² CSP, art. L1111-11, al. 5.

⁷⁵³ VIENNE P., LAFFONT J.-Y., Expertise sur les modalités de gestion des directives anticipées de fin de vie, *IGAS*, 2016, p. 3.

⁷⁵⁴ Décret n°2016-1067 du 3 août 2016 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JORF* du 5 août 2016.

⁷⁵⁵ CSP, art. R.1111-19.

⁷⁵⁶ CSP, art. L.1232-1, al. 2.

⁷⁵⁷ THE LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Making decisions, The Government's proposals for making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, Cm 4465, 1999 ; THE LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, Cm 3803, 1997.

⁷⁵⁸ LOKIEC P., La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS* 2006, p. 865.

il convient d'en déduire que nul ne peut se substituer à la personne pour l'appréciation des atteintes corporelles qu'elle devrait subir⁷⁵⁹. P. LOKIEC arrive à la même conclusion quant à la limite du modèle de la représentation : l'objet du consentement à l'acte médical n'est pas la personne saisie dans son patrimoine, mais dans son propre corps, ce qui rend difficile toute véritable substitution⁷⁶⁰.

Nonobstant l'orientation du législateur français vers modèle décisionnel basé sur l'expression la volonté ou sur la représentation, il a toutefois été montré *supra* que l'inaptitude décisionnelle totale du malade plaçait de fait le médecin dans la position du seul décisionnaire, lui conférant la mission d'un véritable tuteur en matière sanitaire. Cette situation ne saurait exonérer le médecin tuteur de l'obligation de concertation. Elle doit alors s'envisager non dans le cadre de la représentation d'une volonté antérieurement exprimée, mais dans celui de la consultation, propre à assurer la protection des intérêts du malade.

§2. Intérêt et consultation

186. Les limites du modèle de la représentation basé sur l'expression d'une volonté témoignent de celles du modèle autonomiste promu par le droit français, dans les hypothèses d'inaptitude décisionnelle du patient. Il convient alors de s'interroger sur la mise en œuvre de la concertation, en ce qu'elle constitue une garantie offerte par la procédure contre l'arbitraire de la décision médicale, lorsque le médecin est institué par le droit seul décisionnaire. La volonté présumée ou substituée étant un objet de concertation inopérant, il semble devoir lui être privilégié l'intérêt du patient. Si l'intérêt du patient devient donc l'objet de la concertation, ses déterminants doivent être interrogés (A), de même que le contrôle de la concertation via la procédure de consultation (B).

A. Intérêt

187. En droit positif, l'inaptitude décisionnelle du patient fait du médecin, réserves faites de la dimension systémique de la décision médicale, le seul décisionnaire. Si le législateur a

⁷⁵⁹ DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, p. 195.

⁷⁶⁰ LOKIEC P., *op. cit.*

consacré, dans cette hypothèse, la primauté de l'expression de la volonté (*cf. supra*, §1), il semble qu'à défaut, la décision médicale doive se fonder sur les intérêts du malade en situation de vulnérabilité. La doctrine juridique française la plus éminente semble en effet confirmer que lorsqu'un patient n'est plus en état d'exprimer sa volonté, et qu'aucun moyen ne permet de connaître celle qu'il aurait antérieurement exprimée, c'est son intérêt qui doit être protégé et donc placé au cœur de la décision médicale. Si la décision n'est pas prise par le patient, elle doit être prise pour lui⁷⁶¹. Réfutant l'idée d'une présomption de consentement ou de mandat implicite du patient, D. TRUCHET considère que la décision est prise par le médecin dans son intérêt, mais pas en son nom⁷⁶².

187. La décision fondée sur la protection des intérêts de la personne en situation d'inaptitude décisionnelle peut encore être éclairée par l'approche médico-juridique anglo-saxonne, spécialement en ce qui concerne les malades en fin de vie. On se réfèrera ici aux travaux nord-américains (Etats-Unis), notamment à ceux relatifs au concept de *best interests standard*, expression consacrée par la littérature, et qui pourrait être traduite par : le standard de l'intérêt supérieur du patient. Aux Etats-Unis, dans les situations de fin de vie, le recours à l'intérêt du patient pour fonder la décision médicale n'est que subsidiaire, puisqu'il n'intervient qu'à défaut d'expression d'une volonté, que celle-ci procède de la rédaction d'*advanced directives* ou de la manifestation d'un *substituted judgement*, tels qu'ils ont été décrits *supra*. C'est également la protection des intérêts du patient qui guide la procédure décisionnelle dans les situations de fin de vie au Royaume-Uni. Une analogie peut en cela être opérée avec l'architecture générale du droit français : directives anticipées, témoignage par la personne de confiance. L. KOPELMAN considère que l'utilisation du standard de l'intérêt supérieur du patient permet la prise d'une décision pratique et raisonnable, par la définition de ce qui devrait être fait dans une situation donnée, compte tenu des options qui, à défaut d'être idéales, sont disponibles⁷⁶³. Selon cet auteur, la notion de standard renvoie à une conduite à tenir dans des situations similaires, consistant en un arbitrage considéré comme acceptable par des personnes de bonne volonté. Ce modèle décisionnel serait une garantie contre la soumission de la décision à l'avis des proches ou de la famille, et trouverait sa justification

⁷⁶¹ THOUVENIN D., L'arrêt de traitement mettant fin à la vie d'un patient hors d'état de s'exprimer, *RDSS* 2014, p. 506.

⁷⁶² TRUCHET D., L'affaire *Lambert*, *AJDA* 2014, p. 1669.

⁷⁶³ KOPELMAN L., The best interests standard for incompetent or incapacitated persons of all ages, *J Law Med Ethics* 2007, 35, p. 187.

dans le caractère non prédictible des souhaits des patients. Les avantages du modèle du *best interests standard* sont partagés par A.M. TORKE *et al.*, qui en relèvent cependant les limites⁷⁶⁴. D'une part, la référence à un standard de décision suppose un consensus, au moins relatif, de l'opinion publique⁷⁶⁵. Or un tel consensus, s'il n'est pas impossible, reste difficile à atteindre sur le sujet de la fin de vie, ou du moins au terme d'un processus long et complexe. En France, les travaux préalables à la révision de la loi *Léonetti* et les travaux parlementaires ayant abouti à la loi du 2 février 2016 en sont le témoignage. Ainsi des avis divergents au sein du CCNE concernant l'assistance au suicide⁷⁶⁶, de la Conférence de citoyens sur la fin de vie⁷⁶⁷, ou du rejet par le Sénat du texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale⁷⁶⁸. D'autre part, le recours au standard paraît difficilement conciliable avec la nécessaire individualisation de la décision médicale concernant le patient en fin de vie, qui suppose donc que soit préservée la liberté décisionnelle du médecin. L. KOPELMAN ne méconnaît ces limites, dans la mesure où la solution idéale peut être inconnue, irréaliste ou inatteignable, ce qui conduit cet auteur à privilégier une solution « raisonnable » à une solution « idéale ». Pour ce faire, il conviendrait de conditionner le recours au *best interests standard* aux principes de nécessité et de proportionnalité, qui permettraient de respecter l'individualisation de la décision, sa légalité et sa moralité⁷⁶⁹. Si l'on peut souscrire à ces principes généraux de procédure décisionnelle, le recours au standard semble toutefois difficilement conciliable avec la dimension humaine, nécessairement unique, de la relation médicale instituée entre le patient, ses proches et le médecin dans la situation d'une vie qui prend fin ou dont le maintien n'est qu'artificiel. La standardisation peut concerner les modalités de la décision, c'est d'ailleurs bien l'objet de la procédure décisionnelle ; il paraît en revanche difficile, dans cette hypothèse si particulière de l'exercice médical, d'en standardiser le contenu⁷⁷⁰.

188. Une autre approche de modèle décisionnel a été explorée par la littérature anglo-saxonne, fondée sur l'histoire de vie du patient (*Patient's life story*). Ce modèle alternatif repose sur le

⁷⁶⁴ TORKE A.M., ALEXANDER G.C., LANTOS J., Substituted judgement: the limitations of autonomy in surrogate decision making, *J Gen Intern Med* 2008, n°23(9), p. 1514.

⁷⁶⁵ *Best interests standards based on community norms.*

⁷⁶⁶ CCNE, *Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*, n°121 du 13 juin 2013, p. 2.

⁷⁶⁷ CCNE, *Conférence de citoyens sur la fin de vie. Avis citoyen*, 14 déc. 2013, 12 p.

⁷⁶⁸ VIALLA F., *Fin de vie : surprenant rejet par le Sénat de la proposition de loi*, *D.* 2015, p. 1372.

⁷⁶⁹ KOPELMAN L., *op. cit.*

⁷⁷⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie*, mai 2014, p. 24.

fait que le principe éthique de respect de la personne ne peut être réduit à la question de son autonomie, mais relève également de sa dignité et de son individualité⁷⁷¹, ainsi que du devoir de protéger celui qui ne peut décider par lui-même⁷⁷². L'approche narrative du modèle *Patient's life story* vise à articuler la décision médicale concernant le patient hors d'état d'exprimer sa volonté, avec ses choix et ses expériences antérieures⁷⁷³. Le témoignage des proches ne concerne donc pas leur propre opinion, pas plus qu'il ne relève d'une volonté substituée. Il doit au contraire permettre une prise de décision cohérente avec l'histoire de vie du patient, à l'aune de laquelle pourront être mesurées la nécessité et la proportionnalité de l'action médicale. Ce modèle décisionnel a pu être recommandé en ce qu'il contribuait à créer une cohésion entre les proches du malade d'une part, et entre les proches du malade et l'équipe soignante d'autre part⁷⁷⁴. Il a également pu être avancé qu'il pouvait être bénéfique sur un plan psychologique, en contribuant à déplacer les déterminants de la décision des besoins et attentes des proches vers ceux de la personne en fin de vie. L'approche narrative n'est cependant pas exempte de limites, tenant à son incapacité à traiter d'éventuels désaccords parmi les proches ou à hiérarchiser les témoignages divergents. Dans cette hypothèse, le relais est pris, dans plusieurs états américains, par la détermination légale du proche dont le témoignage prévaudra sur celui des autres⁷⁷⁵.

189. La protection des intérêts du patient semble donc bien devoir guider la décision médicale lorsqu'il est hors d'état d'exprimer sa volonté, et qu'une volonté antérieurement exprimée ne peut être connue. Il demeure que le droit sanitaire français ne s'y réfère pas expressément ; la

⁷⁷¹ BEACH M.C., SUGARMAN J., JOHNSON R.L., ARBELAEZ J.J., DUGAN P.S., COOPER L.A., Do patients treated with dignity report their higher satisfaction, adherence, and receipt of preventive care? *Ann Fam Med* 2005, 3(4), p. 331.

⁷⁷² NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *The Belmont Report. Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*, 1979, p. 4.

⁷⁷³ BLUSTEIN J., Choosing for others as continuing a life story : the problem of personal identity revisited, *J Med Law Ethics* 1999, 27, p. 20; KUCZEWSKI M.G., Commentary: narrative views of personal identity and substitutes judgement in surrogate decision making, *J Med Law Ethics* 1999, 27, p. 32.

⁷⁷⁴ KARLAWISH J.H., QUILL T., MEIER D.E., A consensus-based approach to providing palliative care to patients who lack decision-making capacity. ACP-ASIM End-of-Life Care Consensus Panel. *Ann Intern Med* 1999, 130(10), p. 835.

⁷⁷⁵ TORKE A.M., ALEXANDER G.C., LANTOS J., *op. cit.* On pourra y voir une analogie avec le rôle dévolu à la personne de confiance, dont l'avis prévalait sur tout autre avis non médical à l'exception des directives anticipées, selon les dispositions de l'article L.1111-12 CSP dans leur rédaction antérieure à la loi du 2 février 2016. Cette prééminence est désormais visée à l'article L.1111-6 CSP en cas d'impossibilité d'expression d'une volonté et généralisée au-delà du cadre spécifique de la fin de vie.

détermination de ces intérêts, préalable à une décision qui doit les protéger, mérite donc d'être interrogée.

L'intérêt, au sens large, est ce qui importe à quelqu'un ; objectivement – avec l'idée d'avantage – l'intérêt est ce qui convient à une personne, une collectivité, une institution ; ce qui lui est avantageux, bénéfique, dans un domaine moral, social et parfois matériel⁷⁷⁶. G. CORNU donne de l'intérêt une définition voisine – ce qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique⁷⁷⁷ – et le distingue d'un droit⁷⁷⁸. Au-delà de cette appréciation au sens large, la définition de la notion d'intérêt par la doctrine juridique n'est pas consensuelle ; voire, la possibilité même d'une définition a pu être interrogée. Ainsi G. CORNU et J. FOYER estiment-ils que « l'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, que l'on qualifie (personnel, légitime), que l'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas »⁷⁷⁹, quand F. OST considère que « l'intérêt résiste à la définition »⁷⁸⁰. Les travaux de T. SCHULTZ consacrés à l'étude de la notion d'intérêt permettent toutefois de l'appréhender de manière assez claire. Cet auteur situe l'intérêt entre les normes juridiques et les faits : l'intérêt puise son essence dans l'utile et le profitable, notions de faits, mais ne peut, seul, conduire à un comportement correct ou incorrect. Seule la norme, « traduction réglementaire » de l'intérêt peut guider le comportement⁷⁸¹. La consécration d'un intérêt en norme procède d'un choix politique qui opère « une gestion des désirs sociaux ». La traduction d'un désir en droit suppose préalablement sa sélection pré juridique selon la psychologie et les normes sociales, avant que d'être sélectionné par le législateur. L'intérêt peut dès lors être défini comme un désir agissant en droit et relatif à un comportement⁷⁸². La relation entre intérêt et droit subjectif doit donc être interrogée. F. OST les situe dans un *continuum* : « tout se passe comme si, au sein de l'immense domaine des intérêts, se dessinait un ensemble plus restreint d'intérêts consacrés, élevés à la dignité [...] de droits subjectifs »⁷⁸³. Cette analyse gradualiste et non dichotomique – intérêts *versus* droits – fournit une première piste quant à la

⁷⁷⁶ www.cnrtl.fr/portail/, v° intérêt.

⁷⁷⁷ Avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, individuel, ou social.

⁷⁷⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° intérêt, PUF, 2013, p. 560.

⁷⁷⁹ CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, PUF, 1958, p. 296

⁷⁸⁰ OST F., *Droit et intérêt*, vol. 2. *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

⁷⁸¹ SCHULTZ T., *Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt*, *Dirrito & Questioni pubbliche*, 2003, p. 299.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 303.

⁷⁸³ OST F., *op. cit.*, p. 35: « Voilà donc le *continuum* : à une extrémité, les intérêts illicites frappés d'un jugement de condamnation ; à l'autre extrémité, les droits subjectifs, intérêts bénéficiant d'un jugement de consécration juridique. Entre ces deux pôles : les intérêts purs et simples, jugés indifférents à l'ordre juridique et les intérêts légitimes, fruit d'un jugement de reconnaissance juridique positive sans pour autant s'élever au rang des droits. »

détermination des intérêts des malades dont la volonté n'est pas connue. Ces intérêts pourraient, au moins pour partie, être assimilés aux droits subjectifs qui leur ont été reconnus.

190. La protection des intérêts du patient coïncide effectivement, a priori, avec la protection de sa santé, droit fondamental reconnu à toute personne⁷⁸⁴. Le médecin concourt donc à préserver chez son patient, selon la définition de l'Organisation mondiale de la santé, un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité⁷⁸⁵, ou, selon la célèbre formule du chirurgien français R. LERICHE, en un silence des organes⁷⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que la préservation de la santé n'incombe pas au seul médecin, de même qu'elle n'incombe pas aux seuls professionnels et établissements de santé, mais relève également des organismes d'assurance maladie, des organismes participant à la prévention et aux soins, des autorités sanitaires et des usagers du système de santé eux-mêmes. De plus, la légitimité et la capacité du médecin à concourir à la protection de la santé s'inscrit dans les limites de ses compétences techniques et dans celles des règles qui gouvernent l'exercice de la profession. On en déduit, dès lors, qu'il ne peut agir dans l'intérêt du malade que si la nécessité médicale de son action est avérée, et qu'elle ne témoigne pas d'une obstination déraisonnable. En d'autres termes, la décision médicale conforme aux intérêts du malade doit donc satisfaire aux critères classiques de nécessité – médicale – et de proportionnalité. C'est le sens des dispositions du code de la santé publique qui permettent d'une part de suppléer la carence de volonté exprimée, et d'autre part de contrer une volonté dont la mise en œuvre viendrait menacer la santé du patient. Ainsi, la situation d'urgence, entendue au sens médical, autorise-t-elle – voire impose-t-elle – l'action du médecin. Il en est de même pour l'incapacité du patient à exprimer sa volonté, sous réserve dans, ce cas, de la consultation de la personne de confiance, de la famille, ou des proches⁷⁸⁷. Dans l'hypothèse de l'expression d'une volonté exprimée contraire à la protection de la santé, hors le cas du refus de soins étudié *supra*, la législation sanitaire permet l'intervention médicale fondée sur la préservation de l'intérêt du patient. C'est le cas du mineur et du majeur sous tutelle : lorsque le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale

⁷⁸⁴ CSP, art. L.1110-1.

⁷⁸⁵ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. 1946 ; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n° 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.

⁷⁸⁶ Cité par : CUPA D., Le silence des organes n'est pas la santé, *Revue française de psychosomatique* 2009, n°36, p. 192.

⁷⁸⁷ CSP, art. L.1111-4, al. 5.

ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour sa santé, le médecin délivre les soins indispensables⁷⁸⁸. L'action médicale est cependant conditionnée – nécessité et proportionnalité –, puisque seuls les soins indispensables à la protection de sa santé sont tolérés, et qu'elle est subordonnée à un risque spécial (conséquences graves). C'est également le cas des malades mentaux qui peuvent faire l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement⁷⁸⁹, le niveau de contrainte admissible devant également répondre aux critères de nécessité et de proportionnalité. Dans de telles hypothèses, la détermination de l'intérêt du patient par le médecin apparaît aisée : la nécessité médicale est indiscutable et la question d'une obstination déraisonnable ne se pose généralement pas. La détermination de l'intérêt du patient peut en revanche s'avérer plus difficile dans une situation amenant à poser la question de la limitation ou de l'arrêt des soins, devant aboutir au décès du patient. Dans un discours prononcé à l'occasion du centenaire de la Société française d'histoire de la médecine, B. HERNI déclarait que l'intérêt des personnes était d'être respectées dans leur vie, leur corps, leur intimité, leur dignité⁷⁹⁰. On ne saurait mieux dire : le respect de la dignité de la personne malade, en tant que droit subjectif⁷⁹¹, est incontestablement au cœur de la détermination de ses intérêts. Il appartient donc au médecin de protéger la dignité de la personne jusqu'à la mort, selon les prescriptions de l'article L.1110-5, al. 2 CSP issu de la loi du 22 avril 2005, obligation du médecin érigée en droit du patient par la loi du 2 février 2016⁷⁹². Mais lorsque la protection de sa santé est devenue impossible, il convient d'identifier les droits invocables au soutien de cette protection.

191. Le premier d'entre eux est, selon l'analyse déjà développée, le droit de ne pas subir des soins manifestant une obstination déraisonnable. La doctrine a pu s'interroger sur l'existence de ce droit, tel qu'évoqué – « de manière incidente »⁷⁹³ – par le législateur de 2005. Ainsi D. THOUVENIN considérait-elle en 2014 que le droit de prendre une décision concernant sa santé, reconnu par la loi du 4 mars 2002, ne se limitait pas pour le patient à ce que sa volonté soit

⁷⁸⁸ CSP, art. L.1111-4, al. 7.

⁷⁸⁹ CSP, art. L.3212-1 et s. (soins psychiatriques à la demande d'un tiers) ; CSP, art. L.3213-1 et s. (soins psychiatriques à la demande du représentant de l'État), bien que dans cette seconde hypothèse, il y ait conjonction d'intérêts à protéger : intérêt individuel du malade qui nécessite des soins, et intérêt collectif de protection de l'ordre public.

⁷⁹⁰ HERNI B., L'éthique médicale. Principales évolutions au fil des siècles, *Histoire des sciences médicales* 2003, t. XXXVII, n°3, p. 331.

⁷⁹¹ CSP, art. L.1110-2.

⁷⁹² CSP, art. L.1110-5, al. 2 : droit à une fin de vie digne ; art. L.1110-5-1, al. 3.

⁷⁹³ MISTRETTA P., De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n°2016-87 du 2 février 2016, *JCP G* 2016, n°8, doct. 240.

prise en considération, mais lui permettait de déterminer ce qu'il estimait être son intérêt⁷⁹⁴. Or la véritable source des règles applicables en fin de vie issues de la loi *Léonetti* semblait davantage être la déontologie médicale que la loi, les inscrivant en contradiction avec les règles de principe issues de la loi du 4 mars 2002⁷⁹⁵. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Vincent Lambert*, qualifiait pourtant de droit fondamental le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable⁷⁹⁶. La loi du 2 février 2016 confirme cette interprétation du juge administratif en reconnaissant un droit au refus de l'obstination déraisonnable, droit fondamental et *sui generis* de la personne malade⁷⁹⁷. Ce texte apporte d'autres précisions utiles quant à la détermination des droits subjectifs invocables au soutien de la protection de la dignité de la personne, donc à la détermination de son intérêt. D'une part il consacre à l'article L.1110-5, al. 2 CSP un droit à ne pas souffrir, qui découle du droit d'avoir une fin de vie digne, et est réaffirmé à l'article L.1110-5-3, al. 1^{er}. La référence à la souffrance, et non à la douleur, tend manifestement à considérer aussi bien la souffrance physique – la douleur – que la souffrance morale. A ce titre, son soulagement procède donc bien directement de la protection de la dignité de la personne, appréhendée dans sa globalité. D'autre part, est consacré à l'article L.1110-5-2, al. 2 CSP un droit à l'altération de la conscience, puisqu'est autorisée, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, la sédation profonde et continue jusqu'au décès. On ne saurait déduire de cette disposition la reconnaissance d'un droit à mourir, que certains tirent du droit d'avoir une fin de vie digne⁷⁹⁸. Elle s'inscrit en fait dans la ligne des dispositions relatives au « double effet » issues de la loi de 2005, qui permettaient déjà au médecin de soulager la souffrance d'une personne atteinte d'une affection grave et incurable, au besoin en lui appliquant un traitement qui pouvait avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ THOUVENIN D., L'arrêt de traitement mettant fin à la vie d'un patient hors d'état de s'exprimer, *RDSS* 2014, p. 506.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 510 : « Un devoir déontologique légalisé dont les conditions sont fixées par le code de déontologie médicale. »

⁷⁹⁶ CE, ass., 14 févr. 2014, n° 375081, *Lebon* ; *AJDA* 2014, p. 374 ; *ibid.* p. 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* p. 1669, note D. Truchet ; *RFDA* 2014, p. 702, note P. Delvolvé ; *D.* 2014, p. 488 ; *ibid.* p. 1856, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2014, p. 21, note J.-R. Binet.

⁷⁹⁷ MISTRETTA P., *op. cit.*

⁷⁹⁸ Proposition de loi visant à autoriser le fait de mourir dans la dignité, Ass. nat., n°1344, 18 déc. 2008 ; Proposition de loi relative au droit de mourir dans la dignité, Sénat, n°166, 26 janv. 2009 ; Proposition de loi instituant le droit de mourir dans la dignité et garantissant aux médecins le droit de conscience, Ass. nat., n°1498, 4 mars 2009 ; Proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la dignité, Ass. nat., n°1960, 7 oct. 2009.

⁷⁹⁹ CSP, art. L.1110-5, al. 5 anc.

192. La détermination de l'intérêt du patient dont la volonté n'est pas connue paraît donc devoir reposer sur la considération des droits subjectifs qui lui sont reconnus, au premier rang desquels figure le droit au respect de sa dignité. À côté du respect de ce droit fondamental, matriciel, l'intérêt du patient doit être apprécié à l'aune d'autres droits. Le premier est le droit à la protection de la santé, tempéré par les principes de nécessité et de proportionnalité qui se traduisent dans le droit à ne pas subir des soins manifestant une obstination déraisonnable. Dans cette hypothèse, le droit à ne pas souffrir et le droit à l'altération de la conscience doivent être garantis. L'intérêt du patient ne se limite cependant pas à ces droits, intérêts légalement consacrés. Certes, ils constituent un socle de certitude, et s'imposent donc au médecin et aux tiers (personne de confiance, famille ou proches). Mais on conçoit que les décisions médicales en situation de fin de vie ou de maintien artificiel de la vie puissent être guidées par la protection d'autres intérêts, dès lors que ces droits ne sont pas bafoués. De même que l'intérêt supérieur de l'enfant commandé par la loi civile doit être apprécié *in concreto*⁸⁰⁰, la singularité des décisions médicales devant aboutir à la mort mérite également une marge d'appréciation *in concreto*. Il paraît alors pertinent, pour satisfaire à l'obligation d'une décision médicale concertée, que le médecin décisionnaire puisse dégager les éléments propres à cerner les intérêts du malade dont il va limiter ou arrêter les soins. Le témoignage de la famille ou des proches peut y contribuer, dans le respect d'une procédure de consultation. La conjonction de ces deux conditions permet de conférer à la consultation les caractères d'individualisation et de rigueur, propres à garantir l'effectivité de la concertation.

B. Consultation

193. Dès lors que l'exigence de concertation ne peut s'appuyer sur une volonté exprimée ou témoignée, le droit français, promoteur de l'autonomie décisionnelle du patient, a fait le choix d'une procédure fondée sur la consultation. La procédure de consultation ne se justifie plus alors au titre d'une acceptabilité de la décision par le patient, mais par ses proches et par la société. Elle repose sur le recueil non d'un consentement, mais d'avis, lesquels ne lient pas le médecin qui reste le seul décisionnaire ; la consultation, pour peser réellement sur la décision

⁸⁰⁰ GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., *Rép. civ.* 2015, n^{os} 294 et s.

médicale, doit en revanche être obligatoire⁸⁰¹. Le recours du législateur français à la consultation, lorsque la volonté du patient est inconnue, résulte de la loi du 4 mars 2002. Il s'est réellement manifesté par les dispositions de la loi du 22 avril 2005 en matière de limitation ou d'arrêt des soins, avant d'être généralisé dans le droit de la fin de vie résultant de la loi du 2 février 2016, de manière parallèle à la consécration de la primauté de la volonté du patient. Il résulte de l'évolution de ce corpus normatif que deux situations doivent être distinguées, qui donnent lieu à des modalités de consultation différentes. Cette distinction repose en fait sur la nature des intérêts à protéger, selon celle déjà opérée quant à la détermination de ces intérêts (*cf. supra* A.).

194. La première situation concerne l'impossibilité d'exprimer une volonté dans le contexte d'une décision médicale répondant à une nécessité médicale avérée. La détermination de l'intérêt à protéger est aisée : le droit à la protection de la santé, l'intervention médicale ne manifestant pas une obstination déraisonnable. Dans cette hypothèse, il résulte de la loi du 4 mars 2002 qu'aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance, ou la famille, ou à défaut, un des proches ait été consulté⁸⁰². Le législateur a ici expressément imposé au médecin décisionnaire une procédure d'avis obligatoire, mais sans exiger la mise en œuvre de la procédure collégiale prévue à l'article R.4127-37, II. CSP⁸⁰³. Les modalités et l'objet de cette consultation restent cependant difficiles à cerner.

Concernant les modalités de la consultation, il convient de s'interroger sur les informations transmises par le médecin aux personnes concernées. Nous rejoignons P. LOKIEC lorsqu'il considère que la consultation, pour être effective, doit être assortie d'une information adéquate⁸⁰⁴. L'émission d'un avis par la personne de confiance, la famille ou les proches n'est en effet possible qu'après avoir pris connaissance d'informations relatives à l'état de santé de la personne, et aux interventions ou investigations envisagées. Il en va à cet égard de la consultation de ces personnes comme du consentement à l'acte médical par le patient, lequel est subordonné à son information. Peut-on pour autant en déduire que le médecin est débiteur,

⁸⁰¹ LOKIEC P., La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS* 2006, p. 865.

⁸⁰² CSP, art. L.1111-4, al. 5., et art. L.1111-6, al. 1^{er} s'agissant de la personne de confiance.

⁸⁰³ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 113.

⁸⁰⁴ LOKIEC P., *op. cit.*

vis-à-vis de ces personnes, de l'obligation d'information prévue à l'article L.1111-2, al. 1^{er} CSP ? Il est permis d'en douter, sauf en ce qui concerne les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur⁸⁰⁵. La loi reste silencieuse sur l'information de la personne de confiance, de la famille et des proches dans cette hypothèse, et les prérogatives qui leur sont par ailleurs reconnues en matière d'information ne permettent pas de le déduire⁸⁰⁶. En effet aucune de ces personnes ne dispose du droit d'accès au dossier médical du patient, moyen d'information par excellence. Néanmoins, la CADA estime qu'un élément du dossier peut être ponctuellement communiqué à la personne de confiance⁸⁰⁷ afin de lui permettre de comprendre l'état de santé du malade et de lui apporter le soutien prévu à l'article L.1110-4 CSP⁸⁰⁸. L'accès partiel au dossier et la communication de certaines informations sont possibles après la mort du patient pour les ayants droit, le concubin et le partenaire de PACS – la personne de confiance est exclue –, mais ils sont laissés à l'appréciation du médecin, sous réserve que le patient ne s'y soit pas opposé⁸⁰⁹. Par ailleurs, les autres dispositions relatives au secret professionnel n'instituent pas de partage des informations à caractère secret avec la personne de confiance, la famille ou les proches. En cas de diagnostic ou de pronostic graves, la transmission d'informations est encore laissée à la seule appréciation du médecin, sous réserve que le patient ne s'y soit pas opposé, et est limitée aux seules informations nécessaires à apporter un soutien direct au patient⁸¹⁰. Cette disposition ne règle donc pas la question de l'information de la personne de confiance, de la famille ou des proches dans l'hypothèse visée à l'article L.1111-4, al. 5 CSP, dans la mesure où d'une part, elle ne se limite pas nécessairement à un diagnostic ou un pronostic graves, et d'autre part, on imagine mal qu'un soutien direct puisse être apporté à un patient hors d'état d'exprimer sa volonté. S'agissant enfin spécifiquement de la personne de confiance, il doit être rappelé qu'elle ne peut accompagner le patient dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux que si celui-ci le souhaite⁸¹¹. Les dernières évolutions législatives ont fait l'économie de la réflexion sur la question de l'information de la personne de confiance, de la famille et des proches, ce qui est regrettable ; voire, la

⁸⁰⁵ Mais la problématique est tout autre puisqu'ils consentent à l'acte médical au lieu et place du malade.

⁸⁰⁶ TAGLIONE C., La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ? Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain, *RGDM* 2005, p. 397, spéc. p. 422.

⁸⁰⁷ CADA, 22 janv. 2004, n° 20040049.

⁸⁰⁸ ROUSSET G., L'accompagnement des patients atteints de cancer : quelle place accorder aux aidants ?, *RDSS* 2014, p. 115.

⁸⁰⁹ CSP, art. L.1111-7, al. 6 et art. L.1110-4, V., al. 3.

⁸¹⁰ CSP, art. L.1110-4, V., al. 2.

⁸¹¹ CSP, art. 1111-6, al. 2.

redéfinition de la mission de la personne de confiance vient troubler un peu plus cette hypothèse de consultation si l'on questionne son objet.

La loi du 2 février 2016 prévoit en effet que la personne de confiance témoigne de la volonté du patient lorsque celui-ci est hors d'état de l'exprimer. Deux remarques peuvent en être tirées. Premièrement, la mission nouvellement définie de la personne de confiance crée une disparité entre les personnes sollicitées au titre de la consultation. La personne de confiance doit témoigner de la volonté du patient, alors que la loi reste silencieuse sur l'objet de l'avis de la famille ou des proches. Doivent-ils, eux aussi, témoigner de cette volonté ou, au contraire, doivent-ils faire état de leur opinion personnelle, ou encore, contribuer à la détermination de l'intérêt du patient ? Une réponse peut être avancée si l'on se réfère à l'article L.1111-12 CSP, sous la plume du législateur de 2016. Le contexte est sensiblement différent puisqu'y est abordée la situation des personnes en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable. Pour autant, l'article précise d'abord que lorsque la volonté de ces personnes ne peut être exprimée par elles-mêmes, le médecin doit s'en enquérir, avant de préciser les moyens de cette enquête : consultation des directives anticipées, témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, « tout autre témoignage de la famille ou des proches ». L'objet de la consultation de la famille ou des proches est mis sur le même plan que celui de la personne de confiance. Si l'on poursuit le raisonnement en restant fidèle à l'esprit du législateur, on en déduit que dans l'hypothèse visée à l'article L.1111-4, al. 5, l'objet de la consultation de la famille ou des proches serait bien le témoignage de la volonté du patient. Deuxièmement et pour autant, on se place dans la situation d'une décision médicale justifiée par le droit à la protection de la santé, hors les hypothèses d'obstination déraisonnable. Quelle place, alors, accorder au témoignage d'une volonté, sauf à envisager qu'il concerne un refus de soin, anticipé par le patient mais inconnu du médecin, empêchant l'application des dispositions de l'article L.1111-4, al. 3. Si tel est le cas, il aurait été utile, par souci de cohérence, que le législateur ajoute aux obligations de l'article L.1111-4, al. 5 celle de consulter les directives anticipées, autre moyen d'expression de la volonté du patient.

Il convient de préciser que la mise en œuvre de cette procédure de consultation est tempérée par les circonstances habituelles d'impossibilité matérielle et d'urgence. Le législateur a fait preuve d'un pragmatisme classique quoique de bon aloi, mais il aurait été cohérent, en dehors de ces hypothèses d'exception, de prévoir le recours à la procédure collégiale qui est désormais devenue la règle en matière de limitation et d'arrêt des soins. Cette extension opérée par la loi *Leonetti-Claeys* a d'ailleurs permis de régler une situation paradoxale sous

l'empire du droit antérieur. L'hypothèse était celle de la suspension ou de l'abstention de soins inutiles ou disproportionnés au titre de la proscription de l'obstination déraisonnable⁸¹². Dans ce cas, si le patient était hors d'état d'exprimer sa volonté, la loi *Léonetti* disposait que la procédure collégiale et la consultation de la personne de confiance, de la famille ou des proches devaient être mises en œuvre dans le cas où cette limitation/abstention était susceptible de mettre en danger la vie du patient⁸¹³. On en déduit que la limitation/suspension de soins inutiles ou disproportionnés insusceptibles de mettre en danger la vie du patient pouvait être décidée sans procédure collégiale ni consultation de la personne de confiance, de la famille ou des proches. En définitive, en l'absence de risque pour la vie – ce qui ne signifie pas l'absence de risque pour la santé – l'abstention médicale était moins encadrée que l'action médicale (consultation imposée)⁸¹⁴, ce que rien ne justifiait. Cette différence de traitement est désormais réglée par les dispositions qui gouvernent toute limitation ou arrêt des soins justifiés par la proscription de l'obstination déraisonnable.

195. La seconde situation est en effet celle qui impose le respect du droit de ne pas subir des soins manifestant une obstination déraisonnable, et, de manière corollaire, des droits à la non-souffrance et à l'altération de la conscience. L'œuvre parlementaire de 2016 définit, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, une procédure consultative reposant sur deux piliers. Le premier est celui de la mise en œuvre de la procédure collégiale ; le second est celui de la recherche d'une volonté antérieurement exprimée. L'exigence de respect du droit de ne pas subir des soins manifestant une obstination déraisonnable impose au médecin de s'interroger sur l'opportunité de s'abstenir ou de limiter des soins inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. Sa décision ne pourra être prise, en cas d'incapacité décisionnelle du patient, qu'à l'issue de la procédure collégiale⁸¹⁵ prévue à l'article R.4127-37-1. CSP. Il convient de préciser que si la procédure de consultation est collégiale, la décision médicale reste individuelle⁸¹⁶. Le droit ménage ici une place au témoignage d'une volonté antérieurement exprimée dans la mesure où la procédure collégiale peut être initiée au vu des directives anticipées, ou à la demande de la personne de

⁸¹² CSP, art. L.1110-5, al. 2 anc.

⁸¹³ CSP, art. L.1111-4, al. 5 anc.

⁸¹⁴ CSP, art. L.1111-4, al. 4 anc.

⁸¹⁵ CSP, art. L.1110-5-1, al. 1^{er}.

⁸¹⁶ CSP, art. R.4127-37, II., al. 2: « La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient. »

confiance, de la famille ou des proches. La consultation de ces personnes est également exigée par la procédure collégiale, dans la définition réglementaire de ses modalités, et légalement dès lors que la limitation ou l'arrêt du traitement est susceptible d'entraîner le décès de la personne⁸¹⁷. Dans cette hypothèse, s'imposent donc au médecin la mise en œuvre de la procédure collégiale et le respect des directives anticipées ou, à défaut, la consultation de la personne de confiance, de la famille ou des proches. La force contraignante de la volonté antérieurement exprimée s'illustre dans le choix des termes : les directives anticipées doivent être respectées ; en revanche le témoignage de volonté doit être reçu mais ne lie pas le médecin. L'opposabilité des directives anticipées peut cependant être anéantie dès lors que le médecin les juge manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, et sous réserve de la mise en œuvre d'une nouvelle procédure collégiale de consultation. Cette décision doit être portée à la connaissance de la personne de confiance, de la famille ou des proches⁸¹⁸. Le recours à la procédure collégiale se décline enfin, de manière corollaire, au titre du respect du droit à ne pas souffrir et du droit à l'altération de la conscience. La sédation profonde et continue associée à une analgésie s'impose en effet au médecin en cas de décision d'arrêt des traitements de maintien en vie⁸¹⁹, mais requiert, pour être mise en œuvre, une nouvelle procédure collégiale⁸²⁰, qui permet à l'équipe soignante de vérifier que ses conditions de réalisation sont remplies. La recherche d'une volonté antérieurement exprimée n'est pas requise dans ce cas. Il doit être souligné que la mise en œuvre de la procédure collégiale à cette fin de vérification des conditions de la sédation profonde et continue⁸²¹ concerne également le cas du patient conscient⁸²².

L'ensemble de ces dispositions dessine les contours d'un édifice normatif cohérent qui, s'il ménage toujours une place au témoignage de la volonté antérieurement exprimée, n'en fait pas un obstacle à la détermination des intérêts du patient, qui doit guider la décision médicale. Cette cohérence d'ensemble ne doit cependant pas ignorer les faiblesses du modèle décisionnel fondé sur la représentation de la volonté (*cf.* §1.). A cet égard, on peut se

⁸¹⁷ CSP, art. L.1111-4, al. 6.

⁸¹⁸ CSP, art. L.1111-11, al. 4.

⁸¹⁹ CSP, art. L.1110-5-2, al. 2.

⁸²⁰ CSP, art. L.1110-5-2, al. 3.

⁸²¹ Deux conditions alternatives : 1° lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements ; 2° lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable. Dans le cas du patient hors d'état d'exprimer sa volonté, il s'agira selon toute vraisemblance de vérifier la première condition.

⁸²² MISTRETTA P., De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n°2016-87 du 2 février 2016, *JCP G* 2016, n°8, doct. 240.

demander si le droit issu de la loi de 2005, davantage que celui de la loi de 2016 qui renforce la place de la volonté antérieurement exprimée dans la procédure de décision, ne permettait pas une contribution plus fiable de la personne de confiance, de la famille ou des proches à la détermination de l'intérêt du patient, dès lors qu'elle était libérée de tout témoignage de volonté, et permettait de faire émerger peut être plus facilement l'intérêt du patient. Car tel est bien l'objet de la procédure collégiale, qui doit permettre au médecin en charge du patient de prendre la décision juste, gouvernée par les principes de nécessité et de proportionnalité, et satisfaisant à l'exigence de concertation.

196. Reste à considérer cette procédure collégiale au regard de la décision systémique décrite *supra* (cf. Titre 1, chapitre 2). On pourrait en effet considérer que ce recours désormais généralisé à la procédure collégiale témoignerait d'un nouveau développement de la décision systémique. Cette hypothèse doit à notre avis être réfutée. Certes, la décision de limitation ou d'arrêt des soins, pour répondre aux principes de nécessité et de proportionnalité, doit se fonder sur une évaluation médicale solide, entendue au sens d'une connaissance approfondie du diagnostic et du pronostic de la situation physiopathologique de la personne. L'établissement de ce diagnostic et de ce pronostic peut revêtir une dimension systémique, mais là n'est pas l'essentiel d'une décision de limitation ou de suspension des soins. Il convient, pour s'en convaincre, d'analyser l'objet de la consultation de l'équipe de soins et du recours au médecin appelé en qualité de consultant requis par les dispositions de l'article R.4127-37, II., al. 2 CSP. Les commentaires de l'Ordre des médecins portant sur la procédure collégiale sont à cet égard éclairants, quant à cette « appréciation collégiale »⁸²³. S'agissant de la concertation avec l'équipe soignante, l'Ordre l'envisage au titre de sa présence quotidienne auprès des personnes malades dans les services hospitaliers, comme au domicile ou dans les institutions de soins, qui lui confère une connaissance aigüe du ressenti et de l'état d'esprit du patient et de son entourage. Le recueil de l'appréciation de l'équipe soignante ne relève donc pas de l'évaluation technique d'une situation, telle qu'elle pourrait résulter des observations des infirmiers ou aides-soignants, mais se place résolument au niveau de la dimension humaine de la relation médicale. Le recours au médecin appelé en qualité de consultant se place également, selon l'analyse ordinale, sur le terrain de l'éthique, de la morale professionnelle. Les dispositions de l'article 37 du code de déontologie médicale, au risque

⁸²³ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 113.

d'une redondance avec les articles 5⁸²⁴ et 69⁸²⁵, insistent sur l'indépendance et l'impartialité du médecin décisionnaire, en précisant qu'il ne doit entretenir avec le consultant aucun lien de nature hiérarchique. On en déduit que celui-ci doit pouvoir exprimer son avis et celui-là prendre sa décision en toute liberté ; le recours à un deuxième consultant, si l'un d'eux l'estime utile, s'inscrit également dans l'exercice de cette liberté. Les commentaires de l'auteur de la règle déontologique, support de la procédure collégiale, sont particulièrement intéressants s'agissant de l'objet de l'avis du ou des médecins consultants. Il ne s'agit pas pour le médecin décisionnaire de recueillir l'avis d'un spécialiste ou d'un expert de la pathologie – en tout cas pas obligatoirement – ; pas plus qu'il ne s'agit d'obtenir l'appréciation d'un « spécialiste de l'éthique ». L'intervention du consultant est justifiée aux yeux de l'Ordre par son expérience et ses capacités professionnelles et humaines, qui doivent lui permettre d'apporter un avis éclairé, mais également d'aider par un échange confraternel, le praticien qui le consulte à mener à terme sa réflexion dans l'intérêt du patient⁸²⁶. On peut d'ailleurs s'interroger sur le fait que le législateur de 2016, pas plus que celui de 2005, n'ait vu un intérêt à faire explicitement figurer parmi les participants à la procédure collégiale, le médecin traitant⁸²⁷. La grande majorité des décisions de limitation ou d'arrêt des soins survient dans des services de réanimation ou de soins intensifs, à l'occasion d'événements pathologiques de survenue le plus souvent brutale et imprévisible : traumatismes, pathologies vasculaires. Il s'ensuit que le médecin placé en position de décisionnaire ne connaît généralement rien de son patient en dehors du diagnostic et du pronostic, et se trouve ainsi placé en situation de pur technicien de la médecine. Il en est généralement de même du ou des médecins appelés en qualité de consultants, avec le risque de rendre systématique, au sein d'un établissement, le recours à certains médecins identifiés comme possédant une « compétence particulière » en matière de fin de vie, d'éthique, voire de droit de la santé, ce qui serait contraire à l'esprit de la prescription déontologique. Le recours au médecin traitant au cours de la procédure collégiale reste par ailleurs marginal, évalué à 5% des décisions prises dans les services de réanimation français⁸²⁸. Or le médecin traitant semble offrir les

⁸²⁴ « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit. »

⁸²⁵ « L'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes. »

⁸²⁶ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *op. cit.*

⁸²⁷ Sa consultation est encouragée par l'Ordre, mais n'est pas requise réglementairement par l'article R.4127-37 CSP.

⁸²⁸ DE LAITRE V., LEFRANT J.-Y., JABER S., BAUDOT J., PAPAIZIAN L., MULLER L., MERCIER G., FABBRO-PERAY P., RIPART J., ELEDJAM J.-J., de LA COUSSAYE J.-E., Relations entre médecin traitant et médecin réanimateur : l'opinion des réanimateurs de huit départements du sud de la France, *Ann Fr Anesth Reanim* 2006, n°25, p. 493.

garanties du consultant exigé par l'Ordre. Son indépendance vis-à-vis du système hospitalier est *a priori* indiscutable, et son témoignage pourrait être utilement recueilli dans une perspective d'approche inspirée du modèle *patient's life story*. L'intérêt du patient semble donc devoir y gagner. A titre subsidiaire, la satisfaction des médecins traitants a également pu être démontrée concernant cette démarche de consultation, qui améliore la qualité de la communication entre médecins, renforce leur implication dans la stratégie médicale, et leur permet d'accompagner au mieux la famille et les proches à l'occasion de ces événements douloureux⁸²⁹.

197. En définitive, la décision médicale de limitation ou d'arrêt des soins chez le patient hors d'état d'exprimer sa volonté au nom de son droit à ne pas subir une obstination déraisonnable, si elle n'est pas déconnectée de l'appréciation technique de la situation du malade, ne saurait s'y résoudre. La procédure collégiale justifiée par l'exigence de concertation n'aboutit pas à une décision collégiale, mais à la prise en compte par le médecin décisionnaire, d'une appréciation collégiale. Elle doit lui permettre de forger sa conviction, entendue comme une certitude de l'esprit fondée sur des preuves jugées suffisantes⁸³⁰, aboutissant à sa décision. On peut dès lors reconnaître le caractère systémique de la procédure de consultation, mais la décision reste bien celle du seul médecin en charge du malade. On peut y voir la manifestation d'un pouvoir exorbitant du médecin, témoignant de sa position de tuteur à l'égard de son patient placé en situation de vulnérabilité. Il en résulte, pour le médecin, d'avoir à supporter le poids de la responsabilité de cette décision. Cette charge peut elle aussi sembler exorbitante ; elle doit être considérée par les praticiens comme un honneur, et comme la justification du respect que leur témoignent leurs patients et, la plupart du temps, le corps social dans son ensemble.

Conclusion du Chapitre 1

198. La procédure décisionnelle est d'abord fondée sur l'exigence de concertation, garantie contre l'arbitraire de la décision. L'exigence de concertation est justifiée *a priori* par

⁸²⁹ UBERTI T., FLOCCARD B., LAGRANGE S., HENGY B., MARTIN O., MARCOTTE G., CROZON J., BER C., GREGOIRE A., GEFFRIAUD T., RIMMELE T., Recours au médecin traitant pour les décisions de LATA en réanimation : pourquoi ne pas le faire ?, *Anesthésie et Réanimation* 2015, suppl. 1, p. A373.

⁸³⁰ www.cnrtl.fr/portail/, v° conviction.

l'asymétrie naturelle de la relation médicale, et de surcroît par la confrontation du patient non plus à un individu décisionnaire, mais à un système décisionnel. La complexité croissante des modalités de la décision médicale impose dès lors un contrôle renforcé de l'exigence de concertation, au nom du respect de la dignité du patient, afin de préserver son aptitude décisionnelle. Si la concertation a pour finalité l'acceptabilité de la décision médicale, elle est le lieu de rencontre du pouvoir-savoir détenu et exercé par le système soignant, et des droits du patient. C'est *in fine* le respect de ces droits qui borne, en même temps qu'il la justifie, la liberté du médecin. Droit à l'information, débattue contradictoirement au nom de l'autonomie décisionnelle du patient. Droit à la protection de la santé de celui qui n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté, dès lors que les soins poursuivis ne manifestent pas une obstination déraisonnable. Droit, dans le cas contraire, à ne pas subir une telle obstination, à ne pas souffrir et à perdre conscience. La consécration de ces droits subjectifs contribue à la détermination des intérêts du patient, dont la protection doit guider toute décision médicale. Cette détermination procède désormais d'un colloque pluriel témoignant non seulement du caractère systémique de la décision, mais également de la dimension systémique de l'information, que le patient soit ou non en capacité d'exprimer une volonté. La concertation s'apprécie donc à l'aune du respect de ces droits subjectifs, fondée sur l'expression de la volonté du malade apte à la décision et garantie par une procédure de consultation en cas d'inaptitude, selon les principes de nécessité et de proportionnalité.

Chapitre 2 : Le principe de motivation

199. Nonobstant la volonté du législateur de promouvoir une conception autonomiste de la relation médicale, les développements précédents ont montré que l'aptitude décisionnelle du patient n'était le plus souvent que relative. A l'exception du refus de soins exprimé par le patient en toute connaissance de cause, l'asymétrie de la relation médicale confère, en fait, le pouvoir décisionnel au médecin, sous réserve d'une concertation contradictoire dont la finalité est la consolidation de l'aptitude décisionnelle partielle du patient. L'exigence de concertation est centrée sur la personne du patient, sur la détermination de son intérêt et la protection de ses droits. Mais parce que la contradiction n'est pleinement effective que si le destinataire de la décision en connaît les motifs, la motivation en constitue le prolongement nécessaire et accroît la qualité du processus décisionnel⁸³¹. La motivation remplit une double fonction : d'une part elle permet au destinataire de la décision d'en percevoir la rationalité, de la comprendre, sans nécessairement l'approuver ; d'autre part elle oblige le décisionnaire à formuler les causes de sa décision⁸³². Le principe de motivation des décisions consiste donc à s'interroger quant à la réalité et à la pertinence de leurs motifs ; il est par conséquent centré sur le médecin décisionnaire, détenteur du pouvoir-savoir. Si la motivation de la décision concourt à la protection de l'intérêt du patient, l'exigence de motivation conduit à interroger le principe d'indépendance du médecin dans l'exercice de son art quant à la prise en compte d'intérêts tiers et au regard d'une décision désormais systémique.

La référence à l'indépendance professionnelle du médecin dans l'exercice de son art irrigue le cadre normatif de l'exercice de la profession. On ne saurait mieux que D. TRUCHET résumer les prérogatives du médecin à cet égard : personne ne peut, en droit, le contraindre à une décision qu'il n'approuverait pas ; parallèlement, dans l'exercice de son art, il n'a d'autorisation à demander à personne⁸³³. Vertu cardinale des professions libérales⁸³⁴, exigence tirée de la loi et prescription déontologique, l'indépendance du médecin s'analyse classiquement en une liberté et une garantie ; la liberté qui résulte de l'indépendance est au service de l'intérêt du patient (Section 1). La relation médicale unissant le médecin à son patient, indépendamment du caractère systémique de la décision médicale, doit cependant être

⁸³¹ LOKIEC P., La décision et le droit privé, *D.* 2008, p. 2293.

⁸³² AYNES L., Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

⁸³³ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

⁸³⁴ MORET-BAILLY J., Définir les conflits d'intérêts, *D.* 2011, p. 1100.

contextualisée. Apparaissent alors des intérêts tiers qui doivent être conciliés avec celui du patient (Section 2).

Section 1. L'indépendance professionnelle garante de l'intérêt du patient

200. Le principe d'indépendance pourrait de prime abord être envisagé comme une garantie de liberté d'action du médecin dans l'exercice de son art. La soumission de la décision médicale à l'intérêt du patient conduit en fait à l'analyser en une exigence supplémentaire pour le médecin (§1). Cette sujétion de l'autonomie du médecin à l'intérêt du patient interroge par conséquent la pertinence d'une référence à la notion même d'indépendance, de surcroît si l'on considère que la relation médicale est fondée sur la confiance qui unit ses protagonistes. L'engagement moral du médecin à servir l'intérêt de son patient doit dès lors se manifester par sa loyauté (§2).

§1. L'exigence d'indépendance

201. L'exigence d'indépendance professionnelle prescrite aux médecins dans l'exercice de leur art est avant tout un principe de morale professionnelle qui trouve naturellement sa pleine expression dans le code de déontologie médicale. Ainsi son article 5⁸³⁵ dispose-t-il, au titre des devoirs généraux du médecin, qu'il ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit. Cette origine déontologique n'est pas démentie par le vecteur législatif du principe d'indépendance, dans la mesure où l'article L.162-2 CSS se réfère expressément aux « principes déontologiques fondamentaux », principes issus de la Charte médicale adoptée le 30 novembre 1927 par le congrès des syndicats médicaux français. La consécration de l'indépendance professionnelle est en effet, par essence, liée à l'exercice de la médecine en tant que profession libérale⁸³⁶, selon la tradition française. Il convient ici de se référer à l'analyse de J. SAVATIER, qui écrivait en 1947 : « L'origine historique comme la nature des professions libérales conduisent normalement à une organisation assurant à leurs

⁸³⁵ CSP, art. R.4127-5.

⁸³⁶ BRAY A., *La question du statut de profession libérale : étude comparative France – Etats-Unis*. Mémoire Paris II, 2015, p. 36.

membres une entière indépendance. Professions d'hommes libres, professions nobles, elles ne peuvent mettre celui qui les exerce en état de subordination sans renoncer à ces qualités. La fierté des membres des professions libérales est de n'avoir d'autre maître, qu'eux-mêmes »⁸³⁷. Appréciée dans une perspective historique, la promotion de l'indépendance des professions libérales traduit, selon J. MORET-BAILLY et M.A. RODWIN, leur volonté d'autonomisation vis-à-vis de l'Etat, de leurs clients ou de leurs employeurs⁸³⁸. Cette volonté a sous-tendu la création des ordres professionnels chargés de l'élaboration de la norme déontologique, de son contrôle et de sa sanction, les ordres étant garants de la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession⁸³⁹. L'indépendance doit donc être regardée comme l'un des principes gouvernant l'organisation des professions libérales. Sa justification est à chercher dans la confiance placée dans les professionnels, avocats⁸⁴⁰ ou médecins, par ceux qui les consultent, toujours selon l'analyse de J. SAVATIER : « Aussi bien cette indépendance répond à la nature de ces professions : comment le client pourrait-il se confier au professionnel aussi complètement que c'est nécessaire s'il le savait subordonné à un tiers dont les intérêts viennent contrecarrer les siens ? La nature de la relation professionnelle répugne également à une subordination de l'une des parties par l'autre : le client ne vient-il pas demander des conseils plutôt que donner des ordres ? »⁸⁴¹. C'est bien dans cette perspective que l'auteur de la règle déontologique envisage l'indépendance professionnelle du médecin : élément fondamental de la morale médicale, pilier de la déontologie et condition psychologique indispensable de la confiance des patients⁸⁴². L'origine, l'essence déontologique du principe confirme l'analyse selon laquelle l'indépendance du médecin ne doit pas être regardée comme un blanc-seing mais comme un devoir professionnel⁸⁴³ ; il est donc bien pertinent de retenir à l'égard du médecin une exigence d'indépendance.

⁸³⁷ SAVATIER J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, LGDJ, 1947, 39.

⁸³⁸ MORET-BAILLY J., RODWIN M.A., La qualification des conflits d'intérêts des médecins en France et aux Etats-Unis, *RDSS* 2012, p. 501.

⁸³⁹ CSP, art. L.4121-2, al. 2.

⁸⁴⁰ Loi n°71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janv. 1972, p. 131, dont l'article 7, I. dispose : « La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante ».

⁸⁴¹ SAVATIER J., *op. cit.*

⁸⁴² CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 40.

⁸⁴³ το δεον : « ce qu'il convient de faire ». V. BENTHAM J., *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art-et-Science*, Bossange, Paris, 1823, p. 161 ; SIMON M., *Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, Baillière, Paris, 1845.

202. L'analyse de la référence à l'exigence d'indépendance dans le droit de la profession médicale permet de constater qu'elle en constitue le pivot de l'exercice, dont les modalités sont invariablement appréciées à l'aune de la menace que l'activité considérée pourrait constituer vis-à-vis de l'indépendance du praticien. L'article R.4127-5 CSP a déjà été cité, qui fait de la protection de son indépendance un devoir pour tout médecin ; il revient à l'Ordre d'en vérifier le respect et de sanctionner les médecins défaillants. Pour ce faire, l'institution ordinaire procède à un contrôle *ex ante*, au moment de l'inscription au tableau, condition *sine qua non* de l'exercice de la médecine sous réserve des conditions de diplôme et de nationalité. L'indépendance est alors requise au même titre que la moralité et la compétence du demandeur⁸⁴⁴. C'est au niveau de la dignité professionnelle qu'elle est placée, lorsqu'un médecin choisit de cumuler son activité médicale avec une autre activité, étant précisé que cette activité ne doit pas lui permettre de tirer profit de ses prescriptions ou de ses conseils médicaux⁸⁴⁵. Est ainsi proscrite la participation financière dans une société ambulancière pouvant être amenée à transporter les patients qu'un médecin examine dans le cadre de ses fonctions de praticien hospitalier urgentiste⁸⁴⁶. Le Conseil d'Etat considère également, alors même qu'aucun texte ne prévoit l'exercice à titre exclusif des fonctions de médecin responsable de l'information médicale d'un établissement de santé, que l'exercice de ces fonctions est incompatible avec celles de dirigeant et associé de ce même établissement⁸⁴⁷. *A contrario*, la Haute juridiction administrative considère qu'un médecin, président-directeur général d'une société anonyme gestionnaire d'une maison de repos et de convalescence, qui exerce simultanément dans cet établissement une activité de médecin salarié, n'est pas placé, pour l'exercice de cette activité, dans une situation de dépendance contraire aux prescriptions du code de déontologie médicale⁸⁴⁸.

203. L'exercice salarié de la médecine, s'il suppose une relation de subordination du médecin à son employeur, n'est pas à considérer comme étant en soit attentatoire au principe d'indépendance professionnelle. Si l'Ordre admet un tel exercice dans un cadre contractuel ou statutaire, c'est à la condition du strict respect des obligations déontologiques, en particulier

⁸⁴⁴ CSP, art. L.4112-1.

⁸⁴⁵ CSP, art. R.4127-26.

⁸⁴⁶ CE, 12 janv. 2005, n°252365, *RDSS* 2005, p. 495, note J. Moret-Bailly.

⁸⁴⁷ CE, 23 déc. 2011, n°339529.

⁸⁴⁸ CE, 13 mai 1994, n°123026.

celles relatives au secret professionnel et à l'indépendance des décisions⁸⁴⁹. La subordination ou la dépendance vis-à-vis de l'employeur ne peut toutefois s'entendre que d'un point de vue organisationnel, y compris en termes d'évaluation des pratiques médicales⁸⁵⁰. C'est le sens des dispositions de l'article L.6143-7 CSP, qui dispose que le directeur d'un établissement public de santé exerce son autorité sur l'ensemble du personnel, dans le respect des règles déontologiques et notamment de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art⁸⁵¹. Le lien de subordination administrative qui lie le médecin hospitalier à l'établissement qui l'emploie ne le place pas dans une situation de dépendance hiérarchique⁸⁵². Un directeur d'établissement ne peut donc légalement subordonner l'accomplissement d'actes médicaux par un praticien œuvrant au sein de son établissement à leur validation préalable par un chef de service⁸⁵³. Par ailleurs, il ne peut être proposé au médecin salarié de rémunération – y compris via des modalités d'évolution de carrière⁸⁵⁴ – fondée sur des critères de productivité ou de rendement, de nature à limiter son indépendance⁸⁵⁵. L'Ordre exerce en cette matière un contrôle étroit, dans la mesure où le médecin doit communiquer au conseil départemental dont il relève les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de sa profession. Le contrôle procède d'une analyse des dispositions contractuelles au regard de leur compatibilité avec les règles de la profession, et notamment le principe d'indépendance professionnelle⁸⁵⁶. Dans le cas contraire, l'Ordre peut refuser l'inscription au tableau du candidat concerné⁸⁵⁷ ; dans le cas d'un praticien déjà inscrit, celui-ci est passible de sanctions disciplinaires s'il est partie à un contrat qui comporte une clause portant atteinte à son indépendance professionnelle, en violation des dispositions de l'article R.4127-83 CSP. L'ensemble de ces dispositions relatives au contrôle des contrats concerne également les médecins non-salariés, non plus dans le cadre de la subordination à un

⁸⁴⁹ CSP, art. R.4127-95.

⁸⁵⁰ CSP, art. L.6113-2.

⁸⁵¹ PANFILI J.-M., L'indépendance des praticiens hospitaliers dans l'exercice de l'art médical face à l'administration hospitalière, *Droit, déontologie & soin* 2015, p. 265.

⁸⁵² MOQUET-ANGER M.-L., Hôpitaux, personnel médical, *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 229-40, n°56.

⁸⁵³ CE, 2 oct. 2010, n°309247, *AJDA* 2009, p. 1799, *DA* 12 oct. 2009, *JCP ACT* 2009, n°43, act. 1142. En revanche, en cas de circonstances exceptionnelles où sont mises en péril la continuité du service et sécurité des patients, le directeur peut, en vertu de son pouvoir hiérarchique, prononcer une mesure de suspension d'urgence. V. sur ce sujet : AUBERTIN J., Réflexions critiques sur le pouvoir de suspension d'urgence des praticiens hospitaliers reconnus aux directeurs d'établissements de santé, *RDSS* 2015, p. 506.

⁸⁵⁴ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 217.

⁸⁵⁵ CSP, art. R.4127-97.

⁸⁵⁶ CSP, art. L.4113-9, al. 7.

⁸⁵⁷ CSP, art. L.4313-11.

employeur, mais dans celui des relations avec d'autres confrères médecins ou avec des établissements de santé privés⁸⁵⁸. Ces relations doivent, notamment en cas d'exercice en association ou en société, être juridiquement supportées par un contrat écrit qui doit respecter l'indépendance professionnelle de chacun d'eux⁸⁵⁹, puisqu'en toute circonstance l'exercice de la médecine doit rester personnel⁸⁶⁰. La même exigence est attendue s'agissant des relations d'un médecin titulaire avec un médecin remplaçant, avec un médecin collaborateur libéral⁸⁶¹ ou un médecin assistant⁸⁶².

204. Si le principe d'indépendance prend sa source dans la morale professionnelle et se traduit par des prescriptions déontologiques, il convient d'en préciser la valeur d'un point de vue normatif. Il a pu être qualifié par la doctrine, avec celui de liberté de prescription, de « principe fondamental du droit médical »⁸⁶³. Sa valeur a été précisée par la jurisprudence, à l'occasion d'une décision rendue par le Tribunal des conflits en 2000. Statuant non sur la compétence mais sur le fond, à propos d'un cas de déni de justice résultant de décisions inconciliables des juridictions administratives et judiciaires rendues dans une même affaire⁸⁶⁴, la Haute juridiction a estimé que le principe d'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art était au nombre des principes généraux du droit⁸⁶⁵. Cette qualification a ultérieurement été retenue par le Conseil d'Etat⁸⁶⁶. Pour autant, ces qualifications jurisprudentielles et l'interprétation qui pourrait en être faite concernant la place du principe dans la hiérarchie des normes⁸⁶⁷ au regard des courants de doctrine⁸⁶⁸, ne doivent pas empêcher une approche plus simple de la détermination de sa valeur. De manière

⁸⁵⁸ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°925.

⁸⁵⁹ CSP, art. R.4127-91 ; pour les sociétés interprofessionnelles de soins ambulatoires : CSP, art. R.4041-4.

⁸⁶⁰ CSP, art. R.4127-93.

⁸⁶¹ CSP, art. R.4127-87.

⁸⁶² CSP, art. R.4127-88 : L'assistantat autorisé par le conseil départemental lorsque les besoins de la santé publique l'exigent, en cas d'afflux exceptionnel de population, ou lorsque, momentanément, l'état de santé du praticien le justifie.

⁸⁶³ TRUCHET D., *op. cit.*

⁸⁶⁴ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2007*, 3^e partie, La Documentation française 2008, p. 251.

⁸⁶⁵ T. Confl., 14 févr. 2000, n°00-02.929, *Bull.* 2000, n°2, p.2, *Lebon* 2000, p. 750, *D.* 2000, IR, p. 138.

⁸⁶⁶ CE, 3 sept. 2008, n°299412, 299418, 300400, 304417, *JCP A* 2009, chron. 2083, n°11, note M.-L. Moquet-Anger.

⁸⁶⁷ BRUNET P., Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes, in : DE BECHILLON D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., MILLARD E., *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 207.

⁸⁶⁸ Valeur infra-législative et supra-décrétale selon l'analyse désormais classique : CHAPUS R., De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *D.* 1966, p. 99. Valeur législative : JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1954, 240 ; MESCHERIAKOFF A.-S., La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, p. 596.

pragmatique et incontestable, le Conseil d'Etat⁸⁶⁹ avait considéré précédemment, et antérieurement à la décision du Tribunal des conflits, que le principe revêtait une valeur législative au regard des dispositions des articles L.382 CSP ancien⁸⁷⁰ et L.257 CSS dans sa rédaction résultant de la loi du 3 juillet 1971⁸⁷¹. Ce dernier, dont la rédaction n'a pas été modifiée, est devenu l'article L.162-2 CSS, qui confère donc au principe d'indépendance « professionnelle et morale » des médecins sa valeur législative, en même temps qu'il le justifie par la protection de l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique. L'article L.162-2 CSS témoigne, en définitive, de l'origine, de la valeur normative et de la finalité du principe.

205. L'exigence d'indépendance s'impose donc à la profession médicale prise dans sa globalité, et constitue l'un des critères cardinaux à l'aune duquel doivent être appréciées les relations des médecins avec leurs partenaires professionnels. Si ce principe peut se concevoir à l'échelle de l'organisation de la profession, il ne semble pourtant pas constituer une référence pertinente à l'échelle individuelle de la relation médicale, dans la mesure où l'indépendance du médecin ne paraît pas suffisante, en soi, à garantir la protection de l'intérêt que son patient lui confie.

§2. L'exigence de loyauté

206. L'appréciation de l'expression des motifs de la décision médicale doit être placée à l'échelle de la relation médicale unissant le médecin à son patient, y compris dans le contexte d'une décision systémique. Nécessairement fondée sur la confiance, elle se caractérise une forte dimension *intuitu personae* à l'aune de laquelle doit être examinée l'exigence d'indépendance prescrite par la loi et par le règlement. Il convient donc en réalité de s'interroger sur la pertinence de la référence à l'indépendance du médecin dans l'exercice de son art comme garantie de la protection de l'intérêt du patient.

⁸⁶⁹ CE, 20 avr. 1998, n°82321 : « que le principe de l'indépendance professionnelle et morale des médecins que consacrent ces dispositions et qui implique que nul ne peut être à la fois médecin contrôleur et médecin traitant, a une portée législative ».

⁸⁷⁰ « L'Ordre des médecins [...] assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale ».

⁸⁷¹ Loi n°71-525 du 3 juill. 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux modifiant les articles L.257, L.259 à L.265 et L.613-16 du code de sécurité sociale (conventions nationales), *JORF* du 6 juill. 1971, p. 6571.

207. L'idée même de protection suppose que l'intérêt du patient puisse être contrarié voire menacé par des intérêts tiers. Cela se conçoit assez aisément dans la mesure où la relation médicale est bien duelle, mais s'inscrit dans un système de santé faisant intervenir des acteurs multiples aux intérêts variés, et qui ne sont pas nécessairement convergents. L'intérêt du patient n'est donc pas le seul en jeu dans la procédure de décision médicale. Pour ne citer que les plus évidents, on retiendra au titre des autres intérêts l'intérêt personnel du médecin décisionnaire, celui des autres professionnels de santé, notamment ceux qui concourent à la décision systémique, celui de l'employeur du médecin salarié, celui des organismes payeurs – assurance maladie, assurances complémentaires –, ou encore celui de l'industrie des produits de santé. L'exigence d'indépendance morale et technique trouve ici, au premier abord, sa justification, dans la mesure où elle constitue un droit pour le malade de trouver devant lui un médecin qui va l'écouter, le secourir, sans autre préoccupation que celle de lui rendre les services que la médecine peut pour lui⁸⁷². En d'autres termes, pour lui accorder sa confiance, le patient doit avoir la certitude que la décision médicale ne va être guidée que par son intérêt, et l'indépendance du médecin peut constituer une garantie à cet égard. Il est cependant permis de s'interroger sur le sens, voire sur la réalité de cette indépendance. Le médecin décisionnaire n'est en effet que l'un des rouages du système de santé, entendu au sens large. L'analyse qui a conduit à envisager la décision médicale à un échelon systémique en est un témoignage. Il en résulte que tout médecin entretient nécessairement, à côté de la relation médicale à proprement parler, des relations avec les autres acteurs du système. Ces relations sont motivées par l'intérêt respectif de leurs protagonistes ; elles constituent donc pour chaque médecin un réseau de liens d'intérêts. L'indépendance totale du médecin vis à vis des autres acteurs du système n'est, dès lors, qu'une illusion. Dans ces conditions, l'analyse des moyens de protection de l'intérêt du patient et du contrôle de motivation des décisions revient à interroger la préservation de cet intérêt par rapport aux intérêts tiers issus de ces liens. La confiance du patient se manifeste en effet dans le fait, pour lui, de confier la protection de son intérêt à son médecin, et il lui importe d'avoir la garantie que parmi les intérêts en jeu dans la décision médicale, le sien l'emportera devant tous les autres. Il paraît alors pertinent de se référer à la littérature consacrée aux conflits d'intérêts.

⁸⁷² MOQUET-ANGER M.-L., Hôpitaux, personnel médical, *J-Cl. Administratif*, Fasc. 229-40, n°56.

208. La notion de conflit d'intérêts n'est expressément évoquée en droit sanitaire que dans le domaine de l'expertise réalisée au profit des administrations en charge de la sécurité sanitaire, par un décret⁸⁷³ relatif à la charte de l'expertise sanitaire pris en application de la loi *Bertrand*⁸⁷⁴, ainsi que par un décret⁸⁷⁵ instituant, au sein des autorités et organismes sanitaires⁸⁷⁶, un déontologue chargé de veiller au respect des obligations de déclaration des liens d'intérêts et de prévention des conflits d'intérêts. Il s'agissait, dans les suites de l'affaire *Médiateur*, de renforcer les mesures permettant de garantir l'impartialité des experts et des agents publics impliqués dans l'évaluation de la sécurité sanitaire des produits de santé⁸⁷⁷. La notion a également été abordée par la jurisprudence, toujours en matière d'expertise, qu'elle procède d'une désignation par l'administration ou par une juridiction⁸⁷⁸. La question posée au juge judiciaire⁸⁷⁹ et au juge administratif⁸⁸⁰ concernait l'appréciation de l'impartialité de l'expert au regard de ses liens d'intérêts d'une part, et de la nature de la mission confiée d'autre part. Ces dispositions et décisions concernant l'expertise, fut elle réalisée par un médecin, ne concernent donc pas à proprement parler la relation médicale. Il appert toutefois que la doctrine s'avère homogène, dans la caractérisation de la notion de conflit d'intérêt, s'agissant de l'affirmation du critère de la charge d'un intérêt tiers⁸⁸¹. Un auteur considère de surcroît que la notion de conflit d'intérêts n'est appelée à jouer que dans les situations où un

⁸⁷³ Décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L.1452-2 du code de la santé publique, *JORF* du 22 mai 2013, p. 8405. La notion de liens d'intérêts concerne intérêts ou activités, passés ou présents, d'ordre patrimonial, professionnel ou familial, de l'expert en relation avec l'objet de l'expertise qui lui est confiée ; le conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle les liens d'intérêts d'un expert sont susceptibles, par leur nature ou leur intensité, de mettre en cause son impartialité ou son indépendance dans l'exercice de sa mission d'expertise au regard du dossier à traiter.

⁸⁷⁴ Loi n° 2011-2012 du 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF* du 30 déc. 2011, p. 22667.

⁸⁷⁵ Décret n°2016-779 du 10 juin 2016 relatif au déontologue dans les autorités et organismes sanitaires, *JORF* du 12 juin 2016.

⁸⁷⁶ Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), Etablissement français du sang (EFS), Agence nationale de la sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement, et du travail (ANSES), Institut national du cancer (INCa), Agence de biomédecine (ABM), Agence nationale de santé publique, Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM) et Haute Autorité de santé (HAS).

⁸⁷⁷ Sans nommer la notion de conflit d'intérêts, l'article L.5323-4 CSP constituait dès 2000 le support normatif de la gestion des conflits d'intérêts des experts et personnels de l'AFSSAPS. V. sur ce sujet : MORET-BAILLY J., Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire, *RDSS* 2004, p. 855 ; BOUVET R., LE GUEUT M., Expertise et sécurité sanitaire du médicament, *RGDM* 2013, p. 349.

⁸⁷⁸ BOUVET R., L'indépendance de l'expert, *Rev. jur. Ouest* 2015, n° spécial, 61-72.

⁸⁷⁹ Civ. 2^e, 22 mai 2008, n°08-10.314 ; Civ. 2^e, 14 mai 2009, n°09-11.466.

⁸⁸⁰ CE, 12 févr. 2007, n° 290164 ; CE, 27 avr. 2011, n° 334396, *AJDA* 2011, p. 877 ; *ibid.*, p. 1326, concl. C. Landais ; *D.* 2011, p. 1287 ; *ibid.*, p. 2565, obs. A. Laude ; *RDSS* 2011, p. 483, note J. Peigné ; *RFDA* 2011, p. 1326 ; *JCP A* 2011, p. 18, note M.-L. Moquet-Anger ; *ibid.*, p. 43, note P. Villeneuve ; *RJEP* 2011, p. 20, note A. Friboulet ; *RGDM* 2011, p. 211, note V. Vioujas ; CE, 19 avr. 2013, n°360598 ; CE, 15 déc. 2014, n° 358287.

⁸⁸¹ MORET-BAILLY J., Définir les conflits d'intérêts, *D.* 2011, p. 1100 ; CUIF P.-F., Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, *RTD com.* 2005, 1.

intérêt est véritablement confié à autrui⁸⁸². La décision médicale nous paraît relever de ces situations, si l'on se réfère aux développements précédents relatifs à l'aptitude décisionnelle effective du patient et à la valeur respective de l'expression de sa volonté et de la détermination de son intérêt. La pertinence de la référence à l'indépendance morale et professionnelle du médecin peut donc être interrogée relativement aux valeurs protégées par la régulation des conflits d'intérêts.

209. Les travaux de J. MORET-BAILLY et M.A. RODWIN permettent, sous l'angle d'une approche comparatiste France – Etats-Unis, de cerner avec plus d'acuité le fondement du traitement des conflits d'intérêts⁸⁸³. La mise en perspective historique de l'avènement de la notion permet aux auteurs d'établir qu'elle s'est construite, en France, en référence au principe d'indépendance des professions libérales, c'est-à-dire à une échelle collective, par exemple celle de l'autonomie de la profession médicale vis-à-vis de l'Etat ou des assurances sociales notamment. Le fondement de l'*autonomy* n'est pas étranger à la structuration de la profession médicale aux Etats-Unis, lorsqu'il s'est agi de la soustraire aux règles relatives à l'organisation du marché⁸⁸⁴. Pour autant, la notion de conflit d'intérêts s'y appuie selon ces auteurs sur un tout autre fondement : celui de la loyauté, qui trouve son inspiration dans le recours à l'institution de la fiducie. Celle-ci permettait à une personne de confier la gestion de son patrimoine à un fiduciaire tenu à un certain nombre de devoirs (*fiduciary duties*), dont celui de loyauté. C'est cette même loyauté qui s'impose à l'*agent* vis-à-vis du *principal* dans la théorie de l'agence, qui fonde aux Etats-Unis et en Angleterre les rapports entre l'Etat et les agents publics. Aussi, la gestion des conflits d'intérêts en matière sanitaire s'est-elle initialement référée à la loyauté des acteurs du système de santé, s'agissant par exemple des relations entre médecins et industrie des produits de santé, c'est-à-dire de leur engagement à servir l'intérêt de leurs patients⁸⁸⁵. La référence à la loyauté semble désormais partagée par la doctrine française s'agissant du traitement des conflits d'intérêts en droit privé⁸⁸⁶ – en droit

⁸⁸² DONDERO B., Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux, *D.* 2012, p. 1686.

⁸⁸³ MORET-BAILLY J., RODWIN M.A., La qualification des conflits d'intérêts des médecins en France et aux Etats-Unis, *RDSS* 2012, p. 501.

⁸⁸⁴ RODWIN M.A., *Conflicts of interests and the future of medicine: the Unites-States, France, and Japan*, Oxford University Press 2011, p. 91, cité par MORET-BAILLY J., RODWIN M.A., *op. cit.*

⁸⁸⁵ MORET-BAILLY J., *op. cit.*, spéc. n°9.

⁸⁸⁶ DONDERO B., *op. cit.* ;

des sociétés notamment : obligation de loyauté et de fidélité⁸⁸⁷ –, celui-ci n'ayant d'autre but que de créer ou maintenir la confiance nécessaire à l'ordre économique⁸⁸⁸. S'agissant des activités publiques en général et de la fonction de jugement en particulier, il est préféré au fondement de l'indépendance celui de l'impartialité, c'est-à-dire de la neutralité des agents publics vis-à-vis des intérêts entre lesquels ils arbitrent⁸⁸⁹. Indépendance d'une part, loyauté et impartialité d'autre part ne peuvent en effet être mises sur le même plan. L'indépendance d'un décisionnaire fut elle acquise, elle ne l'empêche ni d'être partial, ni d'être déloyal. L'indépendance n'est qu'un préalable, un moyen nécessaire mais non suffisant de garantir la loyauté de celui auquel un intérêt tiers est confié ou l'impartialité de celui qui doit arbitrer entre des intérêts divergents.

210. Sans réserve, nous faisons nôtre cette analyse concernant la relation médicale. Pour les raisons qui ont déjà été discutées *supra*, et notamment s'agissant de la capacité décisionnelle effective du patient, la relation médicale préalable à la décision médicale ne peut être instaurée qu'au prix d'un certain abandon du patient au médecin, qui est le détenteur du pouvoir-savoir. Cet abandon suppose, du point de vue du malade, la confiance, poutre maîtresse de la régulation déontologique et éthique des métiers de santé⁸⁹⁰. Elle impose en retour, plus que l'indépendance du médecin, sa loyauté, c'est-à-dire sa fidélité⁸⁹¹ aux engagements pris. Engagement pris devant ses maîtres, lors de la prestation du serment qui suit l'octroi du titre de docteur en médecine ; engagement pris devant ses pairs, lors de la première inscription au tableau de l'Ordre ; engagement pris devant son patient, dans la singularité de leur colloque. Il n'est pas exigé du médecin qu'il soit indifférent aux intérêts des acteurs du système de santé tiers à la relation médicale ; d'ailleurs quand bien même il le souhaiterait, il ne le pourrait pas, de surcroît dans l'hypothèse d'une décision médicale désormais systémique. Au contraire, il doit les connaître et les reconnaître, afin de les peser, au besoin, de les abstraire, et d'honorer un investissement particulier, un engagement à demeurer en toute circonstance fidèle à l'intérêt de son patient. C'est au prix de cette pesée et

⁸⁸⁷ Com., 15 nov. 2011, n°10-15-049, *D.* 2011, p. 2865, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2012, p. 134, note T. Favario ; *JCP E* 2011, p. 1893, note A. Couret et B. Dondero ; *Rev. soc.* 2012, p. 292, note L. Godon ; *RTD com.* 2012, p. 134 ; *ibid.*, p. 137, note A. Constantin.

⁸⁸⁸ SCHMIDT D., Essai de systématisation des conflits d'intérêts, *D.* 2013, p. 446.

⁸⁸⁹ MORET-BAILLY J., *op. cit.*, spéc. n°14.

⁸⁹⁰ TAILLEFAIT A., Le développement contemporain des régimes juridiques des conflits d'intérêts : l'exemple du secteur de la santé, *Méd. & Droit* 2014, p. 3.

⁸⁹¹ GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, v° fides, Hachette, 1937, p. 665.

de cette abstraction qu'il pourra motiver sa décision et garantir la protection des droits du malade.

Section 2. La conciliation de l'intérêt du patient et des intérêts tiers

211. L'exigence de motivation qui s'impose au décisionnaire l'oblige selon L. AYNES à formuler, à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision⁸⁹². Il s'agit pour le médecin d'envisager, à côté de l'intérêt du patient, la pluralité des autres intérêts susceptibles d'influencer la décision médicale. La pesée des intérêts en jeu doit en effet être précédée de leur identification, que seul le médecin décisionnaire est à même de réaliser, dans la mesure où lui seul peut connaître de manière précise et exhaustive la nature et l'intensité de ces liens. Cette étape préalable est d'autant plus fondamentale qu'aucune déclaration publique d'intérêts n'est exigée des médecins en dehors de situations d'exercice très particulières, telles, par exemple, que les missions d'expertise au profit d'agences de sécurité sanitaire⁸⁹³. Dans le cadre d'une relation médicale « traditionnelle », c'est-à-dire à finalité de prévention, de diagnostic ou de soins, aucune obligation de publicité de ses liens d'intérêts ne pèse sur le médecin. Certains liens sont évidents et aisés à connaître, tel le fait d'adhérer à la convention médicale ou, par exemple, d'exercer en qualité de praticien hospitalier, à supposer que ces éléments de fait soient en eux-mêmes suffisamment éclairants pour un patient le plus souvent ignorant des sujétions qui résultent de ces situations. D'autres ne sont connus que du médecin lui-même et des tiers concernés, d'autres enfin ne relèvent d'une appréciation qui ne peut être que personnelle, voire intime.

On exclura d'emblée les situations dans lesquelles la relation médicale n'a pu se nouer, en raison d'une obligation pour le médecin de refuser les soins, ou de la possibilité qui lui est offerte d'objecter une clause de conscience⁸⁹⁴. On se place au contraire dans le cas d'une relation médicale établie, ayant pour finalité une décision médicale, laquelle peut aboutir à la réalisation d'un acte médical : conseil, prescription d'un produit de santé, indication d'un acte technique, ou encore orientation vers un autre professionnel de santé. Ces actes font par ailleurs l'objet d'une facturation et, le cas échéant d'un remboursement. C'est au regard de ce

⁸⁹² AYNES L., Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

⁸⁹³ CSP, art. L.1452-3.

⁸⁹⁴ Cf. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 et §2 de la présente partie.

processus que doivent être identifiés les intérêts individuels et collectifs en jeu dans la décision médicale. Il s'agit donc pour le médecin de procéder, avec loyauté vis-à-vis de l'intérêt du patient qui lui est confié, à l'identification et à la pesée des intérêts tiers internes (§1) et externes (§2) à la relation médicale.

§1. Les intérêts tiers internes à la relation médicale

212. Le premier des intérêts concurrents de celui du patient est celui du médecin décisionnaire lui-même. Il est possible d'analyser cet intérêt personnel du médecin selon une dimension intellectuelle, distincte d'une dimension matérielle (A). Il convient également d'envisager ces intérêts internes à l'échelle d'une décision systémique (B).

A. L'intérêt du médecin

213. L'intérêt intellectuel du praticien pour l'exercice de son art correspond à l'état d'attention de son esprit, inspiré par l'exercice de sa profession qu'il juge important, captivant, et qui répond à sa curiosité, à ses motivations⁸⁹⁵. Il s'agit en somme d'un intérêt qui pourrait être qualifié de « désintéressé », en ce qu'il est détaché de toute valeur patrimoniale. Il n'est en rien propre à l'exercice médical et s'inscrit probablement dans le cadre de nombre de réalisations humaines, qu'elles soient ou non professionnelles. Cet intérêt n'entre pas, à première vue, en contradiction avec l'intérêt du patient ; au contraire, il pourrait être considéré comme une garantie de loyauté et d'investissement du médecin dans la relation médicale. Cette analyse doit toutefois être tempérée à deux égards.

214. Le premier tempérament relève de la motivation profonde, intime, du médecin à s'investir dans la relation médicale. Il convient pour l'aborder de constater que la médecine est au nombre des activités professionnelles que la plupart des sociétés révère, à tout le moins, révère encore. Cette reconnaissance sociale de la médecine et de ceux qui l'exercent tient à la

⁸⁹⁵ www.cnrtl.fr/portail/, v° intérêt.

noblesse de sa finalité, au respect du savoir de ses praticiens⁸⁹⁶, et à l'intensité de l'engagement personnel que son exercice requiert⁸⁹⁷. Concernant cette dernière qualité, on parle encore volontiers de « vocation médicale », comme on a pu parler de « vocation militaire » pour saluer l'investissement de ceux qui risquent leur vie pour la patrie. L'analyse de cette expression n'est pas dénuée d'intérêt s'agissant de la compréhension de l'intérêt personnel du médecin dans l'exercice de sa profession. La notion de vocation est par définition empreinte d'une dimension religieuse, dans la mesure où elle témoigne d'un mouvement intérieur par lequel l'être humain se sent appelé par Dieu et voué à la vie religieuse⁸⁹⁸. S'agissant de la vocation médicale, une lecture historique pourrait y voir le témoignage du passé de la profession, lorsque les médecins étaient des clercs, voire une dimension religieuse propre de la médecine, un sacerdoce non dans ses modalités mais dans sa finalité⁸⁹⁹. Il semble que la notion de vocation professionnelle témoigne en fait d'une image de l'idéal de la vie religieuse envisagé selon deux critères : l'intensité de l'engagement et le dévouement au service d'autrui⁹⁰⁰. La « vocation professionnelle » trouverait son sens dans la réunion de deux exigences : un service à rendre en fonction d'une compétence, et une réalisation qui accomplit une dimension essentielle de la richesse de l'être humain. Cette dernière procéderait d'un désir pris dans une motivation personnelle venue de l'intime pour une pleine réalisation de soi⁹⁰¹.

Au-delà de cette approche théologique de la notion de vocation professionnelle, l'exercice de la médecine semble effectivement répondre à ces critères et à ces exigences. Le code de déontologie médicale se réfère d'ailleurs expressément au dévouement du médecin à ses articles R.4127-3⁹⁰² et R.4127-32 CSP⁹⁰³. Si l'investissement du médecin dans la relation médicale est donc prescrit, la vocation médicale entendue comme un investissement total du médecin dans sa profession ne correspond sans doute plus aujourd'hui à la réalité de

⁸⁹⁶ En témoigne l'usage du titre de docteur, usuellement limité en France aux médecins, chirurgiens-dentistes et pharmaciens, alors qu'il est d'usage pour tout docteur de l'université de se prévaloir de son grade dans d'autres pays.

⁸⁹⁷ Les médecins n'ont bien évidemment pas l'exclusivité de ces deux qualités, mais elles leur sont encore particulièrement reconnues.

⁸⁹⁸ www.cnrtl.fr/portail/, v° vocation.

⁸⁹⁹ Selon la règle de Saint Benoît, chap. 36 : « On prendra soin des malades avant tout et par-dessus tout. On les servira comme s'ils étaient le Christ en personne ».

⁹⁰⁰ MALDAME J.-M., *Existe-t-il une vocation médicale ?*, consultable sur : <http://www.fiamc.org/bioethics/>, 2012.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Etant précisé que ce dévouement n'est pas sans limites, dans la mesure où « le médecin a aussi des intérêts personnels respectables, qui ne peuvent être systématiquement sacrifiés » (CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 17).

⁹⁰³ « Soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science ».

l'exercice de la médecine. Celle-ci demeure cependant une activité exigeante, et ceux qui la pratiquent aspirent naturellement à tirer de cet investissement professionnel une contrepartie. Cette contrepartie peut résulter de la satisfaction de guérir ou de soulager les souffrances, ou encore de la reconnaissance témoignée par le patient ou ses proches. On pourrait dès lors identifier dans la satisfaction de ce désir personnel du soignant un intérêt éventuellement contradictoire à celui du patient. Un exemple peut être pris s'agissant des situations de fin de vie. Dans la situation où le patient est dans la capacité d'exprimer sa volonté, l'exigence d'une concertation contradictoire, qu'il revient au médecin d'organiser, constitue manifestement une garantie contre la satisfaction d'un désir qui serait contraire à la volonté du patient. La situation est autre lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté. Il incombe alors au médecin, éclairé par la procédure de consultation, de déterminer l'intérêt du patient et, *in fine*, de prendre une décision qui demeure individuelle. La vocation à soigner, c'est-à-dire à prendre soin, peut se muer en vocation à guérir et conduire, le cas échéant, à l'obstination déraisonnable ; au contraire une compassion inappropriée, chargée d'affects, peut conduire à la provocation délibérée de la mort du patient. Nonobstant les critères législatifs de sa détermination⁹⁰⁴, le caractère déraisonnable de l'obstination peut rester, à certains égards, éminemment subjectif. Le recours à la conscience du médecin est une échappatoire salutaire permettant l'appréhension de situations singulières ; elle ménage un espace de liberté qui représente également un risque.

215. Le second tempérament tient au fait que l'investissement justifié par l'intérêt intellectuel du médecin pour son métier peut ne pas être dénué de toute dimension patrimoniale. On ne vise pas ici la multiplication délibérée d'actes médicaux facturables dans une perspective mercantile, y compris d'actes inutiles, mais plutôt la satisfaction d'autres objectifs, par un investissement professionnel qui pourrait être qualifié d'orienté. Il ne s'agit pas de blâmer l'ambition légitime de tout professionnel désireux de s'accomplir dans son activité. Pour autant, la frontière peut être tenue entre l'ardeur dans l'action qui permet la réalisation de grandes choses, par exemple d'avancées scientifiques, d'une part, et la recherche de la domination et des honneurs d'autre part. Des conséquences de deux ordres peuvent être envisagées.

⁹⁰⁴ CSP, art. L.1110-5-1.

Premièrement, l'investissement professionnel peut sans aucun doute justifier une reconnaissance du médecin par ses pairs. Cette reconnaissance, acquise notamment par les publications scientifiques, emporte également des conséquences d'ordre patrimonial. D'une part, l'accès à d'éminentes fonctions hospitalières ou universitaires, rémunérées au regard de leur niveau élevé de responsabilité, repose pour l'essentiel sur l'analyse bibliométrique de la production des praticiens. D'autre part, une partie du financement des services hospitaliers est également corrélée à ces données bibliométriques via le modèle MERRI⁹⁰⁵, qui comprend un socle fixe, une part variable et une part modulable déterminée sur la base de quatre indicateurs : publications scientifiques⁹⁰⁶, essais cliniques, étudiants et brevets⁹⁰⁷. On ne peut en déduire qu'il existerait par essence un risque à faire converger l'intérêt individuel du patient et l'intérêt scientifique de la démarche médicale dans ses dimensions collective, a priori légitime, et individuelle pour le médecin. Un auteur estime cependant que le seul fait de rechercher cette convergence établit que l'intéressé prend en compte son intérêt personnel pour remplir son devoir de servir l'intérêt d'autrui, ce qui manifeste l'absence d'indépendance et l'existence du conflit d'intérêt⁹⁰⁸.

Deuxièmement doivent être mentionnées des conséquences qui pourraient être qualifiées de moins nobles. Ainsi, par exemple, de la réalisation d'interventions chirurgicales spectaculaires satisfaisant peut-être l'intérêt du patient, mais garantissant à l'opérateur, de par leur caractère exceptionnel, une notoriété qui pourra ultérieurement être valorisée financièrement⁹⁰⁹. Peut également être citée la valorisation d'une notoriété légitimement acquise par le comportement déviant de certains leaders d'opinion médicaux ou *key opinion leaders*⁹¹⁰. Depuis plusieurs années, le monde de la presse médicale a en effet vu se développer le phénomène dit des *ghostwriters*⁹¹¹. Dénoncé par de nombreux acteurs de l'édition⁹¹², il consiste à faire signer par

⁹⁰⁵ Missions d'enseignement, de recherche, de référence et d'innovation.

⁹⁰⁶ Ce logiciel de bibliométrie est dénommé SIGAPS (système d'interrogation, de gestion et d'analyse des publications scientifiques).

⁹⁰⁷ V. sur ce sujet : DERANCOURT C., DEVOS P., MOORE N., ROUVILLAIN J.-L., Modèle de valorisation des publications médicales scientifiques : le logiciel SIGAPS, *Annales de dermatologie et de vénéréologie* 2014, 141, p. 531.

⁹⁰⁸ SCHMIDT D., Essai de systématisation des conflits d'intérêts, *D.* 2013, p. 446.

⁹⁰⁹ Pour exemple, la course effrénée de certains obstétriciens à obtenir des grossesses chez des femmes de plus en plus âgées.

⁹¹⁰ V. sur ce sujet : CHAKROUN R., MILHABET I., Conflits d'intérêts des leaders d'opinion médicaux : effets sur la confiance du grand public et des médecins généralistes, *Revue d'épidémiologie et de santé publique* 2011, 59, p. 233.

⁹¹¹ Littéralement, écrivains fantômes.

⁹¹² BARBOUR V., How ghost-writing threatens the credibility of medical knowledge and medical journals, *Haematologica* 2010, 95, p. 1.

des auteurs invités et payés, de préférence de grande renommée, des articles auxquels ils n'ont pas effectivement contribué, et dont ils n'ont pour certains ni vérifié ni critiqué le contenu⁹¹³. Le bénéfice escompté est généralement la promotion de telle nouvelle molécule médicamenteuse par un grand nom de la médecine, permettant d'influencer les prescripteurs dans le sens du choix du nouveau produit afin d'en assurer la vente. La résultante d'un investissement intellectuel initialement désintéressé prend dans ces conditions une dimension purement financière à laquelle l'industrie de produits de santé n'est pas étrangère. Elle témoigne surtout d'une malhonnêteté intellectuelle pernicieuse si l'on considère que les publications scientifiques contribuent à la détermination des données acquises de la science et des connaissances médicales avérées, qui justifient techniquement les décisions médicales et à l'aune desquelles est apprécié le comportement des professionnels et établissements de santé dont la responsabilité est recherchée.

216. La seconde dimension de l'intérêt personnel du médecin décisionnaire à prendre en compte est d'ordre strictement matériel et financier. L'indépendance technique du médecin dans l'exercice de son art lui confère en effet une autonomie qui lui ouvre la possibilité de retirer un avantage personnel de sa position. On se place ici, pour l'essentiel, dans l'hypothèse de l'exercice libéral de la profession, qui permet au praticien d'organiser son activité professionnelle selon des modalités permettant un rendement optimal. Le médecin libéral n'est ainsi pas tenu par un nombre maximal d'actes effectués quotidiennement ou par une durée légale de temps de travail. Etant rémunéré à l'acte, il peut les multiplier dans une optique purement mercantile, au besoin en compensant la superficialité de son interrogatoire et de son examen clinique par la prescription excessive d'examen complémentaires d'imagerie ou de biologie. L'intérêt du patient ne sera dans ces conditions pas servi au mieux, voire sera desservi, si l'on considère par exemple l'irradiation résultant de radiographies inutiles, ou le risque associé à la réalisation de tout acte médical invasif. L'intérêt collectif des assurés sociaux y perdra également, par le remboursement d'actes non justifiés du strict point de vue médical.

La satisfaction de l'intérêt personnel matériel du médecin passe également par les modalités d'organisation de son activité professionnelle qui peuvent être en contradiction avec le service

⁹¹³ DEGOS L., Gérer les conflits d'intérêts pour plus de confiance, *Presse med* 2010, 39, p. 743.

de l'intérêt de ses patients⁹¹⁴. On citera par exemple en matière d'exercice de la médecine générale, la progression de l'exercice à temps partiel ou la réduction significative des visites à domicile, auxquelles est désormais privilégiée une activité de consultation au cabinet exclusive ; de manière plus générale, la pratique systématique de dépassements d'honoraires dans certaines spécialités et/ou dans certaines régions. Il peut résulter d'une telle organisation du travail médical une atteinte à la permanence et à la continuité des soins, spécialement dans les zones géographiques accusant un déficit démographique médical et cumulant généralement les faiblesses en matière d'aménagement du territoire⁹¹⁵.

B. Les intérêts du système décisionnel

217. L'analyse des intérêts tiers internes à la relation médicale doit enfin porter sur les conséquences du caractère systémique de la décision médicale. Celles-ci peuvent être envisagées à deux niveaux. La décision systémique survient en effet non au sein d'une relation duelle, mais entre le système décisionnel et le patient. Doit donc être pris en compte le lien qui unit chaque composant du système au patient. Il en résulte l'addition des intérêts personnels des participants à la décision systémique, intellectuels et matériels, tels que décrits s'agissant du médecin impliqué dans une relation duelle avec son patient. On peut même penser que le système décisionnel poursuive un intérêt propre distinct de la somme des intérêts personnels de ses participants. Ainsi, par exemple, de la situation des résidents-malades admis en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), dans laquelle le système décisionnel comprend à la fois des professionnels de ces structures (soignants, médecin coordonnateur), des professionnels extérieurs (médecin traitant, pharmacien), mais associe également la famille et les proches du résident. Doivent aussi être pris en compte les liens qui unissent entre eux les composants du système décisionnel. Emergent alors d'autres intérêts interprofessionnels. Peut ainsi être cité le comportement de

⁹¹⁴ On ne traitera pas ici du principe déontologique fondamental de liberté d'installation consacré à l'article L.162-2 CSS (v. MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°815 et s.), qui dépasse le cadre de la relation médicale.

⁹¹⁵ L'absence de visites à domicile est moins préjudiciable dans les agglomérations, qui disposent généralement de l'alternative que constituent les services médicaux libéraux effecteurs mobiles (associations type *SOS médecins*), que dans les zones rurales et/ou peu accessibles, qui sont généralement mal dotées en effectifs médicaux.

compéragé proscrit par le code de déontologie médicale⁹¹⁶. Est ici visée toute entente illicite qui entacherait la liberté et l'indépendance professionnelle des médecins et porterait ainsi atteinte au libre choix des patients⁹¹⁷, étant précisé selon la jurisprudence disciplinaire⁹¹⁸ qu'il peut y avoir compéragé sans versement d'argent, mais avec coalition d'intérêts. La « systémisation » de la décision médicale doit cependant faire relativiser, et peut-être évoluer, la notion de compéragé dans la mesure où la relation privilégiée entre deux professionnels peut se justifier pour des raisons techniques voire purement humaines, pourvu qu'elle serve l'intérêt du patient. Voire, l'intérêt du patient peut commander le recours à cette relation privilégiée. Il paraît effectivement difficile de reprocher à un médecin d'adresser un patient à tel confrère dont il sait que les compétences sont les plus adaptées à la circonstance ou, par exemple dans l'hypothèse du « couple » chirurgien-médecin anesthésiste, avec lequel il entretient une collaboration éprouvée et efficace. S'ajoute alors à la part technique justificative de la décision une part psychologique, témoignage de la dimension humaine de l'exercice médical, qui peut être décisive dans la protection de l'intérêt du patient. Cette synthèse a été exprimée en des termes choisis par L. DEGOS, selon lequel le médecin est à la fois selon un scientifique, un artisan et un artiste : « scientifique, il se sert du savoir basé sur des preuves, artisan, il agit mêlant efficacité, sécurité et accès aux soins innovants, enfin, artiste, il associe savoir, savoir-faire et savoir-être, avec un talent qui fait le lien entre le texte et le contexte »⁹¹⁹.

§2. Les intérêts tiers externes à la relation médicale

218. L'exigence de motivation de la décision médicale impose également au médecin d'identifier et de peser les intérêts tiers externes à la relation médicale. Se manifestent ici les conséquences de liens entretenus par le médecin avec des protagonistes indirects de la décision médicale, y compris lorsqu'elle est systémique. Ces liens témoignent du réseau dans lequel le médecin ou le système décisionnel s'inscrivent au sein du système de santé, et concernent pour l'essentiel les relations entretenues par le décisionnaire avec l'assurance maladie et avec l'industrie des produits de santé.

⁹¹⁶ CSP, art. R.4127-23.

⁹¹⁷ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015, p. 82.

⁹¹⁸ CE, 22 mars 2000, n°195615.

⁹¹⁹ DEGOS L., *op. cit.*

219. Si les relations des médecins avec l'assurance maladie doivent être évoquées, elles s'analysent davantage à une échelle collective qu'à celle de la relation médicale individuelle. L'organisme payeur est en effet fondé à contrôler la pertinence et les modalités des prescriptions des médecins, d'une part en ce qu'elles engendrent des dépenses de santé, et d'autre part en ce qu'il est garant de la protection des intérêts communs des assurés sociaux. Il est donc difficile d'identifier, dans le système du contrôle médical effectué par les caisses, la protection d'intérêts qui seraient immédiatement et concrètement contraires à l'intérêt d'un patient, fut-il par ailleurs assuré social et donc intéressé à la meilleure utilisation possible des subsides de la sécurité sociale. Au contraire, l'évolution des relations entre médecins et assurance maladie organisées par le système conventionnel, et notamment la convention médicale du 26 juillet 2011⁹²⁰, semble concourir à la protection de l'intérêt du patient. Cette évolution concerne en particulier la diversification des modes de rémunération, puisqu'elle généralise, à côté du paiement à l'acte qui demeure le principe, la rémunération sur objectifs de santé publique⁹²¹ (ROSP). Si le dispositif vise une meilleure efficacité du système de santé libérale en utilisant le levier financier, c'est qu'il a été constaté que nombre de praticiens, faute de rémunération attractive, délaissaient certains pans de l'exercice médical, au préjudice de leur patients. Ainsi par exemple des actions de prévention, d'éducation thérapeutique, de prise en charge de pathologies chroniques ou de coordination des soins ; toutes activités dont l'intérêt pour le patient ne peut a priori être remis en cause, mais qui s'accommodent mal d'une prise en charge en consultation courte et d'une rémunération à l'acte. La rémunération sur objectifs de santé publique prévoit donc que le médecin puisse percevoir une prime en fonction de la réalisation d'objectifs fixés par la convention et contrôlés par l'assurance maladie. Elle consiste en une généralisation de l'expérimentation des contrats d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI) mis en place en 2009 pour accompagner les médecins traitants dans leur démarche d'amélioration de la qualité des soins, et qui avaient permis une amélioration notable du suivi des pathologies chroniques et de la pertinence des prescriptions

⁹²⁰ Arrêté du 22 sept. 2011 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes, *JORF* du 25 sept. 2011, p. 16080.

⁹²¹ BADEL M., La convention médicale de 2011 : la montagne a-t-elle accouché d'une souris ?, *RDSS* 2012, p. 520.

de certains traitements au long cours (statines et inhibiteurs de la pompe à protons notamment)⁹²².

220. Il résulte à première vue de ces dispositifs une impression de convergence de l'intérêt individuel des patients, de l'intérêt collectif des assurés sociaux, et de celui des médecins, ce d'autant qu'aucune sanction ne semble explicitement associée à l'irrespect des objectifs conventionnels par le praticien. Il est tout de même permis de s'interroger quant à la subordination du médecin à l'assurance maladie induite par la ROSP. Ce risque est souligné par R. MARIE, qui estime que la rémunération à la performance renforce l'assujettissement des médecins à l'assurance maladie issue des stipulations conventionnelles, et y voit le signe d'une allégeance croissante du médecin libéral, devenant au gré de l'évolution des modes de rémunération un salarié de fait de l'assurance maladie, nonobstant son statut de travailleur indépendant⁹²³. L'auteur analyse ce dispositif en une atteinte au principe d'indépendance professionnelle⁹²⁴, bien qu'une telle atteinte ait été infirmée par le Conseil d'Etat s'agissant du CAPI⁹²⁵. Nous l'analysons, eu égard aux développements précédents, en un potentiel conflit de loyauté pour le médecin, dans le cas où la fidélité à son engagement conventionnel viendrait en contradiction avec la fidélité à son engagement de servir de l'intérêt du patient. Le risque de favorisation des intérêts de l'assurance maladie au détriment de celui du patient reste cependant, en pratique, assez faible dans la mesure où les objectifs assignés le sont sous la forme de préconisations et d'incitations, d'une part, et que les praticiens ne sont soumis dans leur mise en œuvre qu'à une obligation de moyens. Enfin, même si l'on peut déplorer le fait que la réalisation d'actes de prévention ou le suivi des pathologies chroniques doivent passer par de telles incitations financières, alors qu'ils relèvent des missions classiques de la médecine libérale, en particulier généraliste, le fait est que l'intérêt collectif des assurés sociaux d'une allocation pertinente des subsides de l'assurance maladie rencontre

⁹²² ULMANN P., *La rémunération des médecins sur objectifs de santé publique : premiers résultats et avancées de la convention médicale*, Séminaire *Les modes incitatifs de rémunération des soins*, 29 nov. 2011.

⁹²³ MARIE R., Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux, *RDSS* 2013, p. 615.

⁹²⁴ La même analyse peut être faite, s'agissant des praticiens hospitaliers, concernant la part complémentaire variable de rémunération, pourtant validée par le Conseil d'Etat : CE, 3 sept. 2008, n°299412, *AJDA* 2008, p. 1630, *JCP A* 2009, 2083, obs. M.-L. Moquet-Anger ; CE, 30 déc. 2009, n°306040, *AJDA* 2010, p. 1276, note M.-L. Moquet-Anger.

⁹²⁵ CE, 7 avr. 2011, n°329069, *RFDA* 2011, p. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci, C. Mayeur-Carpentier : « que l'adhésion au contrat étant laissée à la décision du praticien, le moyen tiré de ce qu'il serait porté atteinte au principe selon lequel les médecins sont indépendants dans l'exercice de leur art ne peut qu'être écarté ».

indéniablement l'intérêt personnel des patients dont les médecins en bénéficient. On peut ici parler de conjonction d'intérêts.

221. L'exigence de loyauté qui pèse sur les médecins doit enfin être analysée dans le cadre de leurs relations avec l'industrie des produits de santé. C'est sans doute en cette matière que l'encadrement légal et réglementaire français est le plus abondant en termes de prévention des conflits d'intérêts. Cette production normative est l'héritière des différents « scandales » sanitaires qui ont touché l'industrie du médicament au cours des dernières décennies en France ou à l'étranger, et dont il est résulté dans l'opinion publique une aversion radicale vis-à-vis des risques liés aux produits de santé. La question doit être abordée en tenant compte du fait que le principe d'indépendance technique du médecin se décline également dans son autonomie en matière de prescription⁹²⁶ de produits de santé, et notamment de médicaments. Il est donc loisible au prescripteur de privilégier, à efficacité comparable, telle molécule produite par un industriel avec lequel il entretient par ailleurs d'autres relations, par exemple dans le cadre d'un soutien financier ou matériel à des travaux de recherche ou à l'organisation de manifestations à caractère scientifique. Ce choix, s'il est techniquement inattaquable pour l'acte considéré, place cependant le médecin dans une situation de sujétion vis-à-vis du fabricant, de nature à émousser son analyse critique, s'agissant par exemple de nouvelles molécules ou d'extension d'indication de molécules existantes produites par ce fabricant. Au-delà de ce risque identifié de longue date, la dérive du comportement médical a pu aller jusqu'à la prescription délibérée de molécules en dehors de l'indication de mise sur le marché, alors même que leur service médical rendu était considéré comme faible, voire que leur usage s'était avéré risqué. Sur ce dernier point cependant, les manquements ne relèvent plus du seul médecin prescripteur, dans la mesure où la garantie de sécurité sanitaire des produits de santé relève de la compétence des agences sanitaires. L'Etat a ainsi, par exemple, été jugé responsable de la carence fautive de l'AFSSAPS résultant de l'absence de suspension ou de retrait de l'autorisation de mise sur le marché du *Mediator*⁹²⁷.

⁹²⁶ CSS, art. L.162-2 : principe déontologique fondamental de liberté de prescription du médecin.

⁹²⁷ TA Paris, 3 juill. 2014, n° 1312345/6, *AJDA* 2014, p. 2490, note S. Brimo ; *RFDA* 2014, p. 1193, note J. Petit ; *RDSS* 2014, p. 926, note J. Peigné ; CAA Paris, 31 juill. 2015, n°14PA04082, *AJDA* 2015, p. 1986, concl. F. Roussel.

222. Le législateur s'est saisi de ces risques en introduisant dans le code de la santé publique dès 1993, par la loi dite « anti-cadeaux »⁹²⁸, un article L.365-1 disposant que les membres des professions médicales ne pouvaient recevoir d'avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, de la part des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Conscient du rôle positif et moteur de l'industrie des produits de santé en matière de recherche, le législateur de 1993 avait cependant exclu du champ de l'interdiction les avantages prévus dans le cadre des conventions passées entre les professionnels et les entreprises, dès lors qu'elles avaient pour objet explicite et but réel des activités de recherche ou d'évaluation scientifique. Le dispositif prévoyait, selon un mécanisme classique, qu'elles devaient être préalablement soumises pour avis au conseil départemental de l'ordre des médecins, et le cas échéant notifiées au responsable des établissements de santé concernés. Les rémunérations devaient enfin ne pas être calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés ou assurés. Avait également été exclu du champ de l'interdiction l'hospitalité offerte, de manière directe ou indirecte, lors de manifestations de promotion ou lors de manifestations à caractère exclusivement professionnel et scientifique, à la condition qu'elle soit prévue par convention et soumise pour avis au conseil départemental de l'ordre. Cette hospitalité devait selon les termes du législateur être d'un niveau raisonnable, rester accessoire par rapport à l'objectif principal de la réunion, et ne pas être étendue à des personnes autres que les professionnels directement concernés. Dans un souci de transparence, la loi du 4 mars 2002 avait par ailleurs imposé aux membres des professions médicales ayant des liens avec l'industrie des produits de santé de les faire connaître au public lorsqu'ils s'exprimaient sur de tels produits lors d'une manifestation publique ou dans la presse écrite ou audiovisuelle⁹²⁹.

223. L'existence de ces dispositifs n'a toutefois pas permis d'empêcher certains comportements déviants, dont le dernier avatar fut en France l'affaire *Médiateur*. Cette énième remise en cause de la performance du système de pharmacovigilance français et la suspicion de conflits d'intérêts entre l'administration chargée de la sécurité sanitaire des produits de santé et l'industrie du médicament a abouti à l'adoption de la loi *Bertrand* du 29 décembre

⁹²⁸ Loi n°93-121 du 27 janv. 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF* du 30 janv. 1993, p. 1576.

⁹²⁹ CSP, art. L.4113-13.

2011⁹³⁰ et au décret du 21 mai 2013⁹³¹. L'interdiction de principe faite aux médecins de recevoir des avantages consentis par les entreprises productrices de produits de santé issue de la loi du 27 janvier 1993, maintenue par les lois des 4 mars 2002 et 26 février 2007⁹³², est réaffirmée par la loi *Bertrand*, qui conserve les dérogations prévues par l'article L.365-1 CSP anc. concernant les activités de recherche, d'évaluation scientifique et d'hospitalité. L'innovation de la loi nouvelle porte sur l'extension de l'interdiction de principe aux étudiants des professions de santé, ainsi qu'aux associations représentant ces étudiants et les membres des professions médicales. Les exceptions sont conservées pour les étudiants et associations, de même que les modalités de contrôle des conventions par les instances ordinales⁹³³. Il est à cet égard intéressant de noter que les conventions qui concernent les étudiants sont examinées par une instance dont ils ne dépendent pas, puisqu'ils ne sont pas inscrits au tableau de l'ordre⁹³⁴. A juste titre, le législateur s'est montré préoccupé de la place de l'industrie des produits de santé dans le cursus des étudiants de santé, et en particulier des étudiants en médecine. La prise de conscience de la nécessité d'une extension des exigences aux étudiants est née du constat d'une intervention précoce et continue des industriels auprès de ces praticiens en formation et futurs prescripteurs. Il s'agit d'une intervention protéiforme, créant les conditions d'une relative sujétion via le financement d'associations ou d'évènements festifs collectifs ou individuels, plaçant l'industrie des produits de santé en partenaire privilégié des futurs professionnels, voire en partenaire concurrent de l'université via l'organisation de conférences de préparation au concours d'internat, de concours d'internat blancs ou via l'édition de manuels pédagogiques, dont certains sont d'ailleurs disponibles dans les bibliothèques universitaires.

⁹³⁰ Loi n°2011-2012 du 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF* du 30 déc. 2011, p. 22667.

⁹³¹ Décret n°2013-414 du 21 mai 2013 relatif à la transparence des avantages accordés par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique destinés à l'homme, *JORF* du 22 mai 2013, p. 8407.

⁹³² Loi n°2007-248 du 26 févr. 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament, *JORF* du 27 févr. 2007, p. 3503.

⁹³³ CSP, art. R.4113-104 et s.

⁹³⁴ Cette situation n'est cependant pas unique dans la mesure où l'autorisation d'exercice de la médecine prévue à l'article L.4131-2 CSP par dérogation aux exigences de diplôme, soit à titre de remplaçant d'un médecin, soit comme adjoint d'un médecin en cas d'afflux exceptionnel de population, est subordonnée à l'autorisation du conseil départemental de l'ordre.

224. Le souci de protection des étudiants vis-à-vis de l'industrie transparait également dans la modification⁹³⁵ de l'article L.4113-13 CSP relatif à l'information du public sur les liens d'intérêts des membres des professions médicales lors d'une expression publique. L'obligation est en effet étendue à toute publication écrite⁹³⁶ ou en ligne, mais surtout aux enseignements universitaires, aux actions de formation continue ou d'éducation thérapeutique. On déduit de ces dispositions que tout enseignant en faculté de médecine devrait commencer chacun de ses cours par la divulgation de ses relations avec l'industrie des produits de santé, afin de permettre à ses étudiants d'apprécier avec un regard critique les préconisations magistrales en matière de thérapeutique. Si cette précaution liminaire est désormais parfaitement admise par les orateurs s'exprimant dans les congrès scientifiques internationaux, sa diffusion aux amphithéâtres des facultés de médecine reste pour l'instant confidentielle. On ne peut que le regretter dans la mesure où l'université a vocation à assurer non seulement la formation initiale des médecins, mais également à jouer un rôle de premier ordre en matière de développement professionnel continu (DPC) des médecins, désormais obligatoire. Or, en sa qualité de service public de l'enseignement supérieur, l'université doit offrir toutes les garanties d'indépendance intellectuelle de ses enseignants et de ses enseignements. Longtemps, la formation continue des médecins a été assurée par l'industrie des produits de santé via la visite médicale ou l'organisation de sessions de formation subventionnée. Ce type d'organisation a été largement critiqué au motif de la subordination de l'accès à l'information scientifique des médecins à l'industrie, dont la vocation première n'est bien évidemment pas l'enseignement. Considérant désormais l'obligation de DPC et la place des universités dans son organisation, la déclaration publique d'intérêts des universitaires de médecine peut ainsi être considérée comme pertinente.

225. Le principe de la déclaration publique d'intérêts, initialement limité aux professionnels sollicités en qualité d'experts par l'administration, semble donc voir son champ s'élargir à toutes les situations d'expression par les médecins de leur opinion concernant les produits de santé. Exception notable et fondamentale, cette obligation ne concerne pas, en droit positif, la relation médicale dans le cadre de laquelle est prise la décision de prescription. Ni la loi ni le règlement ne prévoient d'information directe du patient par son médecin sur ce sujet à

⁹³⁵ Loi n°2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF* du 27 janv. 2016, art. 115.

⁹³⁶ Exigence qui était déjà mise en œuvre en pratique.

l'occasion de la consultation qui précède la prescription d'un produit de santé. Le patient qui souhaite connaître les liens d'intérêts que son médecin entretient avec l'industrie des produits de santé est renvoyé à une initiative personnelle, via la consultation d'un site internet public dénommé *Transparence santé*. Cette base de données publique recense, sur la base des déclarations des entreprises produisant ou commercialisant des produits de santé, l'objet des conventions conclues avec les professionnels ainsi que le montant et la nature des avantages perçus⁹³⁷. Faut-il regretter que le législateur n'ait pas poussé ses exigences jusqu'à l'obligation d'une déclaration publique d'intérêt dans le cadre de la relation médicale ? Nous ne le pensons pas. D'une part, en reconnaissant avec J.-P. MARKUS que la loi *Bertrand* adoptée dans les suites immédiates de l'affaire *Médiateur* a créé « un effet de loupe » en mettant sur le même plan la pratique quotidienne des médecins et scientifiques, exempte de reproches, et certaines pratiques malveillantes minoritaires⁹³⁸. D'autre part, parce que la concertation contradictoire doit permettre au médecin de motiver sa décision sous le contrôle du patient, sans transformer la relation médicale, basée sur la confiance du patient et la loyauté du soignant, en une relation de méfiance, voire de défiance.

Conclusion du Chapitre 2

226. L'exigence de motivation prolonge l'exigence de concertation propre à garantir le patient contre l'arbitraire de la décision médicale. L'étape préalable de la concertation est centrée sur le patient, sur la protection de ses droits et la détermination de son intérêt, selon les principes de nécessité et de proportionnalité. L'étape secondaire de la motivation confronte le pouvoir du médecin à la revendication de ces droits et le place en situation de débiteur vis-à-vis de cet intérêt. L'exigence de motivation procède dès lors d'un acte d'extériorisation⁹³⁹ des raisons de la décision qui se justifie par l'asymétrie des capacités décisionnelles respectives du patient et du médecin. Cette exigence revient dès lors à interroger le fondement du comportement

⁹³⁷ C'est le principe inverse qui est en vigueur au Québec, où les titulaires d'officine pharmaceutique sont tenus de déclarer les allocations professionnelles et avantages dont ils ont bénéficié. Ces déclarations sont portées sur un registre dont l'accès est réservé à l'Ordre des pharmaciens : REGIS C., LARGENTE L., Les registres de déclaration obligatoire de liens d'intérêts en matière pharmaceutique en France et au Québec : des outils de bonne gouvernance du système de santé ? *RDSS* 2016, p. 285.

⁹³⁸ MARKUS J.-P., *Conflits d'intérêts et déontologies : l'échec des déontologies existantes et l'improbable (?) succès de la loi*, *Méd. & Droit* 2014, p. 9.

⁹³⁹ FABRE-MAGNAN M., L'obligation de motivation en droit des contrats, in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 306.

médical. L'indépendance professionnelle du médecin dans l'exercice de son art doit à cet égard être rejetée, en ce qu'elle ne garantit pas par elle-même la protection de l'intérêt du patient confié au médecin, mais relève davantage d'un principe général d'organisation de la profession médicale. Il doit lui être préféré celui de la loyauté, c'est-à-dire de la fidélité à l'engagement pris par le médecin vis-à-vis du patient, en raison du mandat social qui lui a été confié⁹⁴⁰. L'extériorisation commandée par le contrôle de motivation exige du médecin qu'il identifie, en lui-même et autour de lui, dans le réseau des liens qui l'unissent aux acteurs directs et indirects de la décision médicale, les intérêts convergents et divergents, internes et externes à la relation médicale. Cette première étape de l'extériorisation doit lui permettre de mettre sa loyauté à l'épreuve, par la pesée et, le cas échéant, l'abstraction de ces intérêts tiers. Les instruments normatifs de contrôle cette ultime étape de la procédure de décision médicale sont rares et leur efficacité questionne. La liberté du médecin qui en découle constitue dès lors un risque, risque inhérent à toute relation humaine fondée sur une confiance qui se construit plus qu'elle ne se décrète.

Conclusion du Titre 2

227. La procédure de décision médicale doit répondre à l'exigence de la possibilité d'un choix. La préservation de l'effectivité de ce choix pour l'auteur de la décision ne doit cependant pas masquer la réalité de l'aptitude décisionnelle réelle des participants à la relation médicale, devenue plurielle, comme la décision est devenue systémique. La procédure doit donc offrir des garanties contre l'arbitraire de la décision qui pourrait en résulter. Ces garanties s'illustrent dans les principes de concertation et de motivation de la décision. La concertation a pour finalité la préservation de l'aptitude décisionnelle du patient, via la communication contradictoire de l'information. Elle permet également la détermination de l'intérêt du patient au regard des droits subjectifs qui lui sont désormais reconnus. L'exigence de motivation de la décision impose au médecin d'éprouver sa loyauté à l'égard de l'intérêt du patient ainsi défini, en le contraignant à explorer et à extérioriser les ressorts de sa décision.

⁹⁴⁰ VERSPIEREN P., Malade et médecin, partenaires, *Etudes* 2005, n°1, p. 27.

Conclusion de la Première partie

228. La procédure de décision médicale définit l'espace de liberté offert au médecin dans l'exercice de son art. La décision s'inscrit dans une relation qui résulte de la rencontre de deux libertés : celle de choisir son médecin ; celle de choisir son patient dans les limites de l'urgence et de la continuité des soins qui témoignent de la subordination de la liberté du médecin à l'intérêt du malade. La relation médicale étant acquise, la détermination de la liberté du médecin revient à interroger l'aptitude décisionnelle respective de ses protagonistes. A l'exception des bornes de l'espace de liberté que constituent d'une part le refus de soins exprimé par le patient et d'autre part son inaptitude totale à la décision conférant au médecin une fonction de protecteur et de tuteur, s'opère un découplage total entre le droit et le fait qui disqualifie le principe de codécision promu par le législateur. A cette inaptitude partielle du patient, répond une autre inaptitude partielle, celle du médecin qui se doit désormais d'envisager la décision médicale dans une perspective systémique. Le pouvoir-savoir du médecin se trouve dès lors dilué dans cette nouvelle dimension ; il résulte de cette systémisation de la décision médicale la nécessité d'un contrôle accru de la procédure, afin de garantir la protection des droits du patient vis-à-vis du pouvoir-savoir médical. L'acceptabilité de la décision repose dès lors sur le contrôle des exigences de concertation, qui place au cœur de la décision l'intérêt du patient, et de motivation, qui interroge la loyauté du médecin.

La liberté du médecin dans la décision médicale analysée à l'aune de la procédure de décision, qui peut être considérée comme le contenant de la décision médicale, doit maintenant l'être à l'égard à son contenu.

DEUXIEME PARTIE

LE CONTENU DE LA DÉCISION MÉDICALE

Seul est digne de son pouvoir celui qui le justifie jour après jour.

Dag HAMMARSKJÖLD

229. La liberté du médecin dans l'exercice de son art a été envisagée dans la première partie sous l'angle de la procédure de décision, c'est-à-dire au regard des modalités de son élaboration. A l'intérieur des bornes de cet espace que nous dénommons « contenant de la décision », se déploie une autre liberté pour le médecin : celle relative au contenu de la décision. L'analyse de cette autre liberté conduit à s'interroger sur le bien-fondé de la décision médicale, c'est-à-dire sur sa justification en fait et en droit⁹⁴¹ ; en d'autres termes, sa légitimité. En effet, selon les bases d'une théorie de la décision proposée par P. LOKIEC⁹⁴², la qualité de la procédure décisionnelle ne garantit pas à elle-seule le bien-fondé de la décision. Les règles procédurales doivent donc être complétées par une exigence de justification. Cet auteur construit sa réflexion en constatant la place croissante de l'unilatéralisme dans les rapports de droit privé, qui trahirait les limites de la logique contractuelle et appellerait la reconnaissance d'un véritable régime juridique de la décision. Or l'analyse de l'aptitude décisionnelle réelle des participants à la relation médicale réalisée dans la première partie a montré que l'expression d'une volonté, nonobstant le dessein poursuivi par le législateur français, constituait en fait une base incertaine, en tout cas insuffisante, s'agissant de la décision médicale. On peut dès lors rejoindre son analyse en considérant qu'à défaut d'accord de volontés, ou plus exactement compte tenu de l'insuffisance de l'expression d'une volonté s'agissant de la décision médicale, celle-ci doit reposer sur un motif légitime⁹⁴³. L'exigence de motivation de la décision permise par la procédure de décision doit dès lors être complétée

⁹⁴¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° bien-fondé, PUF, 2013, p. 128.

⁹⁴² LOKIEC P., *La décision et le droit privé*, D. 2008, p. 2293.

⁹⁴³ *Ibid.*

par une exigence de justification, qui procède d'un jugement sur la relation entre cette décision et sa cause⁹⁴⁴.

230. La définition de la liberté du médecin eu égard au contenu de la décision médicale revient à s'interroger sur la justification de l'acte médical supporté par la décision. L'acte médical se distingue par son caractère protéiforme : il peut prendre la forme d'un avis ou d'un conseil, diagnostique, thérapeutique ou de prévention ; il peut consister en la réalisation d'un acte technique, en l'administration d'un médicament, en la prescription d'un produit de santé, ou d'une prise en charge par un auxiliaire médical. Il convient cependant de placer toutes ces conséquences de la décision médicale sous un dénominateur commun, qui est celui de la finalité de la décision médicale, c'est-à-dire de l'intérêt légitime qu'elle poursuit. Cette finalité a ainsi pu être définie par les pères fondateurs du droit médical français : « l'acte médical est celui d'un homme qualifié posé en vue de guérir autrui »⁹⁴⁵. La guérison a donc été initialement érigée en critère majeur de qualification de l'acte médical⁹⁴⁶. L'utilisation de ce terme peut sembler réductrice, en ce qu'il semble devoir se limiter aux décisions médicales ayant une finalité curative. Cette lecture doit être tempérée si l'on se réfère à la définition précise de la guérison : le retour à la santé, et à son étymologie : *guarir*, c'est-à-dire garantir, protéger⁹⁴⁷. La finalité de la décision médicale peut donc être définie comme la protection de la santé, entendue au sens de l'Organisation mondiale de la santé comme un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité⁹⁴⁸. C'est le sens de l'analyse de G. MEMETEAU qui définit l'acte médical comme « celui accompli par le médecin à titre professionnel sur le corps humain »⁹⁴⁹, *a priori* à des fins thérapeutiques, mais de plus en plus souvent à des fins tellement dégagées de cette cause qu'elles peuvent couvrir la mort du sujet »⁹⁵⁰. Si la finalité de l'activité du médecin est

⁹⁴⁴ AYNES L., Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

⁹⁴⁵ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p. 1.

⁹⁴⁶ DEBOST C., L'appréhension juridique de la relation de soin au prisme des nouvelles technologies, *Juridictoria* 2012, n°8, p. 103.

⁹⁴⁷ www.cnrtl.fr/portail/, v° guérir.

⁹⁴⁸ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. 1946 ; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n° 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.

⁹⁴⁹ La formulation apparaît cependant restrictive, l'intervention médicale concernant également l'esprit : ainsi par exemple de la psychiatrie.

⁹⁵⁰ MEMETEAU G., La codification de l'acte médical, *RGDM* 2007, p. 127.

de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort la vie même de l'individu, l'acte médical par nature est celui conforme à cette finalité, qu'il soit principal ou accessoire⁹⁵¹.

231. La détermination de la finalité de la décision médicale interroge, de manière corollaire, la liberté du médecin au regard des moyens à mettre en œuvre au service de cette finalité. Il convient, ici encore, de se référer au *Traité de droit médical* : « Depuis que le médecin s'est 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, des connaissances biologiques unies à une technique appropriée »⁹⁵². On ne peut que se ranger à la perfection de l'analyse des professeurs SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, qui établissent ici les critères de qualification des moyens de la décision médicale. Le premier critère est celui de la soumission de l'intervention médicale à la science, c'est-à-dire à un ensemble structuré de connaissances qui se rapportent à des faits obéissant à des lois objectives et dont la mise au point exige systématisation et méthode⁹⁵³. Un tel assujettissement se manifeste dans l'exigence de conformité aux données acquises de la science issue de la jurisprudence⁹⁵⁴, qui si elle précise le caractère acquis de ces données, les place avant tout dans le champ de la science⁹⁵⁵. Ce critère fondamental se décline en deux critères corollaires associés. Le premier est le recours à un savoir spécifique : les « connaissances biologiques » qui peuvent en droit positif s'apparenter aux connaissances médicales avérées visée à l'article L.1110-5 CSP. Le second est la maîtrise d'un savoir-faire : « la technique appropriée ». C'est bien dans l'association d'un savoir et d'un savoir-faire que se révèle l'art médical, tel que conçu par C. BERNARD : « La médecine est un art, c'est évident ; elle est une science, c'est également incontestable. En effet, dans toutes les connaissances humaines, il y a à la fois de la science et de l'art. La science est dans la recherche des lois des phénomènes et dans la conception des théories ; l'art est dans

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *op. cit.*

⁹⁵³ www.cnrtl.fr/portail/, v° science.

⁹⁵⁴ Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P. ; *S.* 1937.1.321, note Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n°161 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493.

⁹⁵⁵ V. sur ce sujet : DEBARRE J.-M., Sémantique des « données acquises de la science » comparée aux « connaissances médicales avérées ». Pour une obligation du médecin à respecter les « connaissances médicales avérées ou acquises », *Méd. & Droit* 2012, p. 22.

l'application, c'est-à-dire dans une réalisation pratique en général utile à l'homme qui nécessite toujours l'action personnelle d'un individu isolé »⁹⁵⁶.

232. La condition d'utilité à l'homme – second critère – posée par le père de la médecine moderne mérite d'être soulignée. Il est effectivement fondamental de relever avec P. RICŒUR que si le savoir, la science, guident le savoir-faire médical, leurs finalités doivent être distinguées. La connaissance a en effet pour mobile la curiosité, quand la décision médicale est mue par la sollicitude et la compassion⁹⁵⁷. Et le philosophe d'y voir le risque d'une « mise en tutelle par les sciences biologiques et médicales de l'acte thérapeutique, ravalé au rang de simple technique d'application »⁹⁵⁸. La liberté de décision du médecin résultant du pouvoir conféré par le savoir et le savoir-faire, au service de la protection de la santé du patient doit donc se concrétiser dans sa faculté d'opérer un choix. Ce choix s'entend non seulement à l'égard de la pure connaissance scientifique, mais également à l'égard de la règle de droit ; pour citer une nouvelle fois D. TRUCHET : personne ne peut, en droit, contraindre le médecin à une décision qu'il n'approuverait pas⁹⁵⁹. Selon P. LOKIEC, la possibilité d'un choix est dictée par la nécessité de ne pas prédéterminer juridiquement le contenu de la décision, ce qui reviendrait de fait à annihiler le pouvoir médical⁹⁶⁰. Ainsi le standard apparaît-il comme l'instrument juridique de la justification de la décision médicale⁹⁶¹. Norme souple fondée sur un critère indéterminé, directif – englobant et plastique, mais normatif –⁹⁶² mobilisable par le juge en vertu du renvoi opéré par la loi⁹⁶³, le standard paraît effectivement satisfaire aux critères requis de souplesse et d'indétermination, ainsi qu'à la dimension technique du contenu de la décision médicale. La responsabilité étant le corollaire de la liberté, il constitue en outre l'outil du contrôle de la pertinence de la décision médicale, laquelle procède de l'examen de la conformité de la décision au standard, c'est-à-dire de la confrontation au standard de la justification de la décision et de ses effets.

⁹⁵⁶ BERNARD C., *Principes de médecine expérimentale, ou de l'expérimentation appliquée à la physiologie, à la pathologie et à la thérapeutique*, PUF 1947, p. 194.

⁹⁵⁷ RICŒUR P., La prise de décision judiciaire et médicale. Le juste et l'éthique médicale, *Méd. & Droit* 1999, p. 1.

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

⁹⁶⁰ LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° standard, PUF, 2013, p. 978.

⁹⁶³ La conformité aux connaissances médicales avérées par exemple.

La liberté du médecin au regard du contenu de la décision médicale est donc conditionnée par la détermination de son juste motif, qui contraint le médecin à considérer d'une part la finalité de sa décision (Titre 1), et d'autre par sa pertinence (Titre 2).

TITRE 1 : LA FINALITE DE LA DECISION MEDICALE

233. La définition de la liberté du médecin eu égard au contenu de la décision médicale interroge sa justification, qui doit en premier lieu être appréciée à l'aune de sa finalité : la protection de la santé. Si la décision médicale doit dès lors être conforme à cette finalité, l'acte qui en résulte doit, pour satisfaire aux conditions de licéité posées par la loi civile, être justifié par une nécessité médicale pour la personne ou, à titre exceptionnel, par l'intérêt thérapeutique d'autrui⁹⁶⁴. La protection de la santé peut également s'envisager à l'échelle collective, dans l'intérêt de la société. La nécessité médicale de l'acte peut alors être assimilée à la finalité de la décision ainsi déterminée (Chapitre 1). La nécessité médicale peut cependant être découplée de l'objectif de protection de la santé si l'on considère que le savoir et le savoir-faire médicaux peuvent être utilisés à d'autres fins. Dans cette hypothèse, la décision, comme l'acte, ne répondent plus à la nécessité de protéger la santé, et leur caractère médical ne leur est plus conféré que par la qualité de leur auteur. La nécessité médicale de l'acte ne s'apparente dès lors plus à une fin mais à un moyen (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La nécessité médicale comme finalité

234. La justification première de l'activité médicale, partant, des décisions médicales et des actes médicaux qui en résultent, est la protection de la santé, droit fondamental consacré par la législation sanitaire française, dont il constitue la matrice⁹⁶⁵. La qualification de la nécessité médicale de l'acte doit donc être appréciée au regard de sa contribution à la protection de la santé (Section 1). Elle doit également tenir compte des nouvelles possibilités offertes par l'évolution des connaissances scientifiques et des capacités techniques de la médecine, qui laissent à voir une extension du champ de la nécessité médicale (Section 2).

⁹⁶⁴ C. civ., art. 16-3, al. 1^{er}.

⁹⁶⁵ CSP, art. L.1110-1.

Section 1 : La nécessité médicale et la protection de la santé

235. La liberté du médecin au regard du contenu des décisions médicales justifiées par la protection de la santé doit être appréhendée selon un double niveau. Le premier niveau vise la protection individuelle de la santé, c'est-à-dire celle du patient impliqué dans la relation médicale (§1). Le second niveau vise la protection collective de la santé, c'est à dire les décisions médicales concernant le patient mais prises dans l'intérêt de la santé publique (§2).

§1. La santé individuelle

236. L'atteinte à l'intégrité du corps humain est admise par la loi civile sous réserve des conditions cumulatives de nécessité médicale pour la personne et de son consentement. Au regard des développements précédents relatifs à l'aptitude décisionnelle des protagonistes de la relation médicale, il est possible d'affirmer que dès lors que la volonté du patient n'y fait pas obstacle, l'acte médical proposé par le médecin doit être justifié par une nécessité médicale. La qualification de la nécessité médicale repose donc *a priori* sur le médecin, au regard de son aptitude décisionnelle (A). Mais la décision médicale peut également concerner la réalisation d'un acte demandé par le patient, au nom de l'autonomie de sa volonté promue par le législateur. Le médecin est alors tributaire de la nécessité médicale qualifiée par le patient (B).

A. La nécessité médicale qualifiée par le médecin

237. C'est dans la qualification de la nécessité médicale de la décision et des actes qui en résultent que la liberté du médecin semble trouver sa pleine expression. Cette qualification est en effet liée par essence à la mobilisation du savoir médical, qui seul, permet de relier une situation particulière et subjective – une demande, une plainte, des manifestations physiques ou psychiques – à un diagnostic, description abstraite de la maladie suspectée. L'étape du

diagnostic, « acte créateur, objet de l'acte médical »⁹⁶⁶ est fondamentale en ce qu'elle permet de départir les situations relevant de l'intervention médicale, thérapeutique ou préventive, des situations relevant de l'abstention médicale. La qualification de la nécessité médicale de l'acte est donc soumise au diagnostic, lequel procède de la mobilisation d'un savoir, manifestation du pouvoir médical. Elle est, de surcroît, indifférente à l'expression d'une volonté par le patient dans la mesure où celle-ci ne sera interrogée que dès lors que celle-là aura été établie. La seule volonté du patient est en effet insuffisante à légitimer la décision médicale⁹⁶⁷. C'est le sens des dispositions de l'article 16-3 C. civ. dont l'alinéa 1^{er} légitime l'atteinte à l'intégrité du corps humain par la nécessité médicale pour la personne⁹⁶⁸, à la condition subsidiaire de son consentement, visée à l'alinéa 2, dès lors que celui-ci peut être reçu et qu'il est recevable. La licéité de l'acte médical est ainsi intrinsèquement liée à la manifestation du pouvoir-savoir médical en ce qu'il permet de qualifier la nécessité médicale.

238. La nécessité médicale s'analyse à la fois, selon P. HENNION-JACQUET, en une cause objective d'irresponsabilité pénale et en une condition de validité du contrat médical⁹⁶⁹, l'objet de l'obligation du médecin devant être médicale⁹⁷⁰. Selon cet auteur, qui réfute tour à tour l'hypothèse d'un ordre de la loi⁹⁷¹ ou d'une permission de la loi⁹⁷², c'est l'état de nécessité qui légitimerait l'atteinte au corps humain par la sauvegarde d'un intérêt supérieur : la santé du patient et, à plus forte raison la vie. Reste que l'irresponsabilité pénale conférée à l'auteur de la décision justifiée par une nécessité médicale qu'il a lui-même qualifiée interroge la doctrine pénaliste. Ainsi A. PROTHAIS relève-t-il que « toute la difficulté provient de la délicate appréciation de ce critère de la nécessité médicale »⁹⁷³. Il convient à cet égard de revenir sur les motivations qui ont présidé à la modification de l'alinéa 1^{er} de l'article 16-3 C. civ, déjà évoquées *supra*⁹⁷⁴. On rappelle que la loi du 27 juillet 1999⁹⁷⁵ avait substitué à la

⁹⁶⁶ RENAUT M.-H., L'évolution de l'acte médical, *RDSS* 1999, p. 45.

⁹⁶⁷ CAA Lyon, 15 mai 2007, n°04LY00116 et n°05LY00122, *AJDA* 2007, p. 1470, note E. Kolbert.

⁹⁶⁸ A titre exceptionnel, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

⁹⁶⁹ HENNION-JACQUET P., Le paradigme de la nécessité médicale, *RDSS* 2007, p. 1038.

⁹⁷⁰ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°490.

⁹⁷¹ DIBIE-KRAJEMAN D., *Informations génétiques et fonctions médicales. Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, Les Etudes hospitalières 2004, p. 138.

⁹⁷² RENAUT M.-H., *op. cit.*

⁹⁷³ PROTHAIS A., Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *RSC* 2000, p. 39.

⁹⁷⁴ Première partie, Chapitre 1, Section 1, §1, A.

⁹⁷⁵ Loi n°99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF* du 28 juill. 1999, p. 11229.

nécessité thérapeutique consacrée par la loi du 29 juillet 1994⁹⁷⁶, la nécessité médicale. Le choix de la nécessité thérapeutique par le législateur de 1994 s'inscrivait dans le souci de la détermination d'intérêt légitime à l'atteinte à l'intégrité physique du corps humain. Le projet de loi prévoyait que celle-ci pouvait être justifiée par l'intérêt de la personne elle-même, par l'intérêt d'un tiers (utilisation des éléments du corps humain) ou par un intérêt collectif (hypothèse de la recherche médicale). La rédaction finale ne retint toutefois que la nécessité thérapeutique pour la personne. Certains y virent une coquille au motif que ce qualificatif excluait les actes de prévention⁹⁷⁷ et de recherche, ce qui pouvait créer une contrariété entre les dispositions du code civil et celles du code de la santé publique⁹⁷⁸. D'autres, médecins, en déduisaient un risque de voir engagée leur responsabilité faute de caractère strictement thérapeutique de certaines de leurs interventions. D. THOUVENIN, après avoir observé que les deux termes (thérapeutique ou médical) étaient utilisés de manière équivalente par la doctrine et par l'Ordre de médecins, considère que cette modification du texte procède d'une stratégie de défense des intérêts de certains médecins⁹⁷⁹. Selon cet auteur, il résulterait de la subordination de la licéité de l'acte médical à une nécessité médicale une sorte d'impunité pour les médecins dans la mesure où l'atteinte à l'intégrité physique serait légitime dès lors qu'elle serait pratiquée par un médecin, le moyen devenant la fin⁹⁸⁰. La même analyse est retenue par A. PROTHAIS, qui considère que le changement de formulation du fait justificatif légal tiré de la nécessité médicale paraît accentuer le pouvoir médical d'autojustification qu'a toujours recelé le critère de la nécessité thérapeutique⁹⁸¹.

Il est en définitive possible de considérer que la qualification de la nécessité médicale procède d'une double soumission au pouvoir médical. Soumission en fait, d'une part, liée à la subordination matérielle de la décision médicale au diagnostic, lequel est fondé sur les connaissances médicales. Soumission en droit, d'autre part, au regard de la consécration par la loi de cette appréciation en tant que préalable indispensable à toute atteinte au corps humain légitimant l'acte médical⁹⁸².

⁹⁷⁶ Loi n°94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* du 30 juill. 1994, p. 11060

⁹⁷⁷ RECOURS A., *Rapport Ass. nat.* 1999, n°1684, t. 2, p. 46.

⁹⁷⁸ BIGNON J., *Rapport Ass. nat.* 1994, n°1062, p. 32.

⁹⁷⁹ THOUVENIN D., Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil, *D.* 2000, p. 485.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ PROTHAIS A., *op. cit.*, n°21.

⁹⁸² HENNION-JACQUET P., *op. cit.*

239. La nécessité médicale qualifiée par le médecin témoigne de sa liberté au regard du contenu de la décision médicale. Il reste que la finalité servie – la protection de la santé – doit guider le contenu de la décision, ce qui revient à s’interroger sur les finalités concrètes de l’intervention médicale nécessaire à la protection de la santé du patient. La définition de la santé selon l’Organisation mondiale de la santé⁹⁸³, qui relève davantage d’un idéal de vie que de l’appréciation pratique et matérielle d’un état physiologique, confère à l’appréciation des moyens de sa protection un caractère protéiforme. La nécessité médicale au service de la protection du patient recouvre donc des réalités extrêmement variées, mais qui semblent cependant pouvoir être regroupées au sein du triptyque consacré par la législation sanitaire française : la prévention, le diagnostic et le soin. Ces trois finalités contenues dans la finalité globale de protection de la santé irriguent en effet le code de la santé publique, tant en ce qui concerne les droits des personnes malades et des usagers du système de santé⁹⁸⁴, que la prise en charge des risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé⁹⁸⁵, les missions des professionnels⁹⁸⁶ et des établissements de santé⁹⁸⁷, y compris de santé mentale⁹⁸⁸, ou encore celles des réseaux de santé⁹⁸⁹. Il est en outre possible de leur assimiler « les actes de prévention, d’investigation ou de traitements et de soins » visés à l’article L.1110-5 CSP, dont l’article L.1110-5-1 dispose qu’ils ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu’ils résultent d’une obstination déraisonnable. La nécessité médicale des actes concourant à la protection de la santé du patient semble donc pouvoir être retenue dès lors qu’ils s’inscrivent dans une finalité de prévention, de diagnostic – investigation – ou de soin – y compris de traitement –, d’une part, et qu’il ne témoignent pas dans leur mise en œuvre d’une obstination déraisonnable, d’autre part.

240. Ces conditions de qualification par le médecin d’une nécessité médicale protectrice de la santé du patient se conçoivent assez simplement. La nécessité médicale peut toutefois être encore interrogée lorsque le savoir médical peine à la justifier ; se manifeste alors une liberté médicale d’une autre nature. Il convient pour l’apprécier de se placer au plus près de la

⁹⁸³ Etat de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’infirmité.

⁹⁸⁴ CSP, art. L.1111-3, L.1111-3-6, L.1111-8, L.1111-8-2.

⁹⁸⁵ CSP, art. L. 1142-1 et s.

⁹⁸⁶ CSP, art. L.4130-1, R.6152-504.

⁹⁸⁷ CSP, art. L.6111-1.

⁹⁸⁸ CSP, art. L.3221-1.

⁹⁸⁹ CSP, art. L.6321-1.

pratique médicale, en prenant l'exemple des mesures de contention et de placement à l'isolement des malades hospitalisés.

L'utilisation des moyens de contention⁹⁹⁰ et le recours au placement à l'isolement⁹⁹¹ sont des mesures de contrainte physique qui restreignent la liberté d'aller et venir des patients hospitalisés dans les établissements de santé mentale, indépendamment du régime juridique d'hospitalisation⁹⁹². La mise en œuvre de ces mesures par voie de prescription médicale, quotidienne dans les établissements de santé mentale, mais également (pour la contention) dans les services de gériatrie ou dans les EHPAD, interroge la nécessité médicale qui les sous-tend. Si, selon notre hypothèse, la qualification de la nécessité médicale de la décision repose sur le savoir médical, il convient de se référer au corpus des connaissances médicales. Or force est de constater leur faiblesse, ce qui remet en cause le caractère médical de la finalité de ces mesures, qui peinent à s'inscrire sans équivoque dans une perspective de prévention ou de soin. La question de leur justification, donc de leur légitimité et de leur licéité est dès lors posée. La littérature psychiatrique classique opère, avec PINEL notamment, une distinction entre la contention, qui serait de nature coercitive, et l'isolement, qui serait une modalité de soin, voire serait par nature thérapeutique⁹⁹³, en ce qu'il permettrait d'apaiser l'agitation liée au trouble mental⁹⁹⁴. La reconnaissance de la dimension thérapeutique de mesures *a priori* coercitives s'inscrit également dans le mouvement de la psychiatrie institutionnelle promu après-guerre par DAUMEZON ou BONNAFE. Ce courant de pensée prône la transformation de l'asile, lieu d'enfermement, en lieu de soins, où tout acte doit relever d'une dimension soignante. Tous les actes, y compris les plus coercitifs, sont reformulés sous l'angle de la mise en œuvre de soins relationnels⁹⁹⁵. Certains auteurs estiment d'ailleurs que la distinction entre

⁹⁹⁰ Moyens physiques ou chimiques (médicamenteux) permettant de réduire ou d'empêcher les déplacements et mouvements d'une personne, par exemple dispositif de sangles permettant de maintenir une personne immobile sur un lit.

⁹⁹¹ Le placement à l'isolement consiste en l'admission de la personne dans une chambre verrouillée, généralement pourvue du minimum de mobilier possible, le cas échéant capitonnée. Le placement à l'isolement peut s'accompagner de la mise en œuvre de moyens de contention.

⁹⁹² Hospitalisation libre ou hospitalisation sans consentement (à la demande d'un tiers ou à la demande du représentant de l'Etat).

⁹⁹³ Dans certains établissements de santé mentale, la chambre d'isolement peut être dénommée « chambre d'apaisement » ou « chambre de soins intensifs ».

⁹⁹⁴ ANGLOD A., Seclusion, *The British journal of psychiatry* 1989, n°154, p. 437.

⁹⁹⁵ LE MENTEC M., *Isolement et contention en psychiatrie, « thérapies de la docilité »*, Mémoire EHESS 2011, p. 53.

actes coercitifs et actes thérapeutiques en psychiatrie est caduque. Ainsi J.-P. CHABANNES considère-t-il que « certaines punitions n'ont de sens que par leur rôle thérapeutique »⁹⁹⁶.

241. Ces conceptions, quasiment philosophiques, semblent toutefois insuffisantes à établir la nécessité médicale des mesures, dès lors que la science est muette. Il est en effet édifiant de constater, avec le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁹⁹⁷, qu'un ouvrage français de référence en psychiatrie⁹⁹⁸, rédigé avec la collaboration de 153 spécialistes hospitaliers et universitaires, n'évoque pas le recours à l'isolement et ne consacre qu'une demi-page à la contention, en se limitant à la décrire comme un acte médical constituant une prescription médicale à part entière. L'évocation presque incantatoire de la nécessité médicale de ces mesures transparait dans d'autres travaux. L'ANAES considérait en 1998 que l'isolement ne pouvait être entrepris que dans un but thérapeutique conformément à la mission de soin des établissements de santé⁹⁹⁹. L'argument consistant à déduire le caractère thérapeutique de la mesure au regard de la vocation première de l'établissement dans laquelle elle est mise en œuvre ou des professionnels qui la prescrivent et la mettent en œuvre peine à convaincre. Il semble pourtant imprégner les travaux qui ont été consacrés à ce sujet. Ainsi la mission parlementaire sur la santé mentale et l'avenir de la psychiatrie considérait-elle en 2013 que la contention est une prescription médicale dans un contexte de soin¹⁰⁰⁰. La notion d'isolement thérapeutique y est associée, sans toutefois être définie, mais il est intéressant de constater que l'épithète thérapeutique y est invariablement associée.

242. Les incertitudes pesant sur la finalité de ces mesures et, partant, sur leur nature juridique et sur la protection des droits des malades, ont interpellé la Haute autorité de santé¹⁰⁰¹ et le Contrôleur général des lieux de privations de liberté¹⁰⁰². Dès 2011, celui-ci constatait l'hétérogénéité des pratiques d'un établissement à l'autre, voire au sein d'un même

⁹⁹⁶ CHABANNES J.-P., Contention, in : PELICIER Y., *Les objets de la psychiatrie*, L'esprit du temps 1997, p. 119 : « La contention, ou plutôt les contentions, appartiennent donc à un arsenal dont on doit définir a priori la portée thérapeutique afin d'en déduire les indications. Il ne nous semble cependant pas convenable d'opposer contention thérapeutique à contention punitive sans ménager des espaces d'interpénétration ».

⁹⁹⁷ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, Dalloz 2016, p. 5.

⁹⁹⁸ SENON J.-L., SECHTER D., RICHARD D., *Thérapeutique psychiatrique*, Hermann 1995, 1242 p.

⁹⁹⁹ AGENCE NATIONALE D'ACCREDITATION ET D'EVALUATION EN SANTE, *Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, 1998, p. 9.

¹⁰⁰⁰ ROBILIARD D., *Rapport Ass. nat.* 2013, n°1662, p. 35.

¹⁰⁰¹ HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Place de la contention et de l'isolement en psychiatrie*, 2015, 24 p.

¹⁰⁰² CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *op. cit.*

établissement, le recours à l'isolement pouvant relever dans certaines unités d'un pouvoir discrétionnaire du médecin¹⁰⁰³. Le même constat a été dressé par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui évoque le terme de « culture » de service s'agissant du fondement recours à ces mesures¹⁰⁰⁴. Si des soignants considèrent qu'elles relèvent du soin et doivent faire l'objet d'une prescription, d'autres peuvent les justifier par l'insuffisance des effectifs soignants, par leur inexpérience ou par leur féminisation¹⁰⁰⁵. Ces justifications se distinguent sans équivoque des finalités de prévention de diagnostic ou de soins, et il convient d'ajouter qu'aucun texte spécial ne permet de les justifier. Il faut en effet souligner le silence des textes sur ces questions, y compris malgré les réformes successives des soins psychiatriques sans consentement intervenues en 2011¹⁰⁰⁶ et 2013¹⁰⁰⁷, après censure des mesures antérieures par le Conseil constitutionnel au motif d'une violation de l'article 66 de la Constitution¹⁰⁰⁸. La loi du 26 janvier 2016¹⁰⁰⁹ a récemment enrichi le code de santé publique d'un article L.3222-5-1, qui définit l'isolement et la contention comme « des pratiques de dernier recours », et les justifie par la prévention d'un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre. Si la référence à la prévention est explicite, la référence à un dommage, sans autre précision, n'est pas de nature à inscrire sans équivoque la pratique de ces mesures dans une finalité sanitaire.

243. Il résulte de cette confrontation des conditions de qualification de la nécessité médicale à la pratique, le constat d'une incertitude quant à la finalité de protection de la santé poursuivie par la décision médicale. Si les dernières dispositions législatives tendent à établir juridiquement une nécessité médicale, leur soumission au critère matériel du savoir fait

¹⁰⁰³ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, Avis du 15 févr. 2011 relatif à certaines modalités d'hospitalisation d'office, *JORF* du 20 mars 2011.

¹⁰⁰⁴ COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France du 28 novembre au 10 décembre 2010*, 2012, p. 74.

¹⁰⁰⁵ ROBILIARD D., *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰⁶ Loi n°2011-803 du 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* du 6 juill. 2011, p. 11705.

¹⁰⁰⁷ Loi n°2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions de la loi n°2011-803 du 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* du 29 sept. 2013, p. 16290.

¹⁰⁰⁸ C. const., 26 nov. 2010, n°2010-71 QPC, *AJDA* 2011, p. 174, note X. Bioy ; *D.* 2011, p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RDSS* 2011, p. 304, note O. Renaudie ; *Constitutions* 2011, p. 108, obs. X. Bioy ; *RTD civ.* 2011, p. 101, obs. J. Hauser.

¹⁰⁰⁹ Loi n°2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF* du 27 janv. 2016, art. 72.

défaut. Le droit semble en fait légitimer, par un texte spécial, la nécessité d'actes médicaux qui ne sont pas justifiés par une finalité de prévention de diagnostic ou de soin, alors qu'il conviendrait peut être d'admettre simplement que ces meures relèvent de la sécurité du patient, de agents et des autres usagers de l'établissement. Cette incertitude concernant la nécessité médicale s'accroît encore lorsque l'intervention médicale est sollicitée par le patient.

B. La nécessité médicale qualifiée par le patient

244. Il se déduit de la lecture des dispositions de l'article 16-3 C. civ. que la seule volonté du patient est insuffisante à légitimer la décision médicale, laquelle suppose de qualifier *a priori* une nécessité médicale pour la personne. Il n'en demeure pas moins que dans la création de la relation médicale préalable à la décision se manifeste un besoin présumé par le patient, qui rencontre l'offre du médecin. Le « besoin de santé » ressenti présume la nécessité médicale, laquelle est alors classiquement qualifiée par le médecin au regard des finalités de prévention, de diagnostic ou de soin. Ce « besoin de santé » peut également relever de la manifestation d'un désir déconnecté de la présomption de menace objective pour la santé. Il s'apparente alors davantage à un « besoin de médecine », c'est-à-dire à la nécessité de disposer du savoir et du savoir-faire médical pour satisfaire ce désir. Il convient donc d'examiner la justification de la décision médicale dès lors que la nécessité médicale est qualifiée par le patient.

245. La condition princeps de qualification de la nécessité médicale dégagée *supra* est sa soumission au savoir médical, qui procède d'un processus d'objectivation normative. Le rapport de la société à la santé et à la médecine a cependant évolué à tel point que l'acte médical est sorti du champ thérapeutique et, selon G. MEMETEAU, annexe l'intérêt médical, sinon la recherche du bien-être, ce qui élargit les dimensions de la santé vers l'aide à mieux vivre¹⁰¹⁰. Ce glissement transparait dans les notions de *cure* et de *care*, qui distinguent l'action de soigner de celle de prendre soin¹⁰¹¹, qui serait dorénavant la finalité de l'intervention médicale¹⁰¹² ; c'est le sens, par exemple, de la promotion continue des soins

¹⁰¹⁰ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°490.

¹⁰¹¹ DEBOST C., L'appréhension juridique de la relation de soin au prisme des nouvelles technologies, *Jurisdoctoria* 2012, n°8, p. 103

¹⁰¹² Il ne semble cependant pas que les « soins » envisagés par le code de la santé publique doivent s'entendre d'une définition aussi extensive qui dépasse la seule compétence médicale.

palliatifs par le législateur depuis 1999¹⁰¹³. Selon un autre auteur, ce mouvement pourrait également témoigner de la combinaison de deux phénomènes. D'une part, une modification de la perception du médecin, considéré non plus comme un homme providentiel mais comme un prestataire de service. D'autre part, une extension de la notion de maladie, laquelle concernerait tout désagrément, toute souffrance ressentie et serait prétexte à consommer des prestations médicales¹⁰¹⁴. Ce contexte constitue manifestement une explication à la subjectivisation de la santé et, partant, à l'avènement, à côté de la nécessité médicale « vraie »¹⁰¹⁵, d'une nécessité médicale « artificielle »¹⁰¹⁶, déterminée par l'usager du système de santé.

246. A côté de ce phénomène de subjectivisation, cette nécessité artificielle se nourrit également d'une rhétorique contemporaine occidentale d'autonomisation, selon laquelle chacun doit être libre de choisir la vie qui lui convient ; il doit pouvoir être « lui-même ». Or le corps physique, dans sa finitude, renvoie aux limites et aux faiblesses de l'homme : il le cloue au réel et l'oblige à s'incliner devant ses lois¹⁰¹⁷. Seul le corps maîtrisé devient dès lors acceptable, et témoigne de la capacité de l'individu à contrôler sa vie, à être « lui-même ». Cette promotion de l'autodétermination peut s'exprimer dans le recours à des techniques médicales dont la mise en œuvre est demandée par le patient en l'absence de menace objective pour sa santé, sauf à la considérer selon la définition extensive – idéalisée ? – de l'OMS qui se réfère au « complet bien-être », . L'homme de l'art, détenteur du savoir, et le législateur, gardien de la licéité de l'atteinte à l'intégrité du corps humain, en sont alors réduits à confirmer la nécessité médicale qualifiée par le demandeur. Le savoir du praticien ne justifie plus la nécessité médicale, il ne fait que la permettre. Quant au droit sanitaire, construit sur le respect des droits du patient et axé par la promotion de l'autonomie de sa volonté, il se trouve contraint à créer des règles spéciales, déconnectées des finalités de prévention de diagnostic ou de soins, et qui permettent de légitimer cette nécessité artificielle.

¹⁰¹³ Loi n°99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, *JORF* du 10 juin 1999, p. 8487 ; Loi n°2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF* du 23 avr. 2005, p. 7089 ; Loi n°2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JORF* du 3 févr. 2016.

¹⁰¹⁴ RENAUT M.-H., *op. cit.*

¹⁰¹⁵ MEMETEAU G., *op. cit.*

¹⁰¹⁶ HENNION-JACQUET P., *op. cit.*

¹⁰¹⁷ MARZANO M., *La philosophie du corps*, PUF 2007, 127 p.

Le phénomène de « régularisation » de la nécessité médicale opéré par le droit, sur la base de la réalisation des désirs socialement consacrés permise par les connaissances médicales, se manifeste particulièrement en matière de procréation et de la prise en charge de la douleur, physique ou morale.

247. S'agissant de la nécessité médicale des actes liés à la procréation, il convient de se référer à titre liminaire, à l'approche physiologique des fonctions de l'organisme. Pour BICHAT, la vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort¹⁰¹⁸. Il existe, selon les principes de la physiologie moderne, six fonctions vitales de l'organisme : le métabolisme, la réactivité, le mouvement, la croissance, la différenciation et la reproduction¹⁰¹⁹. La fonction de reproduction répond à une double définition. La première est microscopique : elle concerne la formation de nouvelles cellules destinées à la croissance, à la réparation cellulaire ou au remplacement d'autres cellules. La seconde est macroscopique : elle concerne la production d'un nouvel individu. Cette seconde dimension de la fonction de reproduction est à notre sens discutable, dans la mesure où la faculté à procréer paraît difficilement pouvoir être considérée comme une fonction vitale de l'organisme, entendue au sens de BICHAT. Il suffit pour s'en convaincre de considérer que l'absence ou la perte de la capacité à procréer n'altère en rien la capacité de survie de l'individu, et n'a d'incidence, dans l'absolu, que sur la survie de l'espèce¹⁰²⁰. Au plus peut-on admettre que le défaut de cette capacité prive le sujet du prolongement de lui-même qu'aurait été l'enfant qu'il n'aura pas¹⁰²¹.

Ce détour par la physiologie nous conduit donc à penser que l'incapacité ou la difficulté à procréer ne constituent pas objectivement une atteinte à la santé de l'individu qui pourrait faire l'objet, sinon d'une prévention¹⁰²², au moins d'actes de diagnostic ou de soin. C'est donc sur le plan de la subjectivité de l'atteinte qu'il convient de se placer, étant entendu qu'il n'existe pas de droit subjectif à l'enfant, pour apprécier la nécessité médicale qui justifie la mise en œuvre de techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP). Deux finalités sont distinguées par l'article L.2141-2 CSP. La première finalité concerne la mise en œuvre d'une technique d'AMP pour éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité à

¹⁰¹⁸ BICHAT M.-F.-X., *Recherches physiologiques sur la vie et sur la mort*, Masson 1852, p. 1.

¹⁰¹⁹ TORTORA G., DERRICKSON B., *Principes d'anatomie et de physiologie*, 4^e éd., De Boeck 2007, p. 5.

¹⁰²⁰ SCHÜTZE T., BOUVET R., LE GUEUT M., Du préjudice sexuel en droit positif, *RGDM* 2015, p. 221.

¹⁰²¹ MELENNEC L., Le préjudice sexuel, *Gaz. Pal.* 3 nov. 1977, p. 255.

¹⁰²² Encore que l'atteinte future mais certaine à la capacité de procréer peut justifier le recueil et la conservation de gamètes ou de tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de la fertilité (CSP, art. L.5141-11).

l'enfant ou à un membre du couple. On peut envisager cette hypothèse lorsque l'un des membres du couple est par exemple atteint par le VIH. La nécessité médicale objective peut ici être retenue. D'une part, la capacité à procréer n'est pas atteinte ; d'autre part et surtout, la technique s'inscrit dans une finalité de prévention permettant la protection de la santé d'un tiers vis-à-vis d'un risque médicalement établi. Appréciée sous l'angle pénal, la situation satisfait de surcroît aux conditions de qualification de l'état de nécessité : actualité et certitude du danger ; nécessité de l'acte à la sauvegarde de la santé, voire de la vie ; et proportionnalité entre les moyens et la gravité de la menace¹⁰²³. Il n'en est pas de même s'agissant de la seconde finalité de l'AMP, qui vise à remédier à l'infertilité du couple, et qui représente l'essentiel des indications de mise en œuvre de ces techniques en France. Si l'on se place sous l'angle de la nécessité au regard du savoir médical, l'infertilité, c'est-à-dire l'incapacité ou la difficulté à procréer, ne constitue pas une atteinte à la santé. La nécessité médicale dans cette hypothèse est subjective et ne répond pas à la finalité de protection de la santé. L'exigence posée par l'article L.2141-2 d'un diagnostic médical du caractère pathologique de l'infertilité (sic) ne confère pas à la nécessité médicale ainsi qualifiée un caractère objectif. L'objectivité du diagnostic fondé sur le savoir médical n'emporte pas la nécessité de l'intervention médicale, il n'en est que le préalable. Si l'on se place ensuite sous l'angle de la qualification de l'état de nécessité, tant les conditions tenant au danger que celles tenant à la nécessité et à la proportionnalité des moyens semblent manquer. Seule la création d'un texte spécial, donc la création d'une permission de la loi, permet *in fine* de contourner les finalités « naturelles » de l'acte médical que sont la prévention, le diagnostic ou le soin.

249. Il pourrait être opposé à cette lecture du contournement de la nécessité médicale l'argument de la souffrance morale résultant de l'incapacité à procréer, souffrance qu'il appartiendrait au médecin de soulager. Il ne s'agit en aucun cas de nier la réalité et le poids de cette souffrance qui accable nombre de couples. L'argument de la justification de la mise en œuvre d'une technique d'AMP tirée de cette souffrance ne peut cependant être considéré comme recevable. L'insatisfaction d'un désir, en l'occurrence celui d'être parent, fut elle douloureuse à vivre, toute douleur morale ne relève pas de la prise en charge médicale¹⁰²⁴. Il convient, ici encore, d'aborder la question sous l'angle du diagnostic, c'est-à-dire de

¹⁰²³ BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^e éd., Dalloz 2011, n°429 et s.

¹⁰²⁴ Ainsi, par exemple, du deuil ; v. : HANUS M., *Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques*, *Annales médico-psychologiques* 2006, p. 349.

l'objectivisation des demandes et de l'appréciation de l'opportunité de l'intervention au regard du savoir médical. La même réflexion peut être menée s'agissant de l'interruption médicale de grossesse avant la fin de la douzième semaine (IVG). L'IVG ne répond en effet *a priori* à aucune nécessité médicale objective, mais nécessite le recours à des moyens médicaux et trouve sa justification dans le désir de mettre fin à une grossesse. Les textes qui ont présidé à sa dépénalisation en attestent, dans la mesure où dans leur version originale, ils prévoyaient que la demande d'IVG était présentée par la femme enceinte « que son état place dans une situation de détresse »¹⁰²⁵. La nécessité de l'acte, fondée sur la détresse de la femme, s'avérait donc totalement étrangère à toute appréciation médicale. La doctrine civiliste¹⁰²⁶ considérait à cet égard avec sagesse et pertinence que la référence à l'état de détresse était de pure forme. Il appartient en effet à la femme – et à elle seule – d'apprécier, sans avoir à fournir d'autre motif, si sa situation justifie l'interruption de grossesse. Cette lecture, confirmée par la jurisprudence¹⁰²⁷, a finalement abouti à la suppression de la référence à la situation de détresse¹⁰²⁸, et la condition de réalisation de l'IVG se trouve légalement résumée à la volonté de la femme enceinte de ne pas poursuivre la grossesse¹⁰²⁹.

250. La dérogation au droit commun de la nécessité médicale atteint un paroxysme s'agissant de la stérilisation contraceptive. Dans la situation d'une demande d'IVG le but à atteindre – la suppression de la grossesse – ne peut être atteint que via la réalisation de l'acte médical, qu'il relève d'une prescription médicamenteuse ou d'une intervention chirurgicale. Le cas de la stérilisation contraceptive, dont le but est d'empêcher la survenue d'une grossesse en cas de rapport sexuel, est tout autre. D'une part, elle se situe, contrairement à l'IVG, dans l'anticipation et non dans l'actualité d'un événement considéré comme défavorable. D'autre part, les moyens contraceptifs disponibles sont variés et pour certains hors du champ de la prescription médicale. En résumé, non seulement la finalité poursuivie par la stérilisation contraceptive ne relève pas de la prévention, du diagnostic ou du soin, mais il existe de surcroît des solutions alternatives non médicales à la satisfaction de la demande du sujet. Pour

¹⁰²⁵ Loi n°75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JORF* du 18 janv. 1975, p. 739 ; Loi n°79-1204 du 31 déc. 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JORF* du 1er janv. 1980, p. 3.

¹⁰²⁶ PENNEAU J., Corps humain, bioéthique, *Rép. civ.* 2016, n°409.

¹⁰²⁷ CE 31 oct. 1980, n°13028, *D.* 1981, p. 38, concl. B. Genevois ; *JCP* 1982. II. 19732, note F. Dekeuwer-Défossez.

¹⁰²⁸ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949.

¹⁰²⁹ CSP, art. L.2212-1.

autant, le médecin est tenu de se conformer à la volonté libre, motivée et délibérée du patient, en considération d'une information claire et complète sur les conséquences de la décision¹⁰³⁰. Il résulte, plus qu'un renversement de la hiérarchie des dispositions de l'article 16-3 C. civ., une annihilation de la condition princeps de soumission de la décision au savoir médical, puisque la volonté exprimée par la personne emporte nécessité médicale.

251. Il appert en définitive que le droit sanitaire, via la création de règles spéciales, permet de qualifier une nécessité médicale fondée sur les demandes des usagers du système de santé, qui pour être satisfaites requièrent la mise en œuvre d'un acte médical. Les évolutions législatives récentes relatives à la fin de vie témoignent de ce mouvement, voire de son amplification. Il n'est pour s'en convaincre que de regarder les mutations du contenu des dispositions de l'article L.1110-5 CSP. Dans sa rédaction initiale issue de la loi *Kouchner*, l'alinéa 3¹⁰³¹ énonçait le droit de toute personne à recevoir des soins visant à soulager sa douleur, qui devait en toute circonstance être prévenue, évaluée, prise en compte et traitée. On pourrait discuter du bien-fondé d'une intervention législative portant sur la question de la douleur, tant elle semble relever à l'évidence de la pratique médicale et n'interroge pas *a priori* le droit. Elle ne s'inscrit cependant pas en contradiction avec une nécessité médicale objective, dans la mesure où la douleur est un signe fonctionnel¹⁰³² qui doit faire l'objet d'un diagnostic étiologique¹⁰³³. Il n'est donc pas faux, d'un point de vue médical, de parler de prévention, de diagnostic (évaluation) et de traitement de la douleur.

Ces dispositions font l'objet, aux termes de la loi *Léonetti-Claeys*, d'un article L.1110-5-3, al. 1^{er}, qui substitue au terme de douleur celui de souffrance, laquelle doit également être prévenue, prise en compte, évaluée et traitée. On doit dès lors s'interroger quant aux éléments fondant le diagnostic médical justifiant la mise en œuvre des mesures de prévention, de diagnostic ou de traitement de cette souffrance. Or, il n'existe pas de définition médicale de la souffrance ; le terme même est absent des dictionnaires des termes de médecine¹⁰³⁴. Deux situations doivent alors être envisagées. Soit la personne n'est pas en état de s'exprimer, et la prise en charge sera celle de la douleur, telle qu'elle peut être déduite de manifestations physiques d'inconfort, au terme d'une évaluation médicale. Soit la personne est en état de

¹⁰³⁰ CSP, art. L.2123-1.

¹⁰³¹ Devenu alinéa 4 mais sans modification après la loi *Léonetti*.

¹⁰³² GARNIER-DELMARE, *Dictionnaire des termes de médecine*, 25^e éd., Maloine 1999, v° douleur, p. 234.

¹⁰³³ La douleur est une manifestation d'un processus physiopathologique qui doit être identifiée.

¹⁰³⁴ GARNIER-DELMARE, *op. cit.*

s'exprimer, et la prise en charge sera celle de la douleur physique et morale, au terme de la même évaluation médicale. Une telle prise en charge serait cependant incomplète au regard des exigences légales qui visent le soulagement de la souffrance, dont la douleur – physique et morale – n'est qu'une composante. C'est dans l'espace résiduel résultant de la soustraction de la douleur à la souffrance, espace éminemment subjectif, qu'émerge un risque de détournement de la nécessité médicale. L'article L.1110-5-3, al. 2, dispose que le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger la vie. On ne peut que souscrire, en tant que médecin à cette solution équilibrée et prudente du législateur, qui permet la sauvegarde de la dignité du patient en fin de vie. On peut pourtant s'interroger sur sa portée réelle dès lors qu'elle vise non la douleur mais la souffrance. Peut-elle, par exemple justifier l'analgésie et la sédation d'un patient au seul motif d'une souffrance purement morale dans le cadre d'une pathologie sévère (« malade en phase avancée ») du spectre psychiatrique qui n'abolirait ni l'altérerait son discernement ? Une telle attitude pourrait relever d'une assistance au suicide, ce dont les auteurs de la loi du 2 février 2016 se sont toujours défendus. Il convient tout de même de souligner, s'agissant de la validation législative du « double-effet » (fin de vie hâtée justifiée par la nécessité d'employer des médicaments analgésiques et sédatifs pour soulager la souffrance), le glissement opéré entre le législateur de 2005 et celui de 2016. Si la loi *Leonetti* autorisait l'usage de ces médicaments, même s'ils avaient pour effet secondaire d'abrèger la vie, la loi *Leonetti-Claeys* a supprimé l'épithète « secondaire », ce qui témoigne incontestablement d'une évolution vers un nouveau contournement de la nécessité médicale.

La protection de la santé entendue ne saurait se limiter à l'appréciation de la nécessité médicale à l'échelle individuelle. La définition globalisante de la santé par l'Organisation mondiale de la santé lui confère une dimension collective qui appelle, pour sa protection, des nécessités médicales particulières.

§2. La santé collective

252. La protection de la santé à l'échelle collective peut être envisagée selon deux dimensions, qui permettent également d'apprécier la liberté décisionnelle du médecin. La

première dimension nécessite de considérer l'individu dans son environnement, c'est-à-dire dans ses interactions avec les hommes et le monde. La finalité de la décision médicale répond dans cette hypothèse à la protection de la santé vis-à-vis d'un risque (A). La seconde dimension est celle de l'accroissement du savoir par la recherche médicale ; la finalité de la décision médicale répond alors à la protection de la santé au regard d'un bénéfice escompté (B).

A. La lutte contre les maladies contagieuses

253. La nécessité médicale fondant la décision protectrice de la santé dépasse le seul cadre individuel et se déploie parallèlement dans une dimension collective, celle de la santé publique. La santé publique a pour ambition, selon l'Organisation mondiale de la santé, la prise en charge collective de la santé d'une population dans son milieu de vie, qu'elle procède d'actions de soins, de prévention, d'éducation ou d'hygiène sociale¹⁰³⁵. Si, avec WINSLOW¹⁰³⁶, l'OMS reconnaît à chaque individu un « droit inné à la santé », un tel droit subjectif à la santé n'est pas consacré en droit positif français. Les citoyens français sont en revanche titulaires d'un droit à la protection de la santé¹⁰³⁷, principe de valeur constitutionnelle¹⁰³⁸ consacré à la fois sous l'angle de la protection de la santé individuelle et sous celui de la protection à la santé publique. Alors que la protection de la santé individuelle est marquée du sceau de l'autonomie de la volonté, la finalité collective de la santé publique justifie, dans le respect

¹⁰³⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Comité d'experts de l'administration de la santé publique, Premier rapport*, Série de rapports techniques, n°55, 1952, p. 6 : « La santé publique est la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé et la vitalité mentale et physique des individus par le moyen d'une action collective concertée visant à assainir le milieu, à lutter contre les maladies qui présentent une importance sociale, à enseigner à l'individu les règles de l'hygiène personnelle, à organiser des services médicaux et infirmiers en vue du diagnostic précoce et du traitement préventif des maladies, ainsi qu'à mettre en œuvre des mesures sociales propres à assurer à chaque membre de la collectivité un niveau de vie compatible avec le maintien de la santé, l'objet final étant de permettre à chaque individu de jouir de son droit inné à la santé et à la longévité ».

¹⁰³⁶ WINSLOW C.-E.A., *The evolution and significance of the modern public health campaign*, Yale University Press 1923, p. 1.

¹⁰³⁷ CSP, art. L.1110-1.

¹⁰³⁸ Déduite de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ». C. const., 15 janv. 1975, n°74-54 DC, *JORF* du 16 janv., p. 671 ; *D.* 1975, p. 529, note Hamon ; *AJDA* 1975, p. 134, note Rivero ; *JCP* 1975, 18030, note Bey ; *RGDIP* 1975, p. 1070, note Franck ; *RTD eur.* 1975, p. 49, note Lagrange ; *AFDI* 1975. 859, note Nguyen Quoc Dinh ; *RID comp.* 1975. 873, note Robert ; *JDI* 1975. 279, note Ruzié ; *Gaz. Pal.* 1976. I. 25, note Pellet ; C. const., 22 juill. 1980, n°80-117 DC, *RD* 1980, p. 1652, note Favoreu ; *D.* 1981, p. 65, note Franck ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Turpin.

des principes de nécessité et de proportionnalité, que la volonté individuelle puisse être dépassée. La nécessité médicale justifiée par le savoir médical s'impose donc à chacun au bénéfice de tous. Ce principe s'illustre particulièrement s'agissant de la prévention des maladies contagieuses prévue par le régime des vaccinations obligatoires et par celui de la gestion des menaces sanitaires graves.

254. La vaccination représente l'une des techniques par lesquelles l'Etat protège la santé des populations sur son territoire¹⁰³⁹ ; ce que M. FOUCAULT a qualifié de « biopolitique »¹⁰⁴⁰. La vaccination articule en effet santé individuelle et sécurité collective dans la mesure où l'individu qui se vaccine se protège à la fois lui-même et protège la communauté à laquelle il appartient¹⁰⁴¹. L'édiction de règles juridiques conférant un caractère obligatoire à la vaccination survient en Angleterre en 1853 dans le contexte de la lutte contre la variole¹⁰⁴². La contrainte vaccinale est cependant rapidement relativisée par l'émergence en 1898 d'une « clause de conscience » permettant aux parents de se soustraire à l'obligation. Dans le même temps, les causes d'exemption de l'obligation sont considérablement élargies (pour motif médical, religieux, voire philosophique), et l'obligation vaccinale peut être considérée comme supprimée de fait en 1907¹⁰⁴³. En France, la vaccination contre la variole est rendue obligatoire en 1902¹⁰⁴⁴, avant d'être élargie à la diphtérie en 1938, au tétanos en 1939, au BGG en 1949 et à la poliomyélite en 1964. Tel est actuellement le contenu de l'obligation vaccinale française de « droit commun »¹⁰⁴⁵. Le caractère contraignant de ces mesures ne peut être contesté, dans la mesure où le code de la santé publique érige en infraction le fait de refuser de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale à une vaccination obligatoire. Alors que la plupart des pays européens ont abandonné le principe de vaccination obligatoire, la France reste, avec l'Italie, résolument attachée à ce dispositif de lutte contre les maladies transmissibles et de protection de la santé publique. Le bien-fondé de ce caractère contraignant, voire le bien-fondé de la vaccination elle-même, sont toutefois fréquemment

¹⁰³⁹ CSP, art. L. 3111-1.

¹⁰⁴⁰ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil 2004, 456 p.

¹⁰⁴¹ KECK F., Vaccinés comme des bêtes ? Rumeurs autour de la grippe A/H1N1 et de la fièvre catarrhale ovine en France (1999), *Genèses* 2013/2 (n°91), p. 96.

¹⁰⁴² BERTRAND A., TORNAY D., *Libertés individuelles et santé collective. Une étude socio-historique de l'obligation vaccinale*, Rapport 2005, p. 7.

¹⁰⁴³ FLORET D., Faut-il abroger les obligations vaccinales ?, *Archives de pédiatrie* 2006, p. 423.

¹⁰⁴⁴ Loi du 15 févr. 1902 relative à la protection de la santé publique, *JORF* du 19 févr. 1902, p. 1173.

¹⁰⁴⁵ À l'exception de la vaccination antivariolique supprimée en 1984 et de la vaccination BCG en 2007 ; CSP, art. L.3111-2, L.3111-3 et L. 3112-1. S'agissant des vaccinations obligatoires au regard de l'activité professionnelle : CSP., art. L.3111-4 et L.3111-4-1.

contestées, notamment au motif des risques sanitaires qui y seraient associés¹⁰⁴⁶. Interrogé sur question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'une affaire de refus de vaccination d'enfants par leurs parents, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions des articles L.3111-2 et L.3111-3 CSP ne portaient pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé garantie par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁰⁴⁷.

255. Les Sages relèvent par ailleurs que l'obligation de vaccination peut être écartée en cas de contre-indication médicale reconnue. La nécessité médicale tirée de l'intérêt collectif peut dans ces conditions être combattue, dès lors que la vaccination est replacée dans une perspective individuelle, celle de l'inoculation d'un produit de santé à une personne. La justification de la décision médicale doit alors être appréciée au regard de la protection de la santé du patient, l'acte médical ne devant l'exposer à des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté¹⁰⁴⁸. Se manifeste donc ici une liberté du médecin : celle d'écarter l'intérêt général au profit d'un intérêt particulier. L'exercice de cette liberté est cependant soumis à la condition d'une évaluation *in concreto* de la contre-indication, laquelle ne peut de surcroît être fondée que sur les connaissances médicales avérées. Encourt ainsi une sanction disciplinaire le médecin territorial qui refuse la vaccination contre le virus de l'hépatite B du personnel d'un centre communal d'action sociale¹⁰⁴⁹ au motif de « nombreuses contre-indications » à cette vaccination¹⁰⁵⁰. Par ailleurs, la remise en cause de l'efficacité et de l'innocuité des vaccins associée à l'affirmation par le médecin qu'il refuserait d'inciter ses patients à procéder à une vaccination a conduit le Conseil national de l'Ordre des médecins à refuser son inscription au tableau¹⁰⁵¹, au motif de la violation des articles R.4127-32¹⁰⁵² et R.4112-2 CSP¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁶ En particulier les risques liés au vaccin contre le virus de l'hépatite B (affections démyélinisantes) et les risques liés aux sels d'aluminium utilisés comme adjuvants.

¹⁰⁴⁷ C. const., 20 mars 2015, n°2015-458 QPC, *RJPF* 2015-5/26, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Dr. fam.* 2015, alerte 35, obs. M. Lamarche ; *AJDA* 2015, p. 611, somm. J.-M. Pastor ; *Constitutions* 2015, p. 267, note H. Daïmallah.

¹⁰⁴⁸ CSP, art. L.1110-5, al. 1^{er}.

¹⁰⁴⁹ Obligation légale : CSP, art. L.3111-4, al. 1^{er}.

¹⁰⁵⁰ CAA Marseille, 16 févr. 1999, n°96MA11956.

¹⁰⁵¹ CNOM, 30 janv. 2008, *Rev. Droit & Santé* 2008, obs. F. Bessa.

¹⁰⁵² Soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science.

¹⁰⁵³ Conditions de moralité et d'indépendance ; en l'espèce, non-respect condition de moralité au motif du danger qualifié par l'ascendant que le médecin peut exercer sur ses patients, tant pour ces derniers que pour la santé publique, qui serait de nature à entraîner sa radiation s'il était inscrit à un tableau de l'Ordre.

256. Si les vaccinations obligatoires sont la manifestation d'une justification collective de la nécessité médicale, elles s'inscrivent dans une politique de santé publique qui vise à limiter ou éradiquer des risques qui, pour être identifiés et connus, ne constituent cependant pas une menace grave et imminente pour la population. Il convient, pour apprécier l'étendue de la nécessité médicale fondée sur la protection de la santé collective, d'examiner les conditions dans lesquelles des mesures coercitives peuvent être prises afin de contraindre aux soins celui qui n'y consent pas. Garant de l'ordre public¹⁰⁵⁴, l'Etat assure notamment la protection de la santé publique par l'exercice du pouvoir de police administrative. Le caractère préventif¹⁰⁵⁵ des mesures de police administrative n'exclut pas qu'elles puissent être attentatoires aux droits fondamentaux et aux libertés publiques lorsque la protection de l'ordre public l'exige. Le contrôle de nécessité des mesures et de leur proportionnalité au trouble prévenu relève de la compétence du juge administratif.

257. Les dispositions du code de la santé publique et celles du code général des collectivités territoriales confèrent au préfet une latitude significative en matière de police administrative sanitaire, qui dans certaines circonstances peut annihiler la condition de consentement à l'acte médical au nom de la nécessité collective. En cas d'urgence, notamment de danger ponctuel imminent pour la santé publique, le préfet peut ordonner l'exécution immédiate de mesures prescrites par les règles d'hygiène prévues par le code de la santé publique, notamment en matière de prévention des maladies transmissibles¹⁰⁵⁶. Les mesures de police municipale applicables aux accidents naturels et à leurs conséquences (notamment les maladies épidémiques et contagieuses) peuvent également être mobilisées : un préfet a ainsi pris en 2010 sur ce fondement juridique¹⁰⁵⁷ un arrêté d'isolement septique à l'encontre d'un sujet atteint d'une tuberculose ultra résistante. La tuberculose constitue en effet une préoccupation majeure des autorités de santé du fait de l'émergence d'une multi résistance voire d'une ultra résistance aux antibiotiques, d'une part, et à l'augmentation des flux migratoires, d'autre part. Le risque concerne le sujet lui-même mais également la transmission à des tiers de germes de moins en moins accessibles à la thérapeutique. Or cette maladie atteint volontiers les précaires et les exclus, chez lesquels le refus de soins ou la mauvaise observance du traitement ne sont

¹⁰⁵⁴ Au sens de la trilogie classique : sécurité, tranquillité et salubrité publiques, complétée par la moralité publique et le respect de la dignité humaine.

¹⁰⁵⁵ TRUCHET D., *Droit administratif*, 4^e éd., PUF 2008, p. 304.

¹⁰⁵⁶ CSP, art. L.1311-1 et s.

¹⁰⁵⁷ CGCT, art. L.2212-2, al. 5, et L.2212-4.

pas rares. S'est donc posée la question de savoir s'il était possible, au nom du risque collectif, d'imposer à ces malades un isolement septique ou des soins contre leur volonté¹⁰⁵⁸. De telles mesures adoptées à l'étranger ont démontré leur efficacité¹⁰⁵⁹, mais aucune disposition spéciale ne prévoit explicitement en droit français de mesures contraignantes d'isolement ou de soins à l'égard de sujets infectés. Les mesures d'hospitalisation sans consentement visées aux articles L.3212-1 et s. et L.3213-1 et s. CSP sont en effet inopérantes dans la mesure où elles sont justifiées par l'existence d'une pathologie mentale qui nécessite des soins et empêche le sujet d'y consentir.

258. L'action publique peut en revanche se fonder sur la législation relative aux menaces sanitaires graves¹⁰⁶⁰. Dans ces situations qui appellent des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre de la santé peut prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. Le ministre peut notamment habilitier le préfet à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions, y compris des mesures individuelles¹⁰⁶¹. On déduit de ces dispositions très générales la possibilité de mesures de confinement de personnes susceptibles d'être contagieuses, voire de soins contraints pour limiter les risques d'épidémie¹⁰⁶². Cette interprétation est confirmée par la doctrine, dans la mesure où les situations extrêmes envisagées par les textes imposent de rompre radicalement avec les droits habituels des patients et peuvent justifier des mesures de quarantaine, de confinement ou d'interdiction de circulation, des vaccinations et soins obligatoires ou encore des hospitalisations forcées¹⁰⁶³. La mise en œuvre de ces mesures a été rare depuis leur adoption en

¹⁰⁵⁸ CHOUAÏD C., L'injonction thérapeutique peut-elle être justifiée en pathologie respiratoire ? *Info Respiration* 2004, n°63, p. 11. ; POSTEL-VINAY N., Injonction thérapeutique. L'exemple de la tuberculose, *Info Respiration* 2006, n°74, p. 17.

¹⁰⁵⁹ LERNER B.H., Catching patients : tuberculosis and detention in the 1990s, *Chest* 1999, n°115, p. 236 ; OSCHERWITZ T., *et al.*, Detention of persistently nonadherent patients with tuberculosis, *JAMA* 1997, n°278, p. 843 ; GASNER M.R., *et al.*, The use of legal action in NewYork City to ensure treatment of tuberculosis, *N Engl J Med* 1999, n°340, p. 359 ; WEILER-RAVELL D., *et al.*, Compulsory detention of recalcitrant tuberculosis patients in the context of a new tuberculosis control programme in Israel, *Public Health* 2004, n°118, p. 323 ; DUFFY S.T., The power of detention in the management of non-compliance with tuberculosis treatment: a survey of Irish practitioners and analysis of potential legal liability, *Public Health* 2009, n°123, p. 81.

¹⁰⁶⁰ CSP, art. L.3131-1 et s.

¹⁰⁶¹ Elles font alors immédiatement l'objet d'une information du procureur de la République.

¹⁰⁶² LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF 2012, p. 36.

¹⁰⁶³ TRUCHET D., L'urgence sanitaire, *RDSS* 2007, p. 411 : « la liste des droits et libertés potentiellement affectés est impressionnante, et presque sans limite ! »

2004¹⁰⁶⁴. Elle a généralement concerné des mesures d'ordre général, dans des situations de danger infectieux imminent et grave intéressant un grand nombre de personnes : recommandation de vaccination en raison d'une hyperendémie d'infections invasives à méningocoque B survenue en Haute-Normandie en 2008 et 2009 ; lors de l'épidémie de grippe A H1N1, recommandation de vaccination et autorisation de mesures individuelles contraignantes de mise en observation à des fins de santé publique ou de placement à l'isolement septique¹⁰⁶⁵. De telles mesures individuelles n'ont à notre connaissance jamais été mises en œuvre dans le cas de cette épidémie. Elles l'ont en revanche été en 2012, à l'encontre d'une personne atteinte d'une tuberculose résistante qui refusait les mesures d'isolement et la prise en charge sanitaire de sa maladie et exposait des tiers à un risque de contamination¹⁰⁶⁶. En l'espèce, la contrainte s'est limitée à une mise en demeure de se conformer aux prescriptions médicales, qui s'est avérée suffisante à convaincre la personne, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'isolement septique.

La nécessité médicale envisagée dans sa dimension collective révèle *in fine* une liberté décisionnelle médicale exorbitante, dans la mesure où elle surpasse et la nécessité médicale pour l'individu, et l'interrogation même de sa capacité décisionnelle. Ce constat peut également être porté lorsque la réalisation de l'acte médical est justifiée par la progression des connaissances scientifiques.

B. La recherche médicale

259. L'utilité de la recherche médicale ne peut être remise en question au regard des bénéfices individuels et collectifs que les travaux scientifiques ayant pour objet la compréhension des phénomènes biologiques sont susceptibles d'apporter à la protection de la santé. Il convient pourtant de s'interroger quant à la nécessité médicale qui justifie les atteintes à l'intégrité physique que de tels travaux supposent.

¹⁰⁶⁴ Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF* du 11 août 2004, p. 14277.

¹⁰⁶⁵ Arrêté n°29 avr. 2009 relatif aux obligations des aéroports ouverts au trafic international et au contrôle sanitaire aux frontières, *JORF* du 30 avr. 2009, p. 7325, abrogé le 1^{er} juill. 2009.

¹⁰⁶⁶ Arrêté du 22 octobre 2012 habilitant le préfet du département de l'Aveyron à prendre des mesures de confinement de toute personne atteinte d'une pathologie hautement contaminante, *JORF* du 25 oct. 2012, p.16601 ; arrêté préfectoral du 2 oct. 2012 portant mise en demeure d'une personne atteinte d'une pathologie hautement contaminante.

260. Sans conteste, les activités de recherche médicale se placent en dehors du droit commun de la nécessité médicale telle que nous l'envisageons, c'est-à-dire répondant à des finalités de prévention, de diagnostic ou de soin. Le but poursuivi est ainsi défini sous la plume du législateur : les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain visent au développement des connaissances biologiques ou médicales¹⁰⁶⁷. L'intérêt recherché n'est donc pas *a priori* la protection de la santé individuelle mais, par le truchement de l'augmentation du savoir médical, un intérêt sanitaire collectif futur. On relèvera d'ailleurs que les connaissances à développer relèvent des champs médical ou biologique. On conçoit bien du point de vue scientifique l'interpénétration de ces deux domaines, qui sont parfois regroupés sous le terme de « sciences de la vie » ; on conçoit également que la recherche, avant d'être appliquée, doit être fondamentale et impose parfois de s'éloigner de la seule biologie humaine. Pourtant, la rédaction retenue, plaçant la connaissance biologique en alternative à la connaissance médicale, autorise *a priori* la réalisation de recherches sur l'être humain en dehors de toute hypothèse – même très lointaine – d'application en santé humaine. Ainsi la nécessité médicale est-elle au mieux présumée voire espérée ; au pire elle est incertaine et se résume à une nécessité scientifique, réduisant l'être humain à sa part biologique¹⁰⁶⁸. Se manifeste ici le péril de déplacement du centre de gravité de la médecine du savoir-faire vers le savoir, du soin de la personne vers la maîtrise de l'objet de laboratoire, identifié par P. RICŒUR¹⁰⁶⁹. La recherche médicale, légitimée par les perspectives d'amélioration de la santé qu'elle porte, risque en effet selon P. HENNION-JACQUET, d'inverser les rôles : la médecine n'est plus au service de l'homme mais l'homme sert la médecine¹⁰⁷⁰. L'évolution de la législation relative à la recherche sur l'embryon¹⁰⁷¹ illustre ce risque, et le glissement opéré dans la rédaction des textes n'est pas sans rappeler celui de la rédaction de l'article 16-3, al. 1^{er} C. civ. Le principe d'interdiction sauf exception est transformé en principe d'autorisation sous conditions, ce qui, en pratique, ne constitue pas une révolution. Mais la libéralisation est bien réelle sur un plan technique, puisqu'à l'exigence de « progrès médicaux majeurs » est substituée une simple

¹⁰⁶⁷ CSP, art. L.1121-1, al. 1^{er}.

¹⁰⁶⁸ GERBER S., Entre pratique et théorie médicale, *Le Coq-héron* 2004/1, n°176, p. 116.

¹⁰⁶⁹ RICŒUR P., La prise de décision judiciaire et médicale. Le juste et l'éthique médicale, *Méd. & Droit* 1999, p. 1.

¹⁰⁷⁰ HENNION-JACQUET P., Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? *RDSS* 2008, p. 1061.

¹⁰⁷¹ En dernier lieu : Loi n°2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JORF* du 7 août 2013 page 13449.

« finalité médicale » *a priori* beaucoup plus souple¹⁰⁷². Le Conseil constitutionnel a considéré, de manière purement formelle, que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine n'avait pas été méconnu par le législateur en ce que les conditions encadrant ces recherches n'étaient ni imprécises, ni inintelligibles¹⁰⁷³. Le Conseil constitutionnel a, depuis sa décision du 27 juillet 1994¹⁰⁷⁴, délaissé au législateur une marge importante d'appréciation pour régir les conditions de l'expérimentation sur l'embryon : le législateur apprécie seul l'application du principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie¹⁰⁷⁵.

261. La législation sanitaire relative aux recherches impliquant la personne humaine témoigne également du découplage entre nécessité médicale pour la protection de la santé de l'individu et nécessité scientifique au service d'une protection future et hypothétique de la santé collective. Elle est néanmoins contrainte, au regard du consensus international né de la condamnation des expérimentations menées durant la Deuxième guerre mondiale, d'assurer la protection des personnes qui se prêtent à la recherche. L'exercice est difficile, dans la mesure où la recherche, selon S. PARICARD, de par sa nature pionnière, évolutive, aléatoire, fuyante, se prête mal à être un objet précisément enserré dans les mailles du filet juridique¹⁰⁷⁶. D'où la mission délicate du législateur, qui doit tout à la fois protéger la personne et ne pas entraver les progrès d'une recherche appelée à diminuer les malheurs des hommes¹⁰⁷⁷.

Trois régimes juridiques sont distingués par la loi française en fonction de l'atteinte portée à la nécessité médicale individuelle de l'intervention et, partant, du risque naturellement associé à tout acte médical, quelle que soit sa finalité¹⁰⁷⁸. Les recherches dites « non interventionnelles » sont celles qui ne comportent aucun risque ni contrainte, et dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle. La nécessité médicale avérée se conjugue ici avec la nécessité scientifique. Les recherches dites « interventionnelles » peuvent relever de deux situations. Soit elles comportent des risques et

¹⁰⁷² PIAZZON T., Chronique de droit privé, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/1, n°42, p.161, spéc. p. 167.

¹⁰⁷³ C. const., 1^{er} août 2013, n°2013-674 DC, *Constitutions* 2013, p. 443, chron. X. Bioy.

¹⁰⁷⁴ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *ibid.*, p. 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* p. 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 1994, p. 831 ; *ibid.*, p. 840, obs. J. Hauser.

¹⁰⁷⁵ GALLOUX J.-C., GAUMONT-PRAT H., Droits et libertés corporels, *D.* 2014, p. 843.

¹⁰⁷⁶ PARICARD S., La recherche médicale et le droit: une relation ambivalente, *RDSS* 2009, p. 98.

¹⁰⁷⁷ BERNARD J., *La bioéthique*, Flammarion 1994, p. 102.

¹⁰⁷⁸ Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine, *JORF* du 17 juin 2016.

des contraintes minimales¹⁰⁷⁹, soit elles comportent une intervention non justifiée par la prise en charge habituelle. On comprend que dans la première situation la nécessité médicale est conciliée avec la nécessité scientifique. Dans la seconde situation, qui correspond à celle des recherches « sans finalité thérapeutique directe » de la loi *Huriet*¹⁰⁸⁰, la nécessité médicale est absente, puisque le sujet concerné par l'intervention médicale est sain : le critère justificatif du diagnostic fondant l'intervention médicale fait défaut. Elle ne peut dès lors être fondée que sur la finalité scientifique.

262. Nonobstant la détermination des conditions de mise en œuvre de la recherche en référence au consensus international¹⁰⁸¹, il est intéressant de constater l'analogie opérée par le législateur français avec les conditions de la réalisation d'actes médicaux justifiés par une nécessité médicale « de droit commun ». Ainsi du critère de la soumission de la réalisation de la recherche au « dernier état des connaissances scientifiques »¹⁰⁸², comme les actes de prévention de diagnostic ou de soin sont soumis aux connaissances médicales avérées ou aux données acquises de la science¹⁰⁸³. Ainsi de l'exigence que le risque prévisible encouru ne soit pas hors de proportion avec le bénéfice escompté par les personnes ou pour l'intérêt de la recherche, comme les actes traditionnels ne doivent pas faire courir au malade de risque disproportionné par rapport au bénéfice espéré. On constatera, s'agissant de la recherche, que le risque pour la personne n'est plus uniquement mis en balance avec l'intérêt pour sa santé, mais avec l'intérêt de la recherche. Le consentement au risque peut dès lors être motivé par un intérêt supérieur et extérieur à l'intérêt personnel, et qui n'est pas encore un intérêt sanitaire collectif avéré. On peut s'interroger sur le sens d'un tel consentement, de surcroît si l'on admet que dans le cadre d'une expérimentation les risques ne sont nécessairement pas connus¹⁰⁸⁴. La recherche est même, par essence, un espace de doute et d'incertitude, qui limite par définition le champ de l'information qui seule peut permettre le consentement libre et éclairé. On peut dès lors se demander avec M. GOBERT citée par S. PARICARD, si « à vouloir

¹⁰⁷⁹ Dont la liste est fixée par arrêté du ministre de la santé, après avis du directeur général de L'ANSM.

¹⁰⁸⁰ Loi n°88-1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JORF* du 22 déc. 1988, p. 16032.

¹⁰⁸¹ Code de Nuremberg (1947), Déclaration d'Helsinki (1964), Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (1997), Convention d'Oviedo (1997), Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000).

¹⁰⁸² CSP, art. L.1121-2.

¹⁰⁸³ Respectivement CSP, art. L.1110-5 et R.4127-32.

¹⁰⁸⁴ L'expérimentation peut même avoir pour finalité la manifestation d'effets indésirables : c'est le sens des évaluations de toxicité lors d'une première administration d'un médicament chez l'homme (essai clinique dit de phase I).

respecter ces principes, on ne nourrit pas une utopie que l'on serait pourtant condamné à entretenir pour ne pas entraver le travail des hommes de science et donc le progrès de celle-ci »¹⁰⁸⁵. Il convient cependant de préciser que la loi affirme la supériorité de l'intérêt des personnes sur l'intérêt des sciences et de la société¹⁰⁸⁶, conformément aux exigences de l'article 3 de la Convention d'Oviedo¹⁰⁸⁷ qui lie désormais le législateur français¹⁰⁸⁸, et s'inscrit ainsi en garantie contre le risque de réification de la personne humaine. La pesée des intérêts en jeu, si elle ne peut y être réduite, doit se fonder que sur une compétence médicale ; le médecin investigateur, chercheur et scientifique, retrouve alors sa mission de garant de la protection de l'intérêt de son patient.

La recherche médicale paraît en définitive fondée sur une nécessité scientifique au service d'une nécessité médicale collective présumée, dont la congruence avec la nécessité médicale individuelle est à géométrie variable et fortement liée à la notion de risque. Lorsque le risque né du doute du chercheur disparaît, l'aboutissement de la recherche se manifeste par l'extension du champ de la nécessité médicale.

Section 2 : L'extension du champ de la nécessité médicale

263. Les finalités de prévention, de diagnostic et de soin qui sous-tendent la nécessité médicale sont par définition influencées, dans leur contenu, par l'évolution des connaissances scientifiques. La nécessité médicale justifie dès lors de nouvelles activités médicales, qui se développent particulièrement dans deux domaines : la médecine de l'anticipation (§1) et la médecine de l'amélioration (§2).

¹⁰⁸⁵ GOBERT M., in : *Génétique, procréation et droit, Actes du colloque*, Actes Sud 1985, p. 167, cité par PARICARD S., *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ CSP, art. L.1121-2, al. 2.

¹⁰⁸⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *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*, 1997.

¹⁰⁸⁸ THIERRY D., La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS* 2012, p. 839.

§1. La médecine de l'anticipation

264. L'amélioration de la connaissance des processus physiopathologiques, qui peuvent désormais être explorés à l'échelle infra cellulaire génétique, associée à l'essor et à la performance croissante des techniques biologiques, permettent d'envisager la prévention, le diagnostic et les soins sous un nouveau jour. Le diagnostic, fondement de la nécessité médicale qui légitime la décision médicale, ne se limite plus à la détection d'une maladie, mais concerne également la prévision ou la prédiction d'une maladie à venir. Marquée par une approche probabiliste, cette médecine de l'anticipation a trouvé ses premières applications en matière de médecine anténatale (A), avant de se singulariser en une « médecine prédictive » (B).

A. La médecine anténatale

265. La prise en charge sanitaire de la grossesse a connu depuis les dernières décennies une médicalisation croissante. Alors qu'elle procède d'un processus naturel et physiologique, ce qui la place en théorie hors du champ de la pathologie, force est de constater que les interventions médicales autour de la grossesse et de l'accouchement se sont accrues, justifiées par la volonté légitime de combattre les morbidités fœtale et maternelle. La prévention de ces complications, fondant la nécessité médicale de ces interventions, a connu des évolutions majeures à mesure du progrès des techniques diagnostiques anténatales. Elle a par ailleurs été soumise à de nouvelles questions du fait de l'avènement des techniques d'assistance médicale à la procréation, qui permettent la création et la sélection d'embryons *in vitro*. La nécessité médicale qui justifie la mise en œuvre de ces techniques diagnostiques anténatales mérite donc d'être interrogée.

266. On doit distinguer le diagnostic prénatal (DPN) du diagnostic préimplantatoire (DPI), celui-ci ne pouvant être réalisé que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (AMP), avant d'aborder le diagnostic préimplantatoire spécialement prévu à l'article L.2131-4-1 CSP.

Le diagnostic prénatal s'entend 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. En cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple sont pris en charge par un médecin et orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Ils reçoivent, sauf opposition de leur part, des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectée, les moyens de la détecter et les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né¹⁰⁸⁹. Ainsi défini par la loi, le DPN semble s'inscrire dans la finalité diagnostique classique qui justifie l'acte médical à visée préventive ou curative réalisé en fonction de l'affection diagnostiquée. Cette lecture *a priori* mérite toutefois d'être tempérée. Si l'on se réfère à l'architecture du code de la santé publique, les dispositions relatives aux diagnostics anténataux (DPN et DPI) sont codifiées au titre III du livre premier¹⁰⁹⁰ de la deuxième partie¹⁰⁹¹, qui concerne les « actions de prévention concernant l'enfant ». Elles en constituent le premier chapitre, avec celles relatives au carnet de santé et aux examens obligatoires (chapitre deux) et celles relatives à l'alimentation (chapitre trois). Le DPN doit dès lors être considéré, au moins au regard de l'ordonnancement des textes, comme réalisé au seul bénéfice de l'enfant. Cela se conçoit sans problème s'agissant par exemple de pathologies accessibles à une chirurgie *in utero* ou, de manière moins exceptionnelle, à une chirurgie du *post partum* immédiat, ou encore concernant la prévention contre la transmission d'agents tératogènes¹⁰⁹². Le bénéfice pour l'enfant à naître devient plus difficile à percevoir dès lors qu'une autre alternative est envisagée en fonction du diagnostic : celle de l'interruption de la grossesse. L'interruption de grossesse pour motif médical est autorisée sans restriction de terme, dès lors que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, ou s'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 diagnostic¹⁰⁹³. La mise en œuvre d'une telle interruption de grossesse répond au principe de nécessité médicale entendue dans sa finalité préventive et thérapeutique en ce qui concerne le péril grave pour la santé de la femme. Dans l'autre hypothèse, la condition légale est, au critère d'incurabilité près, la même que celle qui définit l'objet du DPN : une affection d'une particulière gravité. Émerge alors un paradoxe à concevoir le diagnostic anténatal comme institué au bénéfice de la santé de l'enfant quand, de par la définition même de son objet, il a pour effet de permettre la justification de la

¹⁰⁸⁹ CSP, art. L.2131-1, I et III, al. 2.

¹⁰⁹⁰ Protection et promotion de la santé maternelle et infantile.

¹⁰⁹¹ Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant.

¹⁰⁹² De nature à provoquer des malformations.

¹⁰⁹³ CSP, art. L.2213-1, al. 1^{er}.

suppression de celui-ci. Si la qualification d'une nécessité médicale « vraie » telle que définie *supra* peut donc être retenue à l'égard du DPN qui ne se soldera pas par une interruption de grossesse, la réalisation d'une telle interruption l'inscrit dans une nécessité artificielle qui peut être assimilée à celle qui justifie la mise en œuvre d'une technique d'AMP ou d'une IVG.

267. La même réflexion peut être menée s'agissant du diagnostic préimplantatoire réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*. Il est autorisé à titre exceptionnel lorsqu'a été médicalement établi le fait que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Cette condition suppose l'identification préalable et précise d'anomalies responsables de la maladie chez des ascendants, et le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter¹⁰⁹⁴. En d'autres termes, le DPI revient à opérer un tri parmi les embryons obtenus via une technique d'AMP, pour ne transférer que les embryons indemnes de la pathologie considérée. Cet objectif est en cohérence avec l'indication d'AMP visant à éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant¹⁰⁹⁵. Il reste cependant difficile d'articuler cette finalité avec un quelconque bénéfice sanitaire pour l'enfant à naître, la technique étant justement mise en œuvre pour éviter la naissance d'un enfant atteint par la pathologie. En témoigne d'ailleurs la rédaction de l'article L.2131-4, al. 8 CSP¹⁰⁹⁶, qui fait de la possibilité d'une interruption de la grossesse la justification privilégiée du DPI. On constatera à cet égard que le DPI cumule dans son objet les conditions diagnostique de particulière gravité et pronostique d'incurabilité de la pathologie au moment du diagnostic, exigées pour une interruption médicale de grossesse. Ici encore, pour des motifs humainement légitimes, tenant à la souffrance des couples confrontés à la naissance d'un enfant malade, le législateur procède à une distorsion de la notion de nécessité médicale. Paradoxalement, le droit sanitaire français réintroduit une nécessité médicale s'apparentant au « droit commun » dans le cadre du régime exceptionnel que constitue le DPI visé à l'article L.2131-4-1, qui concerne la situation des enfants dits « médicaments » ou « du double espoir

¹⁰⁹⁴ CSP, art. L.2131-4.

¹⁰⁹⁵ CSP, art. L.2141-2, al. 1^{er}.

¹⁰⁹⁶ « En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 [...]. »

». Cette technique consiste en un DPI associé à une étude d'histocompatibilité (typage HLA), visant à sélectionner, à des fins thérapeutiques au bénéfice d'un frère ou d'une sœur aînés atteints d'une pathologie grave et incurable, un embryon sain (DPI) et compatible (HLA), avant transfert *in utero*. Cet acte médical, conçu par le législateur et les scientifiques comme une hypothèse hors norme¹⁰⁹⁷, et s'inscrivant dans un régime doublement dérogatoire, répond pourtant à une finalité thérapeutique pour autrui, qui le replace dans le droit commun de la nécessité médicale. Certes les moyens employés sont extrêmes, puisqu'il s'agit rien moins que de créer un nouvel individu afin de soigner un tiers ; il reste que la finalité s'inscrit dans les conditions de l'article 16-3 C. civ., au même titre que l'utilisation des éléments et produits du corps humain. L'expression de diagnostic préimplantatoire thérapeutique pour autrui peut donc être retenue¹⁰⁹⁸.

268. Les techniques de diagnostic anténatal semblent en définitive devoir répondre à une nécessité médicale hétérogène. Si elles s'inscrivent *a priori* dans une finalité classique de diagnostic en vue d'actes de prévention ou d'actes thérapeutiques, il demeure que leur mise en œuvre répond, au moins pour partie, à la demande de la femme ou du couple de pouvoir faire le choix de l'interruption de grossesse pour motif médical. Elles paraissent alors difficilement conciliables avec l'intérêt sanitaire de celui sur lequel elles sont pratiquées – l'enfant à naître – proclamé par la législation sanitaire. Au contraire, ces techniques semblent-elles répondre non seulement au désir d'enfant, mais encore au désir d'enfant sain. Le droit est ainsi conduit à évoluer sur une ligne de crête, afin de concilier ces avancées techniques avec le principe de prohibition de l'eugénisme¹⁰⁹⁹, par ce que la doctrine¹¹⁰⁰ a pu qualifier de « lois suiveuses », en ce qu'elles restent soumises aux évolutions politiques et sociales, ainsi qu'aux progrès techniques. L'eugénisme est en effet une dérive surveillée dès qu'un choix embryonnaire est envisagé¹¹⁰¹, ce qui est *in fine* l'objet des diagnostics anténataux. Les critères légaux de particulière gravité et d'incurabilité associés à la recherche de la seule pathologie suspectée semblent être des gardes fous à une telle dérive. Le droit à l'enfant sain s'analyse alors davantage en un droit des parents à un enfant qui ne serait pas irrémédiablement condamné

¹⁰⁹⁷ CHEYNET DE BEAUPRE A., Le bébé du double espoir, *D.* 2011, p. 603.

¹⁰⁹⁸ BELLIVIER F., Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique, *LPA*, 18 févr. 2005, p. 12.

¹⁰⁹⁹ C. civ., art. 16-4.

¹¹⁰⁰ PARICARD S., La recherche médicale et le droit: une relation ambivalente, *RDSS* 2009, p. 98.

¹¹⁰¹ CHEYNET DE BEAUPRE A., *op. cit.*

dès sa naissance par une maladie incurable qu'ils savent pouvoir lui transmettre¹¹⁰², droit reconnu par la CEDH au regard des stipulations de l'article 8 de la convention EDH¹¹⁰³.

269. Le risque d'une dérive eugénique n'est cependant pas totalement écarté, si l'on considère l'évolution des comportements médicaux et les conditions d'accès aux techniques de biologie moléculaire. S'agissant des comportements médicaux, deux écueils peuvent être identifiés. Le premier est celui du glissement, condamné par J.-F. MATTEI, d'un diagnostic anténatal procédant d'une démarche personnalisée répondant à la demande d'une femme ou d'un couple, vers une démarche systématique et anonyme visant l'éradication de maladies par la suppression des malades¹¹⁰⁴. Une telle évolution est constatée en France, s'agissant du dépistage désormais banalisé de la trisomie 21, puisque systématiquement proposé aux femmes enceintes depuis 2009, le plus souvent réalisé, et qui conduit dans plus de 80% des cas de diagnostic positif à une interruption de grossesse. Cette dimension collective de l'approche diagnostique se combine également, toujours selon le pédiatre généticien, avec une relativisation des stricts critères de particulière gravité, de certitude diagnostique et d'incurabilité par les praticiens : « étape après étape, sans jamais avoir éprouvé vraiment le sentiment de franchir un seuil décisif, nous en sommes venus à prendre en considération des situations qui ne devraient pas relever du diagnostic prénatal »¹¹⁰⁵. L'érosion de la rigueur des critères exigés par le législateur dans la mise en œuvre de ces techniques témoigne de la fragilité d'une norme juridique essentiellement fondée sur des références au diagnostic et au pronostic, qui confèrent aux médecins un pouvoir et une marge d'appréciation considérables.

270. S'agissant de l'accès aux techniques de biologie moléculaire, il est désormais possible de réaliser des tests génétiques fœtaux de manière moins invasive¹¹⁰⁶ par étude du sang maternel, qui contient de l'ADN fœtal dit circulant. Ces tests sont à l'heure actuelle indiqués en complément du dépistage de la trisomie 21¹¹⁰⁷ selon les méthodes classiques (marqueurs sériques et échographie), et permettent, en cas de négativité, de surseoir à l'amniocentèse qui

¹¹⁰² MARGNENAUD J.-P., Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs, *RTD civ.* 2012, p. 697.

¹¹⁰³ CEDH, 28 août 2012, n°54270/10, *Costa et Pavan c. Italie*, D. 2012, p. 1963, *AJ fam.* 2012, p. 552, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.* 2012, p. 697, obs. J.-P. Marguénaud.

¹¹⁰⁴ MATTEI J.-F., L'homme, la génétique et le diagnostic prénatal, *Laennec* 2015, p. 9.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ Par comparaison avec une amniocentèse par exemple.

¹¹⁰⁷ Les tests proposés permettent également le dépistage des trisomies 13 et 18.

seule permet la réalisation d'un caryotype fœtal mais est associée à un risque élevé de fausse couche (1%). Les réserves quant à une dérive eugénique qui résulterait de la recommandation d'une généralisation de ces tests sont les mêmes que celles qui concerne les méthodes classiques de dépistage¹¹⁰⁸. De nouveaux risques peuvent cependant être identifiés, qui tiennent aux conditions dans lesquelles ces tests peuvent être réalisés. S'ils supposent la réalisation d'un prélèvement sanguin, qui nécessite l'intervention d'un professionnel de santé, la réalisation de l'analyse fait l'objet d'un véritable marché à l'échelle internationale, favorisé par l'Internet¹¹⁰⁹, ce qui paraît peu propice à un suivi et à des conseils individualisés. Par ailleurs, l'analyse de l'ADN fœtal circulant peut être réalisée dès la dixième semaine d'aménorrhée. On peut dès lors envisager qu'une femme enceinte pourrait faire séquencer le génome de son fœtus par un laboratoire étranger sollicité via l'Internet, et, le cas échéant pourrait prendre connaissance d'une anomalie avant l'expiration du délai légal de l'IVG en France (quatorze semaines d'aménorrhée). Une décision d'interruption de grossesse pourrait donc être prise sur la base des résultats de telles analyses, dans le cadre de l'IVG et non dans celui de l'interruption pour motif médical, donc sans qu'aucune information concernant la gravité, ou l'incurabilité de la pathologie n'ait pu être délivrée à la femme ou au couple. Il en résulterait une démedicalisation du diagnostic prénatal, ultime avatar de l'altération de la notion de nécessité médicale.

Si la médecine de l'anticipation s'est initialement développée en matière de détermination de l'état de santé de l'enfant à naître, son champ s'est progressivement élargi à ce qu'il est désormais convenu d'appeler la médecine prédictive, qui conduit à dépasser l'être pour saisir le destin biologique de la personne et de sa descendance¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ CCNE, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*, n°120 du 25 avr. 2013.

¹¹⁰⁹ Il existe des sites de comparaison des tarifs des laboratoires proposant ce type d'analyse. V. sur ce sujet : ANASTASOVA V., RIAL-SEBBAG E., Les tests génétiques en accès libre : quelle protection pour le consommateur européen?, *RDSS* 2012, p. 817.

¹¹¹⁰ VACARIE I., Examens génétiques et médecine prédictive, *RDSS* 1993, p. 429.

B. La médecine prédictive

271. La médecine prédictive telle que définie par J. RUFFIE¹¹¹¹ et J. DAUSSET¹¹¹² vise à déterminer les caractéristiques indiquant une propension individuelle à être atteint par une maladie donnée, de manière à pouvoir soustraire spécifiquement chaque individu aux risques qu'il encourt. Il s'agit d'une démarche distincte du dépistage précoce puisqu'elle prétend porter un diagnostic de sensibilité avant l'éclosion des symptômes cliniques¹¹¹³. La médecine prédictive constitue donc un nouveau développement de la nécessité médicale envisagée dans ses finalités de prévention, de diagnostic et de soins, autorisé par la mobilisation de techniques nouvelles permettant notamment l'examen des caractéristiques génétiques de la personne. Si elle s'inscrit donc dans la continuité de la nécessité médicale de droit commun, elle se distingue en ce qu'elle repose sur une évaluation personnalisée. Alors que l'approche traditionnelle de la médecine vise à situer une situation pathologique individuelle dans un cadre normatif général via le diagnostic, la médecine prédictive y ajoute une modulation individuelle fondée sur les caractéristiques personnelles du sujet, à même d'influer sur l'action médicale préventive ou curative. La finalité de la médecine prédictive est donc bien de permettre, par une approche probabiliste individualisée, l'identification de facteurs de risques de survenue de maladie. L'identification de ces facteurs de risque permet d'anticiper une situation pathologique, et donc de la prévenir, de sorte que la personne concernée échappe à la prédiction¹¹¹⁴.

272. La nécessité médicale de la médecine prédictive a été fondée par le droit en deux temps, qui correspondent au traitement juridique des risques attachés à l'utilisation de ces techniques, risques tenant à la possibilité qu'elles offrent de connaître les déterminants les plus intimes de la vie et de la santé de la personne.

Le premier temps est celui de la loi du 29 juillet 1994¹¹¹⁵, qui a explicitement limité l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne aux seules fins médicales ou de recherche scientifique. L'article 16-10 C. civ. définit donc sans ambiguïté la finalité du recours à ces

¹¹¹¹ RUFFIE J., *Naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob 1993, p. 60.

¹¹¹² DAUSSET J., La bioéthique et la médecine prédictive, *Revue de l'infirmière* 1993, n°8, cité par VACARIE I., *op. cit.*

¹¹¹³ MEYER P., TRIADON P., *Leçons d'histoire de la pensée médicale*, Odile Jacob 1996, 397 p.

¹¹¹⁴ LENEVEU M.-C., *Médecine prédictive et santé parfaite : d'une visée salutaire à une visée eugénique...*, *Éthique et Santé* 2009, p. 193.

¹¹¹⁵ Loi n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* du 30 juill. 1994 p. 11056.

techniques, qui constituent le support de la médecine prédictive. Il faut toutefois noter que le projet de loi initial comportait une dérogation, dans la mesure où il ajoutait aux finalités médicale et de recherche, « les cas prévus par la loi ». La doctrine antérieure à l'adoption du texte définitif y avait vu un risque d'utilisation de ces techniques à d'autres fins, telles que la vérification du sexe de concurrents lors d'épreuves sportives, ou encore, en matière de contrat d'assurance, afin d'apprécier la nature exacte des risques pris en charge¹¹¹⁶. L'adoption de l'article 16-10, al. 1^{er} C. civ. sans référence aux « cas prévus par la loi » dérogatoires n'a cependant pas suffi à dissiper les doutes de la doctrine quant au risque de détournement de ces techniques et au risque de discrimination qui pouvait résulter de leur usage. S'agissant des risques de détournement, la dérive eugénique était bien évidemment redoutée, la détermination d'un potentiel pathologique pouvant justifier la sélection des sujets via le recours à l'interruption de grossesse dans le cadre du diagnostic anténatal (*cf. supra* : A.). Un autre dévoiement pouvait également être craint, tenant à justifier des mesures coercitives préventives à l'égard de présumés délinquants, sur la base de la détermination d'un potentiel violent ou déviant. A ces risques, s'associait celui de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques de la personne, déjà évoqué en matière d'assurance, au nom de l'échange loyal et réciproque d'informations, élément déterminant du contrat d'assurance. En effet, la limitation de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales ou de recherche n'excluait pas, selon un auteur, que cette information médicale puisse être communiquée à l'assureur. La connaissance d'un risque génétique par le seul assuré aurait en effet abouti à un déséquilibre de la relation contractuelle au détriment de l'assureur et des autres assurés¹¹¹⁷. Ce même auteur identifiait également un risque de discrimination à l'emploi, dérive considérée comme non hypothétique, notamment au regard de refus d'embauche constatés aux États-Unis en raison de résultats de tests génétiques¹¹¹⁸.

273. Ces craintes ont été dissipées par le second temps de la consécration législative de la nécessité médicale de la médecine prédictive, mis en œuvre par la loi du 4 mars 2002. La loi *Kouchner* insère dans le code civil un article 16-13 aux termes duquel nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques. Elle ajoute ensuite à la liste des motifs visés à l'article 225-1 C. pén., la qualification de discrimination fondée sur les

¹¹¹⁶ VACARIE I., *op. cit.*

¹¹¹⁷ DABURON C., *Médecine prédictive: les dangers d'un nouveau pouvoir*, *RDSS* 2001, p. 453.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

caractéristiques génétiques de la personne, laquelle est également ajoutée aux dispositions de l'article L.122-45 C. trav.¹¹¹⁹. Enfin, elle crée un nouvel article L.1141-1 CSP qui interdit aux entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès de tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord¹¹²⁰. L'ensemble de ces dispositions, parce qu'elles condamnent les distinctions opérées entre les personnes en considération de leurs caractéristiques génétiques, autorisent la doctrine à affirmer la positivité, dans le droit français, d'un principe de non-discrimination en raison des caractéristiques génétiques¹¹²¹.

274. L'ensemble du corpus normatif relatif à l'examen des caractéristiques génétiques construit au terme de ces deux temps législatifs inscrit donc la pratique de ces actes dans une nécessité strictement médicale, qu'ils soient mis en œuvre au bénéfice de la santé individuelle, ou à celui de la santé collective dans le cadre de la recherche. Cette affirmation législative de la nécessité médicale de la médecine prédictive, justifiée par des motifs d'ordre public, ne doit cependant pas dispenser d'une approche plus pragmatique, qui laisse à voir un nouvel espace de liberté pour le médecin. Les potentialités de la médecine prédictive doivent en effet être relativisées, dans la mesure où si certaines maladies monogéniques permettent un diagnostic de relative certitude en application des lois de MENDEL, de nombreuses affections sont en réalité multifactorielles. Ainsi, un gène correspond-il à un facteur de détermination biologique dont l'expression et la signification fonctionnelle dépendent souvent de l'influence des autres gènes et de l'environnement du sujet, par définition imprévisible à long terme¹¹²². Si dans la première hypothèse la médecine prédictive peut effectivement prédire, le cas échéant prévenir voir guérir, dans la seconde, elle ne se prononcera qu'en termes de probabilité. C'est donc sur la base de ces probabilités, qui n'ont de valeur qu'à une échelle populationnelle de référence, que pourront être prises des décisions médicales. Au-delà de sa dimension probabiliste, la médecine prédictive trouve une autre limite dans les possibilités d'intervention préventive ou

¹¹¹⁹ Devenu L.1132-1. Il convient d'en limiter la portée s'agissant de l'éventuelle utilisation des informations relatives aux caractéristiques génétiques du salarié dans le cadre du contrôle de l'aptitude réalisé par le médecin du travail (L.1133-5 C. trav.).

¹¹²⁰ En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci.

¹¹²¹ VACARIE I., Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques, *RDSS* 2005, p. 195.

¹¹²² CCNE, *Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention*, n°46 du 30 oct. 1995.

curative qui sont offertes au médecin. Dans de nombreuses situations, si le diagnostic peut être retenu, y compris avec un haut degré de certitude, il n'existe aucun moyen de prévenir ou de soigner l'affection qui ne s'est pas encore manifestée. Or, selon M.-C. LENEVEU, la médecine prédictive procède d'une prédiction scientifique qui se distingue de ses formes anciennes, considérées comme irrationnelles, en étant orientée vers l'action¹¹²³. Cette dimension finaliste est également relevée par le CCNE, pour lequel cette médecine de prévision a vocation à être une médecine de prévention¹¹²⁴. La nécessité médicale de sa mise en œuvre doit dès lors être appréciée par le médecin au regard des principes de nécessité du dépistage à l'action de prévention, et de proportionnalité de l'atteinte à l'intimité de la vie privée à l'intérêt sanitaire poursuivi¹¹²⁵. C'est dans cette appréciation que se manifeste la liberté du médecin, qui consiste le cas échéant à ne pas mettre en œuvre la technique au motif de l'absence de perspectives préventives ou curatives en cas de diagnostic positif. On peut en effet s'interroger sur le sens du diagnostic pour le sujet si le médecin ne peut lui offrir aucune perspective, en dehors de la connaissance de la survenue inéluctable de la pathologie ou de la transmission d'un gène malade à sa descendance. Si la connaissance contribue à la liberté et à l'autonomie de la personne, on peine à considérer la connaissance d'une telle menace comme libérateur. Il en résulte une transformation du concept même de maladie qui installe l'individu dans un état transitoire anxiogène, entre santé et la maladie¹¹²⁶. La nécessité médicale de la médecine prédictive consacrée par le législateur ne constitue en définitive qu'un espace de liberté au sein duquel le médecin doit pouvoir choisir l'abstention quand, malgré le diagnostic, les perspectives concrètes de prévention et de soin sont inexistantes, afin de ne pas contribuer à enfermer son patient dans un déterminisme délétère.

Si les capacités techniques de la médecine permettent d'élargir le champ de la nécessité médicale par l'anticipation, elles en repoussent encore les limites en permettant désormais d'envisager l'amélioration des performances de l'être humain. L'exercice de la médecine acquiert alors une dimension prométhéenne qui interroge, encore une fois, la nécessité médicale.

¹¹²³ LENEVEU M.-C., *op. cit.*

¹¹²⁴ CCNE, *op. cit.*

¹¹²⁵ VACARIE I., Examens génétiques et médecine prédictive, *RDSS* 1993, p. 429

¹¹²⁶ LENEVEU M.-C., *op. cit.*

§2. La médecine de l'amélioration

275. L'analyse de la nécessité médicale qui justifie la décision médicale a permis de dégager, à côté d'une nécessité vraie fondée sur un diagnostic motivant l'intervention ou l'abstention médicale, une nécessité artificielle, qu'elle procède d'une manifestation de volonté du patient, ou d'un intérêt collectif. Si le progrès des techniques mobilisées par la médecine permet l'anticipation de la maladie, il offre également la possibilité de dépasser les limites de la physiologie. Se profile alors, au-delà de l'homme « réparé » (A), un homme « augmenté » (B).

A. L'homme réparé

276. Les moyens diagnostiques et thérapeutiques utilisés dans la pratique médicale actuelle se caractérisent par une dimension technique croissante. Cette technicisation du savoir-faire médical permet de repousser, semble-t-il sans cesse, les limites de l'intervention médicale protectrice de la santé, en même temps qu'elle déplace le centre de gravité de l'exercice de l'art médical vers son pôle technique et scientifique. Ainsi est-il frappant de constater que les médecins chercheurs et praticiens puissent parler de corps « réparé » et plus de corps soigné ou guéri¹¹²⁷. La prise en charge médicale ainsi envisagée porte incontestablement le témoignage, sinon de la réalité, au moins d'un risque de réification de l'être humain, réduit à un corps-machine dont les composants faillibles peuvent être réparés ou remplacés. Cette conception mécaniciste de l'être humain n'est cependant pas qu'une fiction et a interrogé le législateur quant à la nécessité médicale qui pouvait justifier un certain nombre d'actes médicaux, ainsi qu'aux situations dans lesquelles une telle nécessité ne pouvait être consacrée.

277. La première hypothèse concerne l'utilisation des éléments et produits du corps humain. Il s'agit ici d'envisager l'usage de ces éléments et produits dans une finalité thérapeutique, qui suppose que le bénéficiaire de l'acte médical ne soit pas celui – en tout cas pas uniquement – à l'intégrité physique duquel il est porté atteinte. La réalisation de ce type d'acte était de longue date autorisée par le code de santé publique, sans que la loi civile en ait tiré toutes les conséquences, dans la mesure où dans sa rédaction initiale, l'article 16-3 C. civ. n'autorisait

¹¹²⁷ CHNEIWEISS H., Cerveau préservé, réparé, amélioré, *Méd. & Droit* 2011, p. 48 ; CHNEIWEISS H., *L'homme réparé*, Plon 2012, 224 p.

l'atteinte à l'intégrité physique que dans l'intérêt thérapeutique de la personne, la modification de l'épithète – médicale – intervenue en 1999¹¹²⁸ étant indifférente. Il existait donc un découplage entre les principes énoncés par la loi générale et les actes autorisés par les textes techniques. L'harmonisation des dispositions civiles et sanitaires a été opérée à l'occasion de la révision des lois bioéthiques survenue en 2004, qui a autorisé l'atteinte à l'intégrité physique de la personne dans l'intérêt thérapeutique d'autrui¹¹²⁹. Cette extension du champ de la nécessité médicale n'est cependant que partielle, puisque soumise à un double tempérament. D'une part, elle relève d'un régime dérogatoire au régime « de droit commun » de la nécessité médicale si l'on s'en tient au caractère d'exception retenu par le législateur ; d'autre part, elle se limite à la seule finalité thérapeutique. Il n'en demeure pas moins que l'inviolabilité du corps humain peut s'incliner devant l'altruisme ou la solidarité familiale¹¹³⁰ dont témoigne le don, puisque c'est bien la situation de l'utilisation des éléments et produits du corps humain qui était visée par le législateur.

Les dispositions du code de la santé publique énoncent, de manière *a priori* redondante, la finalité thérapeutique de l'utilisation du sang, des organes, des tissus, cellules et produits du corps humain¹¹³¹. La lecture attentive des textes y verra une autre condition à l'utilisation : le don, c'est-à-dire la prohibition d'un prélèvement qui serait motivé par une finalité personnelle future incertaine¹¹³². La question s'est posée avec acuité s'agissant du prélèvement de sang de cordon ombilical (ou sang placentaire) et de son utilisation autologue. Le sang de cordon présente en effet un intérêt thérapeutique dans le traitement de certaines pathologies hématologiques du fait de sa richesse en cellules souches hématopoïétiques, par ailleurs « naïves » du point de vue immunologique, ce qui en fait une alternative intéressante à la greffe de moelle osseuse. L'utilisation autologue (c'est-à-dire au bénéfice de celui sur lequel il a été prélevé) du sang de cordon ombilical n'a à l'heure actuelle aucun intérêt médicalement démontré¹¹³³. Pour autant, certains opérateurs privés étrangers proposent de le recueillir et de le stocker contre rémunération, dans la perspective d'une utilisation autologue future qui serait

¹¹²⁸ Loi n°99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF* du 28 juill. 1999, p. 11229.

¹¹²⁹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* du 7 août 2004 page 14040.

¹¹³⁰ HENNION-JACQUET P., Le paradigme de la nécessité médicale, *RDSS* 2007, p. 1038.

¹¹³¹ Respectivement CSP, art. L.1221-1, L. 1231-1 et L.1241-1.

¹¹³² A différencier de la transfusion autologue.

¹¹³³ CCNE, *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*, n°74, 12 déc. 2002 ; CCNE, *Utilisation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, du cordon lui-même et du placenta et leur conservation en biobanque*, n°117 du 19 avr. 2012 ; ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Les banques de sang de cordon autologue*, Rapport du 19 nov. 2002 ; CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthiques*, *La Documentation française* 2009, p. 82.

permise par une « médecine régénérative » visant l'immortalité. Le régime juridique applicable au sang de cordon issu de la loi du 6 août 2004 le considérait comme un résidu opératoire et n'excluait pas son utilisation à des fins thérapeutiques, y compris autologue dans le silence de la loi¹¹³⁴. Ce régime a été modifié par la loi du 7 juillet 2011¹¹³⁵, qui crée un 4^e alinéa à l'article L.1241-1, au terme duquel le sang de cordon ne peut être utilisé qu'à des fins thérapeutiques et scientifiques et s'il est destiné à un don anonyme¹¹³⁶ et gratuit, ce qui exclut l'usage autologue. La conformité de ces dispositions aux principes à valeur constitutionnelle d'égalité devant la loi, de liberté personnelle et de protection de la santé a été confirmée par le Conseil constitutionnel sur QPC dans le cadre du contentieux d'une demande d'installation d'un opérateur privé sur le territoire national¹¹³⁷. Le législateur a donc défini, à côté de la nécessité médicale « de droit commun » et de la nécessité médicale artificielle, une nécessité médicale spéciale, justifiant l'atteinte à l'intégrité physique de la personne dans l'intérêt d'autrui. Dérégatoire par nature, elle ne répond qu'à la seule finalité thérapeutique et ne s'envisage que de manière altruiste, prohibant la thésaurisation des éléments et produits du corps humains dans un but égoïste.

278. La seconde hypothèse concerne les techniques auxquelles le législateur n'a pas reconnu de nécessité médicale, dessinant ainsi les limites de cette nécessité qui, au gré de l'évolution du droit et notamment du droit de la bioéthique, semblent intangibles.

La première de ces limites concerne la prohibition du clonage à visée reproductive, c'est-à-dire la technique permettant de faire naître un enfant génétiquement identique à une personne vivante ou décédée. Si cette prohibition fait l'objet d'un consensus international fort¹¹³⁸, il est intéressant de noter qu'elle n'avait pas été explicitement prévue par les lois de bioéthiques du 29 juillet 1994. Le doute n'était guère permis quant à la réalité de l'interdiction mais le législateur a condamné de manière explicite le clonage à visée reproductive à l'occasion de la

¹¹³⁴ CSP, art. L.1245-2.

¹¹³⁵ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, JORF du 8 juill. 2011 p. 11826 ; V. MARVILLE L., HAYE I., Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire, *D.* 2011, p. 2215.

¹¹³⁶ Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement.

¹¹³⁷ C. const., 16 mai 2012, n°2012-249 QPC, *Constitutions* 2012, p.474, chron. X. Bioy et E. Rial-Sebbag ; *RDSS* 2012, p. 851, note P. Lohéac-Derboulle.

¹¹³⁸ OMS, Déclaration du 11 mars 1997 UNESCO, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 nov. 1997, art. 11 ; Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juill. 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 2000/C 364/01 du 18 déc. 2000, art. 63.

révision intervenue 2004, par une modification de l'article 16-4, associée à la création d'un crime de clonage reproductif puni de 30 ans de réclusion criminelle et 7.500.000 euros d'amende¹¹³⁹. S. PARICARD souligne à juste titre que cette infraction est regroupée avec celle de crime d'eugénisme¹¹⁴⁰, toutes deux placées à mi-chemin du crime contre l'humanité, ce qui selon cet auteur reflète la répulsion spontanée et unanime inspirée par cette pratique¹¹⁴¹.

La seconde limite intangible est également issue de la loi du 6 août 2004, qui a inscrit dans le droit français l'interdiction du clonage à visée thérapeutique¹¹⁴², bien qu'elle ait pu être analysée comme moins forte que celle du clonage à visée reproductive, en ce qu'elle n'est prohibée que par des dispositions du code de la santé publique et non dans le code civil, et que sa mise en œuvre revêt une qualification délictuelle et non criminelle¹¹⁴³. Il reste que la loi française entend encadrer strictement la finalité de la création des embryons, en la limitant à la mise en œuvre d'une technique d'AMP et en excluant les finalités tendant à leur réification. Sont ainsi interdits la conception *in vitro* d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche¹¹⁴⁴ ainsi que la conception, la constitution par clonage ou l'utilisation d'embryon à des fins commerciales ou industrielles¹¹⁴⁵.

La troisième limite a été définie par la loi du 7 juillet 2011, et concerne l'interdiction de procéder à la création d'embryons transgéniques ou chimériques¹¹⁴⁶, interdiction qui n'a pas été remise en cause par la modification du régime juridique de la recherche sur l'embryon adoptée en 2013. Cette prohibition s'inscrit dans la filiation de celles du clonage à visée reproductive et du clonage à visée thérapeutique, en ce que ces techniques sont perçues par le corps social comme menaçant l'essence même de l'espèce humaine. Il faut toutefois retenir, avec P.-J. DELAGE¹¹⁴⁷, deux objections qui interrogent la portée de cette mesure. La première concerne l'absence de sanction associée à l'interdiction. La seconde concerne le fait que le législateur ne semble pas avoir envisagé que les embryons transgéniques ou chimériques soient des embryons humains, ce qui, selon cet auteur reviendrait à les priver de la protection conférée par les dispositions des articles L.2151-2 CSP et suivants.

¹¹³⁹ C. pén., art. 214-2.

¹¹⁴⁰ C. pén., art. 214-1.

¹¹⁴¹ PARICARD S., La recherche médicale et le droit: une relation ambivalente, *RDSS* 2009, p. 98.

¹¹⁴² CSP, art. L.2151-4.

¹¹⁴³ PARICARD S., *op. cit.*

¹¹⁴⁴ CSP, art. L.2151-2, al. 1^{er}.

¹¹⁴⁵ CSP, art. L.2151-3.

¹¹⁴⁶ CSP, art. L.2151-2, al. 2.

¹¹⁴⁷ DELAGE P.-J., L'interdiction de créer des embryons transgéniques ou chimériques, *Méd. & Droit* 2012, p. 111.

L'approche mécaniciste de l'être humain justifie en définitive une nécessité médicale spéciale, exceptionnelle, lorsque les éléments et produits du corps humain sont utilisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui dans le cadre du don. Une telle approche est cependant limitée par le législateur au nom du respect de l'intégrité et de la dignité de l'espèce humaine. Si des limites infranchissables à la nécessité médicale ont donc été posées, la fascination pour la performance du corps et de l'esprit représente une préoccupation nouvelle.

B. *L'homme augmenté*

279. La médecine de l'anticipation et la médecine de l'augmentation ont pour point commun de s'adresser à des sujets sains, ou du moins asymptomatiques. La première ambitionne de prévoir la survenue d'un état pathologique afin de pouvoir prendre des mesures préventives ou curatives. La seconde vise à augmenter les performances physiques et psychiques de l'homme bien portant, par la mobilisation des savoirs et des savoirs faire biomédicaux. C'est ainsi qu'est en tout cas envisagé le concept de *human enhancement*, qui procéderait de la convergence de quatre grandes techniques : nanotechnologies, biotechnologies, informatique et sciences cognitives, dite « convergence NBIC », promue par le mouvement transhumaniste¹¹⁴⁸. En somme, la médecine de l'anticipation et la médecine de l'augmentation interrogent toutes deux les notions de normal et de pathologique¹¹⁴⁹, dichotomie fondamentale qui structure la notion de santé et, partant, la nécessité médicale. On a vu *supra* que la médecine prédictive pouvait placer le sujet dans un état intermédiaire, entre normal et pathologique ; la médecine de l'augmentation dépasse la dualité normal/pathologique pour situer l'être humain dans une dimension supra normale¹¹⁵⁰. C'est l'accès à une telle dimension qui a consacré l'expression d'homme « augmenté » retenue en langue française pour traduire l'expression anglaise de *human enhancement*. Cette traduction mérite d'être discutée, tant elle peut receler une connotation négative, que ne revêt pas celle de médecine de l'amélioration. Selon E. KLEINPETER, le terme d'augmentation a été préféré en français à celui

¹¹⁴⁸ FRIPPIAT L., L'amélioration technique de l'être humain : introduction aux différents courants du débat, *Journal international de bioéthique*, 2011/3-4, n°22, p. 33.

¹¹⁴⁹ CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, 12^e éd. PUF 2013, 290 p.

¹¹⁵⁰ ROTHMAN S., ROTHMAN D., *The pursuit of perfection: the promise and perils of medical enhancement*, Pantheon 2003, p. XIII.

d'amélioration, jugé trop ouvertement axiologique et valorisant¹¹⁵¹, alors que le terme d'*enhancement* aurait pu être traduit par celui d'amélioration. Or l'amélioration est une aspiration naturelle de l'homme, qui témoigne de l'élan vital : augmenter ses capacités apparaît comme un invariant chez l'être humain¹¹⁵². Au-delà de la sémantique distinguant amélioration et augmentation, il convient de s'interroger sur la nécessité médicale qui peut les sous-tendre. Selon A.-B. CAIRE, le fil directeur que doit suivre le droit de la bioéthique en matière d'augmentation et, à sa suite, les autres branches du droit, se trouve dans la dialectique grecque opposant *charis* et *hubris*, charisme et démesure¹¹⁵³. Cette dichotomie permet à l'auteur de distinguer l'augmentation réparation – qui relèverait du *charis* – de l'augmentation amélioration – qui relèverait de l'*hubris* prométhéen, tout en les plaçant sous le régime juridique commun défini par l'article 16-3 C. civ. L'interprétation est tempérée en ce que le droit n'accepterait que les augmentations individuelles palliatives et curatives, en exigeant le critère supplémentaire d'*imitatio naturae*, ainsi qu'en témoigne par exemple l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur¹¹⁵⁴. Si nous souscrivons à la distinction réparation / amélioration, il semble que la mise en œuvre des techniques médicales qui permettent la « réparation » réponde à une nécessité médicale qui peut être assez aisément déterminée et ne relève pas à proprement parler d'une augmentation mais d'une correction. En d'autres termes, la réparation s'inscrit-elle encore dans le soin en référence à la santé, quand l'amélioration, qui procède de l'augmentation des performances humaines, dépasse la notion de santé. Il convient donc de savoir si une telle amélioration répond ou non à une nécessité médicale.

280. La nécessité médicale des procédés d'amélioration n'est pas inconnue du droit. Le régime juridique de la chirurgie esthétique et celui du dopage en sont un témoignage. Envisagée dans sa dimension purement esthétique, c'est-à-dire affranchie de toute finalité reconstructrice, la chirurgie esthétique ne répond pas à une nécessité médicale envisagée comme la finalité de l'intervention médicale mais davantage comme un moyen. Elle ne s'inscrit ni dans la prévention, ni dans le diagnostic ni dans le soin, ne répond à aucune finalité sanitaire

¹¹⁵¹ KLEINPETER E., Présentation générale. L'homme face à ses technologies : augmentation, hybridation, (trans)humanisme, in : KLEINPETER E. (dir.), *L'humain augmenté*, CNRS éditions 2013, p. 11.

¹¹⁵² PERRIAULT J., Le corps artefact. Archéologie de l'hybridation et de l'augmentation, in : KLEINPETER E. (dir.), *L'humain augmenté*, CNRS éditions 2013, p. 39.

¹¹⁵³ CAIRE A.-B., L'homme augmenté et le droit. L'éthique juridique entre *charis* et *hubris*, *Revue de la recherche juridique*, 2014, n°2, p. 655.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, spéc. 665.

collective, et ne revêt aucun caractère prédictif ou préventif. Le droit sanitaire en tire les conséquences en déterminant un régime spécial, précisé aux articles L.6322-1 et s. CSP qui, s'il ne définit pas la chirurgie esthétique, établit légalement sa nécessité médicale. Le Conseil d'État considère en effet que le législateur a entendu, par ces dispositions, créer une dérogation à celles de l'article 16-3 C. civ. afin de permettre la pratique des actes chirurgicaux à visée exclusivement esthétique¹¹⁵⁵. Ce faisant, le droit qualifie une nécessité médicale de l'amélioration, qu'il convient selon toute vraisemblance de classer parmi les nécessités artificielles.

281. *A contrario*, cette nécessité médicale est déniée à l'utilisation de moyens médicaux visant à augmenter les performances sportives, ce qu'il est convenu de nommer dopage. A l'instar de la chirurgie esthétique, le législateur n'a pas défini explicitement le dopage, qui se déduit de la violation de règles figurant au code du sport. Le code mondial antidopage procède de même, en le définissant à son article 1^{er} comme une ou plusieurs violations des règles énoncées aux articles 2.1 à 2.10 dudit code¹¹⁵⁶. La pratique des sports étant libre, l'interdiction du recours aux moyens médicaux ne s'applique que dès lors que l'activité physique s'exerce dans le cadre de compétitions organisées par des fédérations ou par des associations sportives. Pour autant, l'interdiction du dopage ne trouve pas sa seule justification dans le souci d'assurer la régularité des compétitions, auquel cas on pourrait discuter la nécessité médicale du dopage hors ces compétitions. Le *primum movens* de la prohibition du dopage est en fait la préservation de la santé des sportifs¹¹⁵⁷. Ainsi non seulement la nécessité médicale de ces pratiques ne peut être reconnue, mais au contraire, la soumission des prescriptions du médecin aux connaissances médicales avérées, dans une perspective de protection de la santé du sujet, lui interdit de s'y livrer. Les pratiques médicales d'amélioration des performances humaines doivent finalement être appréciées au regard des bénéfices et des risques encourus, en référence au standard de décision que constituent les connaissances médicales avérées. C'est dans cette perspective que peuvent dès lors être abordées les techniques biomédicales à visée de « neuroamélioration ».

282. Le phénomène de neuroamélioration doit être replacé dans le contexte de l'essor connu par les neurosciences depuis une vingtaine d'années. A la fascination pour la médecine

¹¹⁵⁵ CE, 21 mars 2007, n°284951, D. 2008, p. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

¹¹⁵⁶ AGENCE MONDIALE ANTIDOPAGE, *Code mondial antidopage*, 2015, p. 18.

¹¹⁵⁷ LACABRATS A., PASTOR J.-M., Sport et activités physiques, *Rép. Dr. pén. proc. pén.*, 2016, n°116.

cardiologique, le cœur ayant longtemps été regardé comme l'organe siège de la vie, et donc à l'écho international des interventions à cœur ouvert ou à la greffe cardiaque, a succédé la fascination pour le cerveau. Longtemps le fonctionnement cérébral avait été considéré comme insaisissable, et les explorations neurologiques permettaient au mieux une étude anatomique, quand l'approche fonctionnelle restait relativement modeste. Par ailleurs, si des atteintes neurologiques centrales localisées pouvaient être reliées à un déficit facilement identifiable, tout un spectre du fonctionnement cérébral restait difficile à percevoir : celui du comportement, de l'humeur, de la pensée. D'où le découplage progressif de la neurologie et de la psychiatrie, notamment du fait du développement – en France en particulier – d'une approche psychanalytique volontiers axée sur la singularité du sujet et se tenant à distance d'un éventuel substratum physiologique de la maladie mentale.

283. L'évolution des techniques d'imagerie (scanner puis IRM) tant sur le plan de la description morphologique que fonctionnelle, couplée à l'avènement de la neurobiologie, ont contribué à l'émergence des neurosciences, qui ont pour objet l'étude du fonctionnement cérébral de l'échelle de l'organisme jusqu'à celle de la molécule. Il s'ensuit que la dichotomie stricte entre pathologie neurologique et pathologie psychiatrique tend à perdre son sens. L'usage ancien de médicaments dits psychotropes, c'est-à-dire de molécules douées de propriétés pharmacologiques permettant de modifier l'humeur ou le comportement en témoignait déjà ; la découverte de corrélats entre comportements et signaux biologiques le confirme. Le substratum neurophysiologique de la maladie dite mentale ne fait dès lors plus guère de doute, même si la prudence incite à penser qu'elle ne peut sans doute y être totalement réduite, du moins en l'état actuel des connaissances.

Du point de vue du droit, alors que l'usage des médicaments psychotropes était soumis à une nécessité médicale de droit commun, le législateur de 2011 a fait le choix de définir une nécessité médicale spéciale s'agissant des examens d'imagerie cérébrale. Il a ainsi été créé un chapitre IV au titre Ier (droits civils) du livre Ier du code civil, dont l'article unique dispose que les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires¹¹⁵⁸. On peut s'étonner de ce choix, tant les techniques d'imagerie relèvent *a priori* du droit commun de la nécessité

¹¹⁵⁸ C. civ., art. 16-14, qui précise en outre que le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité, laquelle doit figurer sur le document attestant du consentement.

médicale, s'agissant de techniques de diagnostic. Il semble que la décision du législateur réponde en fait au besoin de limiter l'utilisation de ces techniques à « des fins médicales ou de recherche » afin d'éviter un détournement d'usage (assurance, accès à l'emploi), à l'instar de l'examen des caractéristiques d'une personne. La possibilité d'un usage judiciaire est ouverte, qui demeure pourtant sujette à d'âpres discussions (*cf. infra*¹¹⁵⁹).

284. Les neurosciences semblent donc offrir des perspectives majeures sur le plan du fonctionnement cérébral et sur la compréhension des comportements humains, comme sur les moyens de les modifier par l'utilisation de techniques neuromodulatrices, qu'elles soient médicamenteuses ou non (champs magnétique, champs électriques, stimulation cérébrale profonde). Or, comme le relève fort justement le CCNE, la réalité des comportements humains s'accommode mal de la stricte dichotomie normal/pathologique : il y existe ainsi un champ du normal, avec un « normal bas » et un « normal haut ¹¹⁶⁰ ». Cette marge d'appréciation, combinée aux conséquences tirées d'une définition extensive de la santé au sens de l'OMS, a contribué à un élargissement sensible des indications de prescriptions de certains médicaments psychotropes, qui a permis l'observation d'effets cognitifs inattendus. Ces effets, pour certains positifs (amélioration de la mémoire, de l'attention, des fonctions exécutives), ont justifié que soient menées des études chez des sujets sains, afin de vérifier l'intérêt de ces molécules sur les capacités cognitives, ouvrant la voie à une médecine de la « neuroamélioration ».

La diffusion de ces connaissances balbutiantes au plus grand nombre fait émerger une demande, plus ou moins structurée de neuroamélioration. Depuis plusieurs décennies, des applications militaires sont envisagées, afin d'augmenter les performances au combat¹¹⁶¹ ; les amphétamines furent ainsi expérimentées pour permettre d'allonger le temps de vol des pilotes de chasse. A cette demande institutionnelle, s'ajoutent des demandes individuelles motivées par un culte de la performance de plus en plus répandu dans les sociétés occidentalisées, voire par la quête de l'immortalité. Il appartient donc à la médecine et au droit de se positionner quant à l'utilisation de ces techniques à ces fins d'amélioration. A l'étranger, il semble que la prudence des institutions à faire entrer la neuroamélioration dans le droit commun de la

¹¹⁵⁹ Chapitre 2, section 2 du présent titre.

¹¹⁶⁰ CCNE, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuroamélioration »*, n°122, 12 déc. 2013.

¹¹⁶¹ V. sur ce sujet : Le soldat augmenté. Repousser les limites pour s'adapter, *Défense et sécurité internationale* 2015, hors-série n°45, notamment : LUCAS G., L'éthique biomédicale part en guerre, p. 87, et LE GARS J., Evolution du droit et acceptation juridique de l'augmentation, p. 92.

pratique médicale n'ait pas empêché la publication de recommandations d'usage, aux États-Unis ou en Suisse par exemple.

285. Il convient pour conclure d'aborder la question s'agissant du droit français, et à cet égard, l'équation de la nécessité médicale de la neuroamélioration semble se résoudre assez simplement. Il faut préciser dans un premier temps que les études menées sur l'utilisation de procédés biotechnologiques tendant à l'amélioration des performances cognitives n'ont pas montré de résultats probants, les effets constatés étant inconstants, modestes, temporaires, et soumis à une grande variation interindividuelle¹¹⁶². Il n'est dès lors pas possible d'évaluer les bénéfices escomptés par rapport aux risques encourus, ce qui place le recours à ces techniques en dehors du champ des connaissances médicales avérées. Or, si le législateur a admis et construit des nécessités médicales artificielles au regard de leur finalité, il n'en demeure pas moins qu'il exige, nonobstant le caractère artificiel de leur nécessité, que les décisions médicales soient soutenues par les connaissances médicales avérées ; la mise en œuvre d'une technique d'assistance médicale à la procréation s'inscrit, par exemple, dans le cadre de ces connaissances. La condition étant absente en matière de neuroamélioration, il ne peut lui être reconnu de nécessité médicale.

Cette reconnaissance paraît d'autant moins probable que trois arguments s'y opposent. Le premier argument est celui de l'appréciation nosologique de l'usage détourné de médicaments, qui relève des conduites addictives et de la toxicomanie : l'usage d'amphétamine aux fins d'augmentation des capacités sensorielles entre dans le champ de la toxicomanie et de l'addiction, le caractère illégal de la substance étant indifférent, les benzodiazépines utilisées au long cours pouvant relever du même cadre. Le second argument est celui de la construction de connaissances spécifiques sur le sujet. Il semble en effet difficile de justifier de telles recherches sur la personne humaine dans le cadre normatif français, de surcroît au regard des difficultés méthodologiques soulevées et en termes de priorité de la recherche médicale dans un environnement financier contraint. Le troisième argument est sans doute l'essentiel. Il touche à la nature même de l'exercice médical et à sa finalité regardée au prisme du mandat que la société confie à ses médecins. Comme le souligne C. BYK¹¹⁶³, depuis l'arrêt *Pretty*¹¹⁶⁴

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ BYK C., Les neurosciences, une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social? *RDSS* 2012, p. 800.

¹¹⁶⁴ CEDH, 29 avril 2002, n°2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *RSC* 2002, p. 645, note F. Massias ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2002, p. 475, note P. Pedrot ; *D.* 2002,

nous savons que le droit à l'autonomie fonde le respect de la vie privée et familiale. Il convient pourtant d'admettre que l'autonomie individuelle peut contrarier le principe de dignité humaine. Or il n'appartient pas à celui qui s'en prévaut de définir les limites de sa propre dignité, laquelle doit parfois être érigée à l'encontre de la liberté personnelle pour marquer les limites du disponible et délimiter le champ de l'indisponible¹¹⁶⁵. C'est au nom de cette dignité qu'il convient que la nécessité médicale de la neuroamélioration reste du domaine de l'impossible.

Conclusion du Chapitre 1

286. La définition de la liberté du médecin eu égard au contenu de la décision médicale interroge la justification de l'acte médical supporté par la décision, c'est-à-dire sa finalité. Le caractère protéiforme des actes médicaux n'empêche pas de les placer dans une finalité globale de protection de la santé, que le droit consacre en autorisant l'atteinte à l'intégrité physique de la personne à raison d'une nécessité médicale. La liberté décisionnelle du médecin trouve sa pleine expression dans la détermination de la nécessité médicale qui justifie la protection de la santé individuelle, puisqu'elle est soumise au savoir médical qui seul permet l'intervention médicale à visée préventive, curative ou palliative. Est ainsi définie une nécessité médicale de droit commun reposant sur le triptyque prévention, diagnostic, soin, limitée par la proscription de l'obstination déraisonnable, et, dans le cas de l'utilisation des produits et éléments du corps humain au bénéfice d'autrui, par la condition du don altruiste. L'appréciation de la nécessité médicale doit également tenir compte de l'évolution des possibilités d'intervention technique sur le corps humain autorisée par le progrès scientifique et de phénomènes sociaux et sociétaux de subjectivisation de la santé et de promotion de l'autodétermination. Il s'ensuit une tendance à la médicalisation de l'existence contribuant à ce que s'estompe la distinction entre ce qui relève du normal et du pathologique, distinction fondamentale de l'opération normative du diagnostic qui théoriquement fonde la nécessité médicale. Les termes de la licéité de l'acte médical s'en trouvent renversés ; voire la volonté de l'utilisateur du système de santé vient se substituer à la nécessité médicale, ce qui contraint le

p. 1596 ; *AJDA* 2003, p. 1383, note B. Le Baut-Ferrarèse ; *JDI* 2003, p. 535, obs. P. Tavernier et E. Decaux ; *JCP G* 2002, I, 157, obs. F. Sudre ; *ibid.* 2003, II, 10062, note C. Girault ; *RTDH* 2003, p. 71, note O. de Schutter

¹¹⁶⁵ LARRIEU P., Les enjeux éthiques de la neuroamélioration, *Méd. & Droit* 2014, p. 61.

le droit à créer des nécessités médicales artificielles permettant la satisfaction de désirs ou le soulagement de souffrance via des moyens médicaux. La place considérable accordée à la volonté du sujet trouve sa limite dans la protection de la santé collective, sous réserve de la protection de la santé individuelle, qui autorise le médecin à écarter l'intérêt général lorsque l'intérêt sanitaire de son patient est menacé. Se manifeste ici pour le médecin une liberté de ne pas faire. Cette liberté de ne pas faire replace la nécessité médicale dans sa configuration première de protection de la santé du patient appréciée au regard des possibilités médicales. C'est elle qui justifiera de privilégier l'intérêt du patient à celui de la recherche à laquelle il se prête en tant que volontaire sain ; c'est elle encore qui conduira le médecin à ne pas mettre en œuvre de techniques de médecine prédictive, dès lors que l'absence de possibilité préventive ou curative enferme le patient dans un déterminisme délétère.

L'appréciation de la nécessité médicale doit enfin permettre d'en définir les limites intangibles, tant l'utilisation du savoir médical a pu justifier la commission des pires abominations. C'est ainsi qu'au nom de la protection de l'essence de l'espèce humaine et de la dignité, sont renvoyés hors du champ de la nécessité médicale le clonage, la création d'embryons transgéniques ou chimériques, ainsi que les pratiques eugéniques. C'est au nom de ces principes et des leçons de l'Histoire que la tentation prométhéenne d'un homme augmenté – pour ne pas dire un *Übermensch* – doit être gardée hors du champ de la médecine.

Chapitre 2 : La nécessité médicale comme moyen

287. La qualification de la nécessité médicale qui borne la liberté du médecin quant au contenu de sa décision a montré que la finalité de protection de la santé prenait, au regard de l'évolution des techniques d'une part, de la subjectivisation de la santé et de la promotion de l'autodétermination d'autre part, des aspects variables voire incertains. La place concédée à l'expression de la volonté des usagers du système de santé a contribué à un glissement d'une nécessité médicale à une nécessité de médecine, celle-ci faisant de celle-là un moyen et plus une fin, contraignant le législateur à déterminer des nécessités médicales artificielles propres à justifier les atteintes à l'intégrité physique de la personne. En dehors de ces hypothèses, le droit admet que le savoir et le savoir-faire médicaux puissent être utilisés à d'autres fins que la protection de la santé. Le caractère médical de la décision et de l'acte qui en découle ne tient plus qu'à la qualité de médecin de celui qui la prend. La nécessité médicale vient alors au soutien d'une autre finalité, qui peut relever de la défense sociale (Section 1) ou d'une décision non médicale (Section 2).

Section 1 : La nécessité médicale au service de la défense sociale

288. Les théories de la défense sociale trouvent leur origine dans la remise en cause du système pénal traditionnel fondé sur la légalité, la responsabilité et peine rétributive. Inspirées par les sciences humaines – anthropologie, sociologie, criminologie –, elles s'attachent, dans une perspective déterministe, à considérer l'infraction non plus comme une entité juridique mais comme une réalisation humaine, ce qui les conduit à s'intéresser à l'homme, auteur du crime. Ainsi ces théories accordent-elles une place prépondérante au délinquant, en empruntant au vocabulaire habituellement consacré à la santé : on parle de prévention du crime et de traitement du délinquant. Si certains pays, tels la Belgique, ont développé un système juridique et institutionnel de défense sociale, l'évolution de la législation pénale française est marquée par l'émergence de mesures de défense sociale. La prise en charge des délinquants s'ouvre alors à de nouveaux acteurs, parmi lesquels des professionnels de santé, qu'il s'agisse d'envisager le soin comme une peine (§1) ou d'évaluer un risque de passage à l'acte violent (§2).

§1. Les soins pénalement ordonnés

289. Les soins pénalement ordonnés reposent sur un double postulat issu des doctrines de la défense sociale. Selon le premier, certaines catégories d'infractions, en particulier les auteurs d'infractions à caractère sexuel, présenteraient des troubles mentaux qui expliqueraient leur comportement infractionnel. Le second postulat, corollaire du premier, est qu'une prise en charge sanitaire adaptée de ces troubles permettrait de diminuer le risque de récidive, entendu au sens large de réitération d'un acte pénalement sanctionné. D'où la création par le législateur de dispositifs visant à contraindre à une prise en charge sanitaire des personnes mises en cause où condamnées pour des faits infractionnels, au motif qu'une pathologie préexistante expliquerait, en tout ou partie, le passage à l'acte. Cette approche procède de l'identification de facteurs bio-psycho-sociaux¹¹⁶⁶ susceptibles d'interagir avec la personnalité de l'auteur d'infraction, dont l'analyse et le traitement permettrait d'amoindrir « l'état dangereux » dans lequel il se situe. S'agissant de postuler un lien entre passage à l'acte infractionnel et possible pathologie qui appellerait un traitement, on conçoit assez facilement que les soins pénalement ordonnés définis par le législateur interrogent en premier lieu, quant à leur opportunité et à leur mise en œuvre, la discipline médicale paraissant la plus pertinente qu'est la psychiatrie. Le rapprochement de la prise en charge des pathologies mentales et de la sanction pénale ainsi opéré, s'il peut sembler contre-nature, n'est en fait pas en soi novateur. La psychiatrie et le droit pénal sont étroitement liés, dans la mesure où c'est le droit qui ouvre le champ de la psychiatrie quand, outil de régulation sociale, il fixe la limite entre ce qui relève du comportement pénalement sanctionné et ce qui relève de l'aliénation mentale emportant irresponsabilité pénale. En témoigne l'histoire de la psychiatrie et des établissements psychiatriques, lieux d'enfermement des aliénés devenue lieux de soins pour des malades, au gré des évolutions de la politique et de la procédure pénales.

290. Le recours à la psychiatrie dans le cadre des soins pénalement ordonnés ne s'inscrit pas dans une nécessité médicale de droit commun. La finalité de ces mesures est avant tout sociale, puisqu'elles visent à protéger la société du comportement dangereux de certains

¹¹⁶⁶ GRUNBERG F., MASSE G., LALONDE P., AUBUT J., Psychiatrie bio-psycho-sociale, In : LALONDE P., AUBUT J., GRUNBERG F., *et al.* (Ed.), *Psychiatrie clinique, une approche bio-psycho-sociale*, t. 1 : *Introduction et syndromes cliniques*, Gaëtan Morin éditeur, 1999.

individus. Pour autant, le service de cette finalité mobilise des médecins, qui ne disposent, pour ce faire, que des moyens médicaux qui sont les leurs : le diagnostic et, le cas échéant, le recours à une thérapeutique, qu'elle soit médicamenteuse ou non. Ceci n'exclurait donc pas la possibilité de l'existence d'une nécessité médicale concomitante voire auxiliaire de la finalité sociale, dès lors que l'opération normative du diagnostic permettrait de situer le comportement, par ailleurs problématique sur le plan social, dans le champ de l'intervention médicale préventive ou thérapeutique. L'articulation entre nécessité médicale et finalité sociale des soins pénalement ordonnés interroge la liberté du médecin au regard du contenu de la décision médicale, sur la notion même de soin dans le contexte d'une prise en charge sanitaire judiciairement imposée. Cette interrogation doit être menée s'agissant des trois types de mesures regroupées sous l'appellation de soins pénalement ordonnés dans le droit français, qui se distinguent tant par leurs indications que par leurs modalités : l'obligation de soins (A), l'injonction thérapeutique (B) et l'injonction de soins (C).

A. L'obligation de soins

291. L'obligation de soins est la mesure la plus ancienne, puisque créée en 1958 à l'occasion de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale. Elle peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention dans le cadre du contrôle judiciaire, si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave, au même titre que dix-sept autres obligations prévues par l'article 138 C. proc. pén. Le contenu de l'obligation est ainsi défini : la personne mise en examen doit se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication¹¹⁶⁷. La circulaire du 28 décembre 1970¹¹⁶⁸ explique que cette disposition concerne les malades physiques ou mentaux, dont l'état a favorisé la commission de l'infraction ou peut conduire à la récidive¹¹⁶⁹. L'obligation de soins peut également être prononcée par la juridiction de jugement ou par le juge de l'application des peines, au titre des vingt-deux obligations prévues par l'article 132-45 C. pén. Elle impose à la personne condamnée de se soumettre à des mesures d'examen médical, de

¹¹⁶⁷ C. proc. pén., art. 138, 10°.

¹¹⁶⁸ Circ. du 28 déc. 1970, n°8, *D.* 1971, p. 73.

¹¹⁶⁹ DOURNEAU-JOSETTE P., GIRAULT C., *Contrôle judiciaire, Rép. Dr. pén. proc. pén.*, 2015, n°69.

traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, mesures qui peuvent dans ce cas consister en une injonction thérapeutique (*cf. infra*) lorsqu'il apparaît que cette personne fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques¹¹⁷⁰.

292. Les dispositions du code pénal et du code de procédure pénale n'exigent aucune mesure d'expertise portant spécialement sur l'indication de la mesure, qui est par conséquent laissée à la seule appréciation du juge. Il revient donc au magistrat de présumer l'existence d'une problématique sanitaire pouvant être en lien avec l'infraction commise ou conduire à la récidive, et justifiant d'enjoindre la personne à se soigner. Si l'objectif poursuivi est légitime, les moyens pour y parvenir paraissent peu adaptés. On notera d'abord que tant en phase pré-sentencielle que post-sentencielle, les pièces de procédure sont adressées « au médecin ou au psychologue » qui doit suivre la personne. Cette alternative témoigne de l'imprécision des attentes du législateur, dans la mesure où les compétences d'un médecin et d'un psychologue sont différentes. Si, en matière de santé mentale, les champs des deux disciplines sont complémentaires¹¹⁷¹, il reste que le diagnostic et surtout la prescription relèvent de la compétence exclusive du médecin. Les moyens disponibles sont donc forts différents selon que la personne s'adresse à un médecin ou à un psychologue ; ils le sont d'autant plus qu'aucune compétence spéciale n'est exigée du professionnel sollicité, et que celui-ci est librement choisi par la personne mise en examen ou condamnée¹¹⁷². L'efficacité de la mesure peut donc légitimement être interrogée au regard des moyens mis en œuvre, ce d'autant que la justification de l'obligation par le juge auprès du professionnel est limitée à la transmission de la décision qui l'ordonne, celle des rapports d'expertise étant laissée à l'appréciation du professionnel et du juge d'instruction. Des réserves peuvent aussi être émises s'agissant du contrôle de la mesure, puisqu'il n'est basé que sur la production par la personne d'attestations de la réalité du suivi, sans que celles-ci ne comportent d'informations relatives au diagnostic ou au contenu de la prise en charge et à ses résultats.

¹¹⁷⁰ C. pén., art. 132-45, 3°.

¹¹⁷¹ Les psychologues ne sont pas des professionnels de santé au sens du code de la santé publique ; ils concourent cependant aux termes de l'article L.3221-1 CSP à la politique de santé mentale, qui comprend des actions de prévention, de diagnostic, de soins, de réadaptation et de réinsertion sociale.

¹¹⁷² DOURNEAU-JOSETTE P., GIRAULT C., *op. cit.*, n°70.

293. L'obligation de soins apparait donc comme une mesure dont la pertinence et l'efficacité sont discutables, dans la mesure où le juge et le professionnel procèdent « en double aveugle ». Le premier présume une problématique d'ordre sanitaire dont le traitement pourrait avoir une finalité sociale positive, mais il ne dispose d'aucun élément lui permettant d'en mesurer l'opportunité ou l'efficacité. Le second est lié par la nécessité médicale ainsi établie, qui peut s'avérer inexistante, sans forcément disposer des moyens adaptés à l'objectif poursuivi, pour autant qu'il lui ait été clairement exposé. Nombre mesures d'obligations de soins perdent ainsi tout leur intérêt et se réduisent à un pseudo-suivi médical sans objectif voire sans justification médicale vraie, motivé par la seule nécessité pour la personne de produire les attestations requises par l'autorité judiciaire ; la personne n'en aura pas moins respecté l'obligation à laquelle elle est astreinte. L'éventuelle nécessité médicale apparait dans ces conditions totalement déconnectée de la finalité de la mesure.

B. L'injonction thérapeutique

294. L'injonction thérapeutique créée par la loi du 5 mars 2007¹¹⁷³ se distingue de l'obligation de soins en ce qu'elle semble réellement articuler l'existence d'une nécessité médicale avec la finalité sociale de la mesure. L'injonction concerne les personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants ou une consommation habituelle et excessive d'alcool, et consiste en une mesure de soins ou de surveillance médicale¹¹⁷⁴. La mesure peut être ordonnée dans les conditions fixées aux articles L.3413-1 et suivants CSP par le procureur de la République¹¹⁷⁵, par le juge d'instruction, le juge des enfants ou le juge des libertés et de la détention¹¹⁷⁶, ou par la juridiction de jugement, à titre de peine complémentaire¹¹⁷⁷. Il est d'emblée intéressant de relever que l'action publique n'est pas exercée à l'encontre des personnes qui se soumettent à la mesure d'injonction thérapeutique qui leur est ordonnée et la suivent jusqu'à son terme¹¹⁷⁸. De même, l'action publique n'est pas exercée à l'égard des personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants s'il est établi qu'elles se sont soumises, depuis les faits qui leur sont

¹¹⁷³ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JORF* du 7 mars 2007 p. 4297.

¹¹⁷⁴ CSP, art. L.3413-1 et s.

¹¹⁷⁵ CSP, art. L.3423-1.

¹¹⁷⁶ CSP, art. L.3424-1.

¹¹⁷⁷ CSP, art. L.3425-1.

¹¹⁷⁸ CSP, art. L.3423-1, al. 3.

reprochés, à une mesure de soins ou à une surveillance médicale adaptées¹¹⁷⁹. En d'autres termes, le ministère public peut à la phase de l'enquête, en juge de l'opportunité, décider de privilégier une mesure alternative aux poursuites fondée sur une injonction ou sur la reconnaissance de la prise en charge sanitaire de la consommation de stupéfiants.

295. Le champ de l'injonction thérapeutique est donc plus restreint que celui de l'obligation de soins, qui ne préjuge pas de la nature de la problématique sanitaire sous-jacente. Est ici visée l'usage de stupéfiants et la consommation habituelle et excessive d'alcool, dont il est établi par la littérature médicale qu'ils ont des conséquences non seulement sanitaires, mais également judiciaires, en raison des troubles du comportement induits par l'exposition à ces substances : ils constituent donc une menace pour l'ordre public. La nécessité médicale sous-tendue par la mesure d'injonction thérapeutique se déduit donc quasiment de la qualification pénale, dans la mesure où l'usage de stupéfiants et la consommation excessive d'alcool relèvent, sous réserve d'une confirmation diagnostique, de l'intervention médicale. La mise en œuvre de la mesure témoigne de sa dimension sanitaire dans la mesure où elle échoit au directeur général de l'agence régionale de santé. Cette dimension sanitaire prépondérante se manifeste également par le fait que la présomption de nécessité médicale doit être confirmée par un médecin désigné en qualité de médecin relais. Ce médecin a pour mission de donner son avis motivé à l'autorité judiciaire sur l'opportunité de la mesure et, le cas échéant, d'en proposer les modalités et d'en contrôler le suivi. L'architecture du dispositif de l'injonction thérapeutique, et notamment la place accordée au médecin relais contribue à la convergence de la nécessité médicale de l'intervention sanitaire avec sa finalité socio-judiciaire. Il demeure que la prise en charge des personnes souffrant d'addiction ou de toxicomanie est un travail de longue haleine qui ne s'accorde pas nécessairement avec les objectifs assignés par l'autorité judiciaire. Quand celle-ci visera un arrêt des usages illicites, les professionnels de santé se satisferont d'une maîtrise de la consommation et d'une réduction des conduites à risques, ce qui limite cette convergence.

296. Obligation de soins et injonction thérapeutique se situent donc aux deux extrémités du spectre des soins pénalement ordonnés. La première, généraliste et indéterminée, rudimentaire

¹¹⁷⁹ CSP, art. L.3423-1, al. 4, dans les conditions prévues aux chapitres II et IV du titre I^{er} du livre IV, III^e partie CSP. V., sur ces conditions : Crim., 21 oct. 2015, n°14-82-832, *D.* 2015, p. 2251 ; *RSC* 2016, p. 349, obs. P. Mistretta : « la thérapie suivie par le prévenu auprès d'un psychiatre n'équivaut pas au traitement assuré lors de l'admission dans un dispensaire ou établissement de santé, prévu à l'article L.3414-1 CSP ».

quant à ses moyens, ses objectifs et ses modalités de contrôle, n'offre que peu de garantie d'efficacité. La seconde s'en singularise point par point et trouve son intérêt dans l'articulation réelle de la nécessité médicale présumée qui fonde la mesure et la finalité sociale qui la justifie *in fine*, objectif d'autant plus facile à atteindre qu'il se limite à des infractions témoignant, dans leur matérialité, d'une nécessité médicale. Entre ces deux bornes, se situe l'injonction de soins.

C. L'injonction de soins

297. L'injonction de soins peut être prononcée pour les infractions au sujet desquelles le suivi socio-judiciaire est encouru et lorsqu'une expertise médicale psychiatrique conclut à la possibilité de soins. Le suivi socio-judiciaire a été instauré par la loi du 17 juin 1998¹¹⁸⁰, mais il faut relever, pour en comprendre la substance dans l'esprit du législateur, qu'un premier projet de loi avait d'abord nommé « peine de suivi thérapeutique » puis « suivi socio-médical »¹¹⁸¹. Cette sanction emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive¹¹⁸². L'injonction de soins figure au nombre de ces mesures ; elle a vu, avec le suivi-socio-judiciaire, ses indications progressivement étendues à des infractions autres que celles de nature sexuelle qui furent ses indications initiales, dans la tradition législative française qui consiste à étendre à l'ensemble des crimes et délits contre les personnes et, le cas échéant, aux délits contre les biens, des mesures inaugurées en matière d'infractions sexuelles. L'injonction de soins concerne donc aujourd'hui non seulement les infractions de meurtre ou assassinat d'un mineur associé à un viol ou à des actes de torture et de barbarie, les agressions et atteintes sexuelles, le proxénétisme ou le recours à la prostitution d'un mineur et les violences intrafamiliales, mais aussi des atteintes aux biens telles que les incendies volontaires. Outre le suivi socio-judiciaire, l'injonction de soins peut assortir une libération conditionnelle, une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis mise à l'épreuve ou une surveillance de sûreté. Elle vise, par le biais de dispositifs médico-scientifiques (traitements médicamenteux,

¹¹⁸⁰ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *JORF* du 18 juin 1998, p. 9255.

¹¹⁸¹ LAMEYRE X., Pour une éthique des soins pénalement obligés, *RSC* 2001, p. 521.

¹¹⁸² C. pén., art. 131-36-1, al. 2.

psychothérapies, etc.) un contrôle des facteurs de risques psychobiologiques censés prédisposer l'auteur des faits à la récidive¹¹⁸³.

298. L'architecture globale de la mise en œuvre de la mesure se rapproche de celle de l'injonction thérapeutique, en ce qu'elle organise une articulation formelle entre le système judiciaire et le système sanitaire. Le juge de l'application des peines désigne un médecin coordonnateur, généralement psychiatre, qui a vocation à être une interface entre le juge de l'application des peines et le médecin, généralement psychiatre, ou le psychologue qui accepte d'assurer la prise en charge sanitaire de la personne condamnée¹¹⁸⁴. Le médecin coordonnateur conseille le médecin traitant si celui-ci en fait la demande, et transmet au juge ou à l'agent de probation les éléments nécessaires au contrôle de la mesure¹¹⁸⁵. La comparaison de l'organisation de la mesure avec celle de l'injonction thérapeutique s'arrête là, car les deux dispositifs sont en fait très différents.

299. Il faut d'abord relever que le médecin coordonnateur, pas plus que le professionnel assurant les soins, n'ont la possibilité de se prononcer sur l'opportunité de la mesure, laquelle est ordonnée par le magistrat sur la base d'une expertise psychiatrique concluant à la possibilité de soins. Le coordonnateur, comme le psychiatre ou le psychologue traitants, sont donc tenus par une nécessité médicale qualifiée *a priori* par l'expert. Deux observations peuvent être faites sur cette question. D'une part, des travaux portant sur l'analyse d'expertises psychiatriques ont montré qu'il existait, de manière paradoxale, un découplage entre l'existence d'un trouble mental identifié par l'expert et la nécessité de soins établie par lui. Sur une série de 123 expertises psychiatriques, lorsque l'expert a estimé opportune la mise en place d'une injonction de soins, il concluait à l'absence de trouble dans plus d'un quart des cas, ce qui constituait la situation la plus fréquente. On peut s'interroger sur les critères conduisant le psychiatre à recommander l'injonction de soins alors qu'il n'a diagnostiqué aucun trouble mental. À l'inverse, certains experts concluent à l'existence d'un trouble mental

¹¹⁸³ COUTURIER M., La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique?, *RDSS* 2014, p. 120.

¹¹⁸⁴ CSP, art. L.3711-1 et s.

¹¹⁸⁵ V., sur les imprécisions relatives à la mission et au statut du médecin coordonnateur, BOUVET R., ABONDO M., LE GUEUT M., Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspectives quinze ans après la loi du 17 juin 1998, *AJ Pénal* 2014, p. 275.

mais ne retiennent pas d'indication à une injonction de soins et l'interrogation demeure¹¹⁸⁶. La nécessité médicale qui sous-tendrait la mesure trouve donc ici une première remise en question. D'autre part, alors que la détermination de l'objet de l'injonction thérapeutique est claire et limitée, celle de l'injonction de soins s'avère beaucoup plus difficile à saisir. Il ne s'agit plus de prendre en charge une pathologie identifiée (conduite addictive) dont on sait les risques judiciaires associés, mais de « soigner » un comportement qui s'est révélé constitutif d'une infraction. Ainsi, non seulement il existe un découplage entre diagnostic positif et indication d'une injonction de soins, mais il convient également de s'interroger si l'éventuel trouble a un lien avec le comportement réprimé et, en l'absence de trouble, sur la nature des soins que le psychiatre ou le psychologue traitant doivent dispenser. Il convient en effet de rappeler, sur la base de la littérature psychiatrique internationale, que la plupart des crimes et délits ne sont pas commis par des malades mentaux : moins d'un homicide sur vingt est le fait d'un malade mental et moins d'un pour cent des auteurs de violences sexuelles présentent une pathologie psychiatrique avérée. C'est rappeler qu'on ne saurait confondre crime et maladie et qu'un crime fou n'est en règle générale pas le crime d'un fou¹¹⁸⁷.

300. Il résulte de ces limites une difficulté, pour les professionnels de santé sollicités par la justice, à concevoir l'intervention médicale dès lors que le diagnostic se confond avec l'infraction et le traitement avec la peine, en somme, lorsque la nécessité médicale est assimilée à la finalité socio-judiciaire de la mesure. En d'autres termes, comment faire le soin quand on ne peut dire le diagnostic, opération normative préalable incontournable permettant de qualifier la nécessité médicale. Cette question se pose avec acuité s'agissant de la prescription médicamenteuse, et notamment des traitements inhibiteurs de la libido. L'article L.3711-3 CSP dispose en effet que le médecin traitant peut prescrire tout traitement indiqué pour le soin du condamné y compris des médicaments inhibiteurs de libido. Ces dispositions illustrent de manière archétypique l'assimilation de la nécessité médicale à la finalité de défense sociale de la mesure. Ainsi le traitement médicamenteux – qui dans des indications précises peut se révéler efficace¹¹⁸⁸ – se voit-il érigé en arme ultime par le législateur, spécialement en matière de « castration chimique », à tel point que certains ont pu proposer de

¹¹⁸⁶ SPRIET H., ABONDO M., NAUDET F., BOUVET R., LE GUEUT M., L'indication d'injonction de soins repose-t-elle sur un diagnostic médical? *L'Encéphale* 2013, p. 295.

¹¹⁸⁷ SENON J.-L., MANZANERA C., L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive, *AJ Pénal* 2007, p. 367.

¹¹⁸⁸ GRUBIN D., L'utilisation de médicaments pour traiter la délinquance sexuelle, *AJ Pénal* 2012, p. 622.

rendre un tel traitement obligatoire et permanent pour les coupables d'agressions sexuelles sur mineur de quinze ans¹¹⁸⁹. Or, selon l'article R.3711-18 CSP, les relations entre la personne et le médecin traitant sont régies par le code de déontologie médicale, ce qui impose au prescripteur de soumettre ses prescriptions médicales aux seules données acquises de la science¹¹⁹⁰. Se manifeste donc ici, malgré l'instrumentalisation possible de la médecine à des fins socio-judiciaires, une liberté du médecin : celle de remettre en doute la nécessité médicale présumée par le juge au nom de la science, mais également au nom du respect de son indépendance professionnelle¹¹⁹¹ ainsi que de la dignité de celui qui reste, bien que condamné, son patient¹¹⁹².

Si ces questions se posent aux professionnels de santé auxquels la justice pénale demande de soigner les délinquants, elles se posent également s'agissant d'évaluer le risque de passage à l'acte violent.

§2. L'évaluation du risque de passage à l'acte violent

301. Les soins pénalement ordonnés s'inscrivent dans une lecture de l'acte infractionnel marquée par les courants de défense sociale qui ambitionnent le « traitement » des auteurs de violences. Ce traitement se distingue de la finalité thérapeutique d'une nécessité médicale de droit commun en ce qu'il est justifié par une finalité sociale : la prévention des comportements antisociaux. La pratique des professionnels de santé intervenant auprès de personnes faisant l'objet de soins pénalement ordonnés, et spécialement de mesures d'injonction de soins, est dès lors influencée par cette dimension prédictive.

Si la loi pénale prévoit spécifiquement une évaluation du risque de passage à l'acte violent dans le cadre d'expertises ordonnées par les juridictions, une telle évaluation ne se limite pas à ce cadre procédural. La démarche concerne également les médecins coordonnateurs désignés dans le cadre de l'injonction de soins, puisque leur mission consiste notamment à fournir au juge de l'application des peines les éléments qui lui sont nécessaires pour le contrôle de la

¹¹⁸⁹ Proposition de loi visant à rendre obligatoire et permanent un traitement inhibiteur de libido pour les coupables d'agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, Ass. nat., 12 déc. 2012; n°508.

¹¹⁹⁰ CSP, art. R.4127-8 et R.4127-32.

¹¹⁹¹ CSP, art. R.4127-5.

¹¹⁹² CSP, art. R.4127-2.

mesure. Or celle-ci a bien été conçue comme un outil de prévention de la récidive, ce qui suppose que le médecin coordonnateur se prononce sur le niveau de risque et son évolution pendant la durée de la mesure. La mission confiée au médecin coordonnateur se rapproche en cela d'une mission d'expertise¹¹⁹³. Se pose la question de savoir si les médecins, psychiatres en particulier, qui ont à assurer la prise en charge sanitaire de ces personnes, sont également concernés par cette mission d'évaluation prospective du risque de passage à l'acte ; il nous semble pouvoir y répondre par l'affirmative. Si une telle prise en charge sanitaire ne peut répondre, du point de vue des médecins, qu'à une nécessité médicale – dont on a vu *supra* (cf. §1) qu'elle était inconstante ou sujette à discussion –, il paraît difficile pour ces professionnels, bien que n'étant pas désignés par l'autorité judiciaire mais choisis par le patient, de servir cette nécessité médicale sans tenir compte du contexte dans lequel elle a émergé. Il convient donc de s'interroger quant à la nécessité médicale qui peut sous-tendre l'évaluation du risque de passage à l'acte violent par les médecins amenés à prendre en charge les personnes faisant l'objet de soins pénalement ordonnés.

302. Il faut tout d'abord rappeler que la démarche évaluative d'un risque est une pratique habituelle en médecine. La médecine a pour sujet des phénomènes biologiques physiologiques et physiopathologiques complexes dont la connaissance et la maîtrise par les médecins ne sont que partielles en l'état actuel des connaissances. L'exercice de la médecine ne peut dès lors se résoudre à des algorithmes ou à des équations simples. La décision médicale procède d'un arbitrage en situation d'incertitude qui consiste à opérer un choix en fonction d'une norme de référence, le diagnostic. Parmi les disciplines médicales la psychiatrie n'est en rien étrangère à telle approche. Au contraire, la psychiatrie a pour objet les dysfonctionnements intellectuels et cognitifs ainsi que la psychopathologie, et pour finalité l'établissement d'un diagnostic de pathologie mentale, de troubles de la personnalité ou d'aménagements particuliers de la personnalité retentissant sur les relations à autrui et à l'environnement¹¹⁹⁴. Autrement dit, la pratique psychiatrique comprend en elle-même, indépendamment d'un éventuel contexte judiciaire, une dimension d'évaluation comportementale de l'auto- et de l'hétéro-agressivité du sujet. En d'autres termes, l'évaluation d'un risque de passage à l'acte violent. Plus encore, l'évolution de la pratique psychiatrique des

¹¹⁹³ Selon notre analyse, la mission du médecin coordonnateur s'apparente à une mission d'expertise au bénéfice du juge de l'application des peines, cf. BOUVET R., ABONDO M., LE GUEUT M., *op. cit.*

¹¹⁹⁴ BARON-LAFORET S., CASANOVA A., L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté, *AJ Pénal* 2014, p. 111.

dernières décennies témoigne de l'intérêt des psychiatres pour les éléments contextuels. À la clinique du sujet s'ajoute une clinique du contexte qui s'illustre dans le développement de la psychiatrie de secteur qui a inséré, selon S. BARON-LAFORET et A. CASANOVA, cette dimension d'articulation au champ social au travail de psychiatrie générale¹¹⁹⁵. Ainsi, non seulement la démarche évaluative prédictive est-elle intrinsèquement au cœur de l'exercice des praticiens de santé mentale, mais ceux-ci ont de surcroît développé une lecture globale de leur patient, en intégrant son contexte de vie. L'évaluation du risque de passage à l'acte violent ne semble dès lors pas entrer en soi en contradiction avec l'exercice de la psychiatrie dans le contexte de soins pénalement ordonnés. Au contraire, elle s'inscrit dans la démarche diagnostique qui permet l'élaboration des stratégies d'intervention médicale. Elle contribue donc à la détermination de la nécessité médicale qui justifie la décision du médecin ; au long cours, elle s'inscrit dans la démarche évaluative de l'efficacité des mesures préconisées, qui répond elle aussi aux modalités classiques de l'exercice médical.

303. Cette lecture globale du sujet qui semble s'imposer en psychiatrie est relevée par la Haute autorité de santé, qui considère que plus le nombre de comorbidités est important, plus le risque de violence chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur est élevé. Il convient donc de rechercher systématiquement les comorbidités dans une approche globale et dynamique de la personne¹¹⁹⁶. L'évaluation du risque de passage à l'acte violent s'inscrit ici dans une finalité résolument sanitaire. Celle-ci semble également congruente avec la finalité socio-judiciaire d'une mesure de soins pénalement ordonnés. Cette congruence, voire ce concours de la nécessité médicale à la finalité socio-judiciaire fait pourtant l'objet d'un âpre débat dans la communauté psychiatrique française. Certains praticiens, nonobstant l'analyse développée ci-dessus, postulent l'incompatibilité des deux finalités – sanitaire et sociale – ou du moins entendent servir la première dans l'ignorance de la seconde, qui constitue pourtant souvent la seule justification de leur sollicitation par le patient. En d'autres termes, les soignants acceptent de soigner les personnes condamnées à l'être sans tenir compte de cette circonstance pour le moins singulière d'accès aux soins. Cette défiance témoigne manifestement d'une méfiance à l'égard de l'institution judiciaire et de la

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur*, 2011, p. 7.

perception d'un risque d'instrumentalisation de la médecine. Elle concerne non seulement les médecins sollicités en qualité de thérapeutes mais également les psychiatres experts – qui sont d'ailleurs souvent les mêmes – au motif que l'évaluation du risque de passage à l'acte violent dans un contexte judiciaire ne relèverait pas du champ de compétences de la psychiatrie. Cette position de principe a abouti à la distinction de deux notions par la HAS : la dangerosité psychiatrique et la dangerosité criminologique¹¹⁹⁷. La première renvoie à un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante. La seconde peut se définir par un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens ; l'évaluation de l'état dangereux se confond alors avec le pronostic de la réitération et de la récurrence. Cette dichotomie reste une création française dont le fondement scientifique est discuté, de même qu'est discuté le terme de dangerosité, qui a pourtant été consacré par le législateur pour qualifier le niveau de risque de récurrence. Ce choix explique sans doute la défiance des professionnels de santé mentale amenés à prendre en charge la population pénale. La notion de dangerosité paraît en effet peu opérationnelle dans la mesure où ses caractères univoque et binaire rendent difficilement compte de la dynamique complexe de l'être humain. Au contraire, le recours au concept de risque de passage à l'acte violent témoigne du caractère évolutif de l'être humain. Alors que la dangerosité fixe le sujet dans un état – dangereux ou non –, le risque, qui est évolutif, renvoie à la dimension aléatoire et singulière de l'expérience humaine qui peut s'intégrer dans le cadre de l'évaluation psychiatrique. L'évaluation prédictive du risque de passage à l'acte violent réalisée dans le cadre de la prise en charge sanitaire ne peut bien évidemment être assimilée à celle réalisée par l'expert¹¹⁹⁸ au bénéfice du juge. Il paraît pour autant peu pertinent de vouloir opposer de principe la finalité des interventions médicale et judiciaire, de même qu'il paraît difficile, pour le praticien traitant, de nier la contribution potentielle de son intervention à la finalité de la mesure, fut-elle de nature non médicale.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ V., sur l'évaluation expertale de la dangerosité les positions tranchées et divergentes de la doctrine : COCHE A., Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?, *RSC* 2011, p. 21 ; *A contrario* : HERZOG-EVANS M., Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique, *AJ Pénal* 2012, p.75 ; ABONDO M., BOUVET R., PALARIC R., SPRIET H., LE GUEUT M., Évaluation du risque de récurrence : de la nécessité d'une *evidence-based* expertise, *Méd. & Droit* 2014, p. 96.

304. La difficulté de l'exercice médical en matière de soins pénalement ordonnés et d'évaluation du risque de violence qui en est le corollaire, tient sans doute à la tentative du législateur de chercher dans tout comportement déviant la source d'une la nécessité médicale potentielle, qu'il conviendrait de faire coïncider avec la finalité judiciaire des mesures de défense sociale. Si une telle conjonction est possible, il convient cependant d'admettre qu'il s'agit d'une nécessité médicale dont ni le médecin ni son patient ne maîtrisent la qualification *a priori*, puisqu'elle procède du juge, éclairé par l'expert. La décision médicale se trouve donc justifiée par une nécessité médicale artificielle d'une autre nature que celle déjà identifiée *supra*. Elle est en effet non seulement détachée de l'opération normative du diagnostic et de la manifestation de la volonté du patient, et ne s'inscrit pas dans une finalité de protection de la santé mais de protection de l'ordre social. Or l'introduction de mesures de défense sociale dans le droit pénal français ne s'est pas accompagnée d'une consécration législative de la nécessité médicale qui en résulte, ce qui aboutit à une distorsion de la notion. Il conviendrait que le législateur en tire pleinement les conséquences, comme son homologue belge¹¹⁹⁹ l'a fait en matière de mesures de défense sociale, comme il l'a fait en d'autres matières, ou comme il le reconnaît en matière d'expertise médicale.

Section 2 : La nécessité médicale au service d'une décision non médicale

305. Il convient, pour aborder cette dernière dimension de la nécessité médicale, de citer A. LACASSAGNE, qui écrivait en introduction de son *Précis de médecine légale* : « La médecine ne s'occupe pas seulement de l'étude et de la guérison des maladies auxquelles l'homme est sujet, elle peut encore être plus utile en mettant ses connaissances spéciales au service de l'organisation et du fonctionnement du corps social. C'est ainsi que les législateurs, les magistrats, les administrateurs publics font appel à ses lumières ou s'inspirent de ses conseils pour élaborer ou appliquer les lois, pour veiller au maintien de la santé publique »¹²⁰⁰. Les

¹¹⁹⁹ CARTUYVELS Y., CHAMPETIER B., WYVEKENS A., La défense sociale en Belgique, entre soin et sécurité. Une approche empirique, *Déviante & Société, Médecine et Hygiène* 2010, 34 (4), p. 615.

¹²⁰⁰ LACASSAGNE A., MARTIN E., *Précis de médecine légale*, Masson 1909, p. 1 ; il poursuivait : «Ce rôle social, ces rapports nombreux de la médecine avec les différentes législations constituent la médecine politique, à laquelle il faut exclusivement réserver le nom de médecine légale. Elle concourt ainsi à la santé publique et à la justice, qui sont les deux plus hautes expressions de l'ordre matériel et de l'ordre moral. Ce sont là deux buts bien différents : d'un côté l'hygiène sociale et la police médicale, de l'autre la médecine judiciaire. Ce caractère distinctif se trouve nettement indiqué dans l'origine, la marche et les progrès de ces sciences ».

situations de recours au savoir et au savoir-faire médicaux dans le but d'éclairer une décision non médicale peuvent être regroupées sous le terme d'expertise. En matière sanitaire, l'expertise a acquis une place majeure dans la procédure décisionnelle juridictionnelle¹²⁰¹ ou administrative. D'une part, la nature des faits soumis à l'appréciation des juridictions et de l'administration a considérablement évolué, le fait acquérant une complexité technique croissante ; d'autre part, l'évolution des connaissances a autorisé le droit à étendre le spectre de ses questions¹²⁰². La nécessité médicale ne doit dès lors pas être envisagée comme une fin mais comme un moyen utilisé par une autorité non médicale pour justifier en fait une décision. Le recours à l'expertise médicale peut procéder de circonstances extrêmement diverses ; il prend cependant une dimension particulière s'agissant des actes médicaux réalisés en matière pénale pour la manifestation de la vérité (§1) et de la gestion des risques sanitaires (§2).

§1. La manifestation de la vérité

306. Selon C. AMBROISE-CASTEROT, le procès pénal est avant tout un problème de preuve, qu'il incombe aux magistrats et aux enquêteurs d'établir. Le corps et l'esprit humains peuvent être le lieu de la manifestation de la trace, de l'indice, voire de la preuve ; ils deviennent alors un terrain d'investigations pénales¹²⁰³. Cette réalité concerne tant la personne soupçonnée ou condamnée que la victime, morte ou vive, d'une infraction. Dans leur quête de la vérité fondée sur la preuve, les praticiens du droit ont de longue date fait appel à la compétence médicale. Présument pertinente en ce qui concerne l'exploration du corps ou de l'esprit humains, elle confère de surcroît à la preuve ainsi mise en évidence, le caractère objectif du résultat d'une évaluation technique basée sur un savoir de nature scientifique. Ce recours à l'expertise technique n'est pas nouveau. S'il est usuel de situer au XIX^e siècle la victoire des preuves rationnelles sur l'irrationnel et l'invocation de Dieu comme arbitre du litige¹²⁰⁴, il convient de rappeler que Charlemagne, dans ses Capitulaires, conseillait en certaines matières le

¹²⁰¹ DEHARO G., La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle?, *Journal international de bioéthique* 2006, 17, p. 33.

¹²⁰² BOUVET R., L'indépendance de l'expert, *Rev. jur. Ouest* 2015, n° spécial, p. 61.

¹²⁰³ AMBOISE-CASTEROT C. La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, *RDSS* 2008, p. 66.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

recours au médecin, de même que Philippe le Bel interrogeait ses chirurgiens jurés du Châtelet lorsque qu'une « navrure de corps » était susceptible d'être imputée à un acte que sa loi réprimait¹²⁰⁵. Cette question posée par le droit à la médecine crée la médecine légale¹²⁰⁶, dont l'histoire se confond naturellement avec celle de la règle de droit et avec celle du progrès des sciences et techniques. Évolutive dans son contenu en fonction de questions qui lui sont posées et des réponses qu'elle peut apporter, la médecine légale peut toutefois être définie de manière invariable, selon les termes d'Ambrose Paré, comme « l'art de faire, sous serment, des rapports en justice ». Cet art suppose un savoir médical particulier, et un engagement moral qui s'exprime par le serment.

307. La nécessité médicale qui justifie l'intervention médicale dans ce contexte relève bien évidemment d'une nécessité médicale artificielle, dans la mesure où le recours au technicien, en l'occurrence médecin, ne répond à aucune finalité de prévention ou de soin. Ainsi que l'écrivait L. DEROBERT, professeur de médecine légale, « la vocation de la médecine légale n'est pas sanitaire ; elle est uniquement judiciaire »¹²⁰⁷. Contrairement aux conditions de mise en œuvre des soins pénalement ordonnés et d'évaluation du risque de passage à l'acte violent, le législateur a expressément prévu le support normatif de cette intervention, qui peut être qualifiée de médico-légale. Il convient pour autant de souligner que les dispositions du code de procédure pénale ne visent pas spécialement les médecins, mais tous les techniciens amenés à prêter leur concours à la justice au service de la manifestation de la vérité. Ainsi les articles 60¹²⁰⁸ et 77-1¹²⁰⁹ C. proc. pén. disposent-ils que s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire ou le procureur de la République ont recours à toutes personnes qualifiées. Ce recours a lieu formellement dans le cadre de la réquisition à personne qualifiée. L'article 156 du même code prévoit que toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut ordonner une expertise. En matière de réquisition à personne qualifiée ou d'expertise, le droit ne reconnaît donc pas de spécificités aux médecins par rapport aux autres techniciens ; deux exceptions doivent toutefois être mentionnées. D'une part l'article

¹²⁰⁵ BOUVET R., LE GUEUT M., La médecine légale au XXI^e siècle : une nouvelle étape historique, *Droit, déontologie et soin* 2013, p. 59.

¹²⁰⁶ LACASSAGNE A., MARTIN E., *op. cit.*

¹²⁰⁷ DEROBERT L., *Médecine légale*, Flammarion 1974, p. 25.

¹²⁰⁸ Enquête de flagrance.

¹²⁰⁹ Enquête préliminaire.

164, al. 3 dispose que les médecins ou psychologues experts chargés d'examiner la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peuvent dans tous les cas leur poser des questions pour l'accomplissement de leur mission hors la présence du juge et des avocats. D'autre part, doit être mentionnée la réforme de la médecine légale¹²¹⁰ mise en œuvre en 2011. La réforme confie la réalisation des actes médicaux requis par l'autorité judiciaire aux établissements publics de santé, en contrepartie d'une dotation forfaitaire annuelle versée par la Chancellerie. Bien que supportée par des textes de valeur normative faible – trois circulaires¹²¹¹ –, cette réforme crée de fait une catégorie particulière de techniciens composée de médecins praticiens hospitaliers ayant pour unique activité la réalisation d'examens médicaux à visée judiciaire ; en d'autres termes, un service public de la médecine légale. Si seuls certains actes médicaux sont concernés¹²¹², et uniquement dans le cadre de la réquisition, cette réforme esquisse les bases d'une institutionnalisation de l'expertise médicale pénale. Elle semble nécessaire notamment en matière psychiatrique au regard du déséquilibre de l'offre expertale par rapport aux besoins des juridictions, le recours au service public hospitalier permettant de pallier les défaillances de l'initiative privée défaillante. La création de cette catégorie particulière de techniciens témoigne de la reconnaissance d'une compétence médico-légale particulière, ce qui peut être salué ; il n'en demeure pas moins qu'elle crée, dans le champ de l'expertise pénale, un régime spécial pour les techniciens médecins, et qu'elle s'inscrit en contradiction avec la tradition française qui réfutait et réfute encore le principe d'un exercice exclusif de l'expertise.

Le droit pénal permet donc la réalisation d'actes médicaux à finalité judiciaire dans le cadre de la réquisition ou de l'expertise, et crée, ce faisant, la nécessité médicale artificielle qui les justifie. Il convient pourtant de s'interroger sur son étendue et ses déterminants ; en d'autres termes, tout acte réalisé par un médecin sur réquisition ou dans le cadre de l'expertise répond-il à cette nécessité?

¹²¹⁰ BOUVET R., LE GUEUT M., *op. cit.*

¹²¹¹ Circulaire CRIM-2010-27/E6-21-12-2010 du 27 décembre 2010 relative à la mise en œuvre de la réforme de la médecine légale ; Circulaire CRIM-10-30-E6-28/12/2010 du 28 décembre 2010 relative à la mise en œuvre de la réforme de la médecine légale ; Circulaire CRIM-2012-12/E6-25.04.2012 du 25 avril 2012 relative à la mise en œuvre de la réforme de la médecine légale

¹²¹² Examens médicaux de victimes de violences physiques, psychiques et sexuelles ; examens médicaux de personnes placées en garde à vue ; examens médicaux prévus aux articles L.2341 et L.235-2 C. route ; levées de corps et examens de cadavres ; autopsie.

308. Il convient d'admettre que les questions que les enquêteurs ou les magistrats peuvent poser aux techniciens médecins ne connaissent en théorie pas de limite. L'étendue du champ de cette « nécessité médico-légale » peut s'analyser selon trois dimensions. La première dimension distingue deux types de questions posées. D'une part celle qui le sont de manière récurrente depuis qu'il existe des magistrats pour s'interroger et des médecins pour répondre. L'ensemble de ces questions et de ces réponses délimite, de manière floue, les contours de la médecine légale envisagée en tant que discipline ou spécialité médicale. Ainsi du constat des violences sexuelles, de la détermination de la cause et des circonstances de la mort, de l'identification d'un cadavre, ou de la spécification de l'origine des blessures. D'autre part, les circonstances d'une espèce peuvent amener l'autorité judiciaire à poser des questions nouvelles, qui contraignent la médecine légale à une perpétuelle adaptation. La question nouvelle appelle une réponse médico-légale inédite, et il revient alors au médecin d'aller chercher dans le corpus des connaissances médicales la possibilité d'une réponse, ou, à défaut, à créer un savoir spécifique. Se manifeste ici la deuxième dimension de l'étendue du champ de la nécessité médico-légale, lorsque l'avis technique ne peut emprunter la démarche diagnostique telle qu'elle serait menée avec une finalité sanitaire classique. La troisième dimension de l'étendue du champ de la nécessité médicale résulte de la mise à disposition par la médecine de moyens et techniques innovants, permettant de répondre à des questions que l'autorité judiciaire ne se posait pas. Deux domaines sont particulièrement concernés par cette troisième dimension, qui illustrent les déterminants de la nécessité médico-légale : l'utilisation des techniques de génétique et les neurosciences.

309. L'aveu constitue, dans le procès pénal, un mode de preuve dont la valeur a évolué, notamment du fait de sa mise en concurrence avec les preuves scientifiques et médicales¹²¹³, perçues comme offrant une fiabilité supérieure et garantissant un niveau de certitude pour les enquêteurs et les magistrats. Cette évolution a particulièrement concerné l'identification des auteurs potentiels d'infractions, qui est étroitement liée aux progrès de techniques d'identité judiciaire. Les moyens classiques, basés sur l'anthropométrie, la photographie et le relevé des empreintes papillaires, ont été complétés dans les années quatre-vingt-dix par l'émergence des techniques de biologie moléculaire. Ces techniques permettent, par l'analyse de segments non

¹²¹³ AMBROISE-CASTEROT C., *Aveu, Rép. Dr. pén. proc. pén.*, 2016, n°8.

codants de l'ADN¹²¹⁴, par définition unique pour chaque individu, d'identifier les personnes au moyen de leurs empreintes génétiques. L'utilisation des empreintes génétiques présente un intérêt majeur en criminalistique au regard des principes d'échange d'E. LOCARD¹²¹⁵ et d'individualité de P.L. KIRK¹²¹⁶, qui lui confère une valeur que certains ont qualifié de preuve parfaite¹²¹⁷ ou absolue¹²¹⁸. Les enquêteurs et les magistrats n'ont pas tardé à s'en saisir, mais si la technique a été mise au point dans la seconde moitié des années quatre-vingt, ce n'est qu'à l'occasion de la loi du 29 juillet 1994¹²¹⁹ que le législateur français a défini les modalités de sa mise en œuvre, par la création d'un article 16-11 du code civil, relatif à l'identification des personnes au moyen de leurs empreintes génétiques. Aux termes de l'article 16-11 C. civ., une telle identification ne peut être réalisée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, à des fins médicales ou de recherche scientifique, aux fins d'établir l'identité de personnes décédées si elle est inconnue, ou encore en matière d'identification de combattants sur les théâtres d'opération¹²²⁰. Le législateur a donc créé une nécessité médicale artificielle – « médico-légale » – en distinguant l'utilisation du procédé à finalité judiciaire de son utilisation à visée médicale ou de recherche scientifique. Le régime spécifique de la nécessité médico-légale se manifeste également dans le fait que le consentement de la personne n'est expressément requis qu'en matière médicale ou de recherche scientifique. En matière judiciaire, le prélèvement peut être réalisé sans le consentement de la personne condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement¹²²¹. Il en va de même pour les personnes poursuivies pour ce type d'infractions ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale¹²²². En dehors de ces hypothèses, le refus de se prêter au prélèvement est sanctionné par une peine d'emprisonnement et d'amende¹²²³.

Si la nécessité médico-légale de l'utilisation des techniques de génétique est déconnectée de l'obtention du consentement de la personne, il reste que le législateur n'a pas entendu les

¹²¹⁴ C'est-à-dire non traduits en protéines.

¹²¹⁵ LOCARD E., *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, Flammarion 1920, p. 139 : « La vérité est que nul ne peut agir avec l'intensité que suppose l'action criminelle sans laisser des marques multiples de son passage ».

¹²¹⁶ KIRK P.L., *The Ontology of Criminalistics*, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1963, p. 235.

¹²¹⁷ GALLOUX J.-C., *Les empreintes génétiques : la preuve parfaite ?*, *JCP G* 1991, I, 3497.

¹²¹⁸ PASCAL O., SCHLENK A., *L'empreinte génétique, le spectre de la preuve absolue*, *AJ Pénal* 2004, p.24.

¹²¹⁹ Loi n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* 30 juill. 1994, p. 11056.

¹²²⁰ Dans les conditions prévues à l'article L.2381-1 C. déf.

¹²²¹ Sur réquisitions écrites du procureur de la République.

¹²²² C. proc. pén., art. 706-56, I, al. 5.

¹²²³ C. proc. pén. art. 706-56, II, al 1^{er} et al. 2.

autoriser sans limite. Les techniques de biologie moléculaire ne peuvent en effet être mises en œuvre que dans le but d'identifier les personnes, et non dans celui d'examiner leurs caractéristiques génétiques. Il faut en effet distinguer l'identification des personnes, fondée sur l'analyse de régions non codantes de l'ADN, qui ne renseigne pas sur l'état sanitaire de la personne, de l'analyse des régions transcrites et traduites en protéines, qui permet, par exemple, la mise en évidence de pathologies. Cette seconde application des techniques de biologie moléculaire est expressément réservée à un usage médical ou de recherche scientifique, ainsi qu'en dispose l'article 16-10 C. civ., al. 1^{er}. Le législateur a donc exclu du champ des investigations judiciaires l'analyse du patrimoine génétique de la personne. Cette prudence mérite d'être saluée. Elle semble faire écho aux inquiétudes émises près de quarante ans auparavant par R. MERLE s'agissant de la compatibilité des nouveaux procédés scientifiques utilisés par la justice pénale avec le respect des droits fondamentaux : « La justice ne peut rien sur son corps [celui de l'inculpé]. Elle ne peut le frapper ; elle ne peut pas davantage lui extraire par effraction les secrets que recèle sa constitution biologique »¹²²⁴. C'est cette même prudence qu'il s'applique en matière d'établissement de la filiation des personnes de nationalité étrangère, laquelle peut reposer sur l'identification par leurs empreintes génétiques¹²²⁵, sans que leurs caractéristiques génétiques puissent être examinées, ainsi que l'avait relevé le Conseil constitutionnel¹²²⁶.

310. Il convient toutefois de relativiser cette stricte dichotomie juridique au regard des possibilités offertes par les techniques de biologie moléculaire. L'identification d'une personne telle qu'envisagée par le droit repose sur l'analyse de l'ADN non codant ; mais il est également possible de déterminer des éléments d'identification au moyen de l'analyse d'éléments codants. Ainsi par exemple du sexe, aisément déterminable, de la couleur des cheveux et des yeux ou de l'écartement des yeux. En d'autres termes, l'examen des caractéristiques génétiques de la personne peut contribuer à son identification. Ces techniques d'identification renvoient en fait aux techniques classiques d'anthropométrie développées au XIX^e siècle à la préfecture de police de Paris par A. BERTILLON, mais elles prennent une nouvelle dimension par

¹²²⁴ MERLE R., Le corps humain, la justice pénale et les experts, *JCP* 1955, I, 1219, cité par AMBOISE-CASTEROT C. La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, *RDSS* 2008, p. 66.

¹²²⁵ CESEDA, art. L.111-6, al. 2.

¹²²⁶ C. const., 15 nov. 2007, n°2007-557 DC, Loi n°2007-1631 du 20 nov. 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *AJDA* 2007, p. 2172 ; *D.* 2007, p. 3017, point de vue F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 2008, p. 1435, obs. J-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.*, p. 1638, chron. D. Turpin ; *ibid.*, p. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay.

l'analyse du matériau génétique. Une lecture stricte du droit positif s'oppose cependant à la mise en œuvre de ce procédé, couramment désigné par l'appellation de « portrait-robot génétique ». Comme le souligne J. DANET, selon l'article 427 C. proc. pén., de portée générale, la preuve des infractions n'est libre qu'autant que la loi n'en dispose pas autrement, et ce malgré les possibilités offertes par l'article 81, al. 1^{er} du même code¹²²⁷. Or les dispositions de l'article 16-10 ne permettent pas d'utiliser l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, eut-il pour finalité ultime son identification, à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique. Bien plus, de tels agissements sont constitutifs de délits réprimés aux articles 226-25 et 226-26 C. pén. La Chambre criminelle n'en a pas moins approuvé une chambre de l'instruction d'avoir autorisé un juge d'instruction, sur le fondement de l'article 81 C. proc. pén. à prescrire une analyse de l'ADN laissé sur les lieux, tendant exclusivement à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime, à seule fin de faciliter son identification¹²²⁸. Cette décision est manifestement rendue *contra legem* dans la mesure où si elle limite l'analyse aux « caractères morphologiques apparents », il n'en demeure pas moins que pour ce faire, l'expertise génétique porte sur l'ADN codant, l'opération s'analysant alors *de lege lata* en un examen illicite des caractéristiques génétiques de la personne. L'intérêt judiciaire de la technique, s'il se trouve avéré, mériterait donc une nouvelle intervention du législateur. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme a proposé qu'une liste limitative des caractéristiques autorisées et des gènes exploitables dans le cadre de l'expertise soit établie, excluant l'examen des anomalies génétiques au regard du risque d'atteinte au droit du respect de la vie privée et familiale¹²²⁹.

311. Le recours aux empreintes génétiques a sans conteste révolutionné l'enquête et l'instruction en matière d'administration de la preuve, et leur utilisation fait désormais partie du quotidien des enquêteurs et des magistrats. Il n'en demeure pas moins que leur mise en œuvre nécessite, comme tout résultat technique, une interprétation, et que la mise en évidence d'une empreinte génétique sur le corps d'une victime ou sur l'objet d'un délit ne désigne pas celui auquel elle appartient comme un coupable. L'interprétation doit en effet tenir compte de

¹²²⁷ DANET J., Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait-robot génétique » (mais approximatif) est validé, *RSC* 2014, p. 95.

¹²²⁸ *Crim.*, 25 juin 2014, n°13-87.493, *D.* 2014, p. 1453 ; *RSC* 2014, p. 95, obs. J. Danet.

¹²²⁹ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents*, 17 mars 2016, p. 12.

leur caractère transférable, et s'agissant par exemple des atteintes sexuelles, la mise en évidence de matériel génétique ne permettra jamais à l'expert de se prononcer sur la violence, la menace, la contrainte ou la surprise¹²³⁰. Il en résulte que l'aveu demeure une valeur sûre, un mode de preuve sécurisant pour les enquêteurs et les magistrats¹²³¹. Les examens scientifiques et techniques, loin de disqualifier l'aveu, permettent au contraire de l'envisager sous un nouveau jour, notamment par le recours aux neurosciences.

312. Selon C. BYK, la fragilité des témoignages humains et la subjectivité des expertises psychiatriques et psychologiques, qui sont censés éclairer les magistrats sur le discernement et le fonctionnement psychique des personnes soupçonnées d'avoir pu commettre une infraction ont conduit les praticiens du droit à interroger la médecine quant aux notions de culpabilité, de responsabilité et de dangerosité¹²³². En d'autres termes, il s'agit de savoir si des aveux peuvent être obtenus ou un profil psychologique établi par des explorations ou des traitements visant le cerveau humain, siège de la conscience de la personne, y compris contre la volonté de celle-ci. Ce recours aux neurosciences, entendues au sens des techniques permettant d'explorer l'anatomie et le fonctionnement cérébral et cognitif, a emprunté plusieurs voies. Certaines sont aujourd'hui prohibées ; d'autres semblent possibles en droit positif, et contribuent à poursuivre l'esquisse de la nécessité médico-légale.

313. Au titre des méthodes illicites, il convient de citer la narco-analyse, qui consiste à employer une substance psychoactive (le thiopental, commercialisé sous le nom de spécialité Penthotal®) dans le but de vaincre les résistances de l'individu et l'obliger à avouer¹²³³. Peut-être rapprochée de cette technique celle de l'hypnose ; le polygraphe ou détecteur de mensonge n'a pour sa part jamais été utilisé en France. L'aveu devant être librement consenti, il est inenvisageable que de tels procédés puissent être mis en œuvre par un enquêteur ou un magistrat. Se pose en revanche la question de savoir s'ils peuvent être utilisés dans le cadre de l'expertise par l'expert, à l'appui des autres moyens lui permettant de répondre aux questions de sa mission. Ainsi le narco-diagnostic réalisé par l'expert afin vérifier l'organicité d'une

¹²³⁰ C. pén., art. 222-22.

¹²³¹ AMBROISE-CASTEROT C., *Aveu*, *Rép. Dr. pén. proc. pén.*, 2016, n°9.

¹²³² BYK C., *Les neurosciences, une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social?* *RDSS* 2012, p. 800.

¹²³³ AMBROISE-CASTEROT C., *ibid.*, n°37 et s.

aphasie a-t-il pu être considéré comme recevable devant une juridiction¹²³⁴. Il s'agit ici d'une décision d'une juridiction du premier degré qui pour être célèbre n'en demeure pas moins ancienne et doit être regardée, du point de vue de l'expertise médicale, comme inenvisageable à l'heure actuelle. Trois arguments s'y opposent : le premier est celui de la fiabilité de la technique, éminemment discutable ; le deuxième est celui de son innocuité, s'agissant d'un médicament anesthésique ; le troisième est celui du sens même de l'utilisation de la technique, que la doctrine assimile à la torture, dans la mesure où il vise à briser la résistance d'un individu à l'aide de la science afin de l'obliger à avouer¹²³⁵. Ce dernier critère permet également de disqualifier le recours à l'hypnose. La Chambre criminelle considère comme contraire à l'exercice des droits de la défense l'audition effectuée par des officiers de police judiciaire, sur commission rogatoire, d'une personne placée avec son consentement sous hypnose par un expert désigné par le juge d'instruction¹²³⁶. Ainsi se dessinent en négatif les déterminants de la nécessité des actes médicaux réalisés par les médecins à des fins judiciaires : respect de la dignité de la personne humaine, loyauté dans la recherche des preuves et exigence de fiabilité. C'est au regard de ces trois critères que doit dès lors être analysé le recours aux neurosciences dans le procès pénal.

314. L'imagerie cérébrale morphologique et surtout fonctionnelle permettant d'apprécier les mécanismes cognitifs, il a été proposé par d'y recourir pour tenter de déterminer de manière objective la culpabilité, la responsabilité et la dangerosité des personnes faisant l'objet de poursuites pénales. Une affaire désormais célèbre jugée en Inde en 2008, qui avait vu la condamnation d'une épouse pour l'empoisonnement de son mari au motif que les explorations neuroscientifiques avaient montré que le mot « cyanure » lui était familier, a cependant fait prendre conscience au législateur français des potentielles dérives de ce type de pratique¹²³⁷. La révision de la loi relative à la bioéthique intervenue en 2011 a donc conduit à l'introduction dans le code civil d'un article 16-14 qui dispose que les techniques d'imagerie cérébrale ne

¹²³⁴ T. corr. Seine, 23 févr. 1949, *D.* 1949, p. 287, note R. Vouin ; *ibid.*, p. 105 ; *JCP* 1949, II, 4786, note Badie et Koops ; *Gaz Pal* 1949, I, 140 : « Attendu qu'il apparaît que le Dr H... n'avait nullement l'intention de profiter de la « période d'endormissement » ou d'éveil du sieur C... pour procéder à un interrogatoire (qui ne pouvait d'ailleurs avoir aucune valeur) sur les faits qui lui étaient reprochés, mais d'opérer un traitement inoffensif lui permettant (dans le cadre de la mission qui lui était impartie) de déjouer les ruses de l'inculpé et de déceler sa simulation par les moyens que la science médicale mettait à sa disposition : qu'il s'agissait donc bien d'une narcose uniquement destinée à déterminer un diagnostic en établissant l'existence d'une lésion corporelle ».

¹²³⁵ LARRIEU P., La réception des neurosciences par le droit, *AJ Pénal* 2011, p. 231.

¹²³⁶ *Crim.*, 12 déc. 2000, n°00-83.852, *D.* 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chasaing ; *Crim.*, 28 nov. 2001, n°01-86.467, *Bull. crim.* 2001, p. 823.

¹²³⁷ Procédés finalement déclarés illégaux et contraires à la constitution par la Cour suprême indienne en 2010.

peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. L'utilisation de ces techniques, quelle que soit la finalité de leur mise en œuvre, est soumise au consentement exprès de la personne recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité¹²³⁸. Il convient de relever que contrairement aux dispositions encadrant l'utilisation des techniques de biologie moléculaires à des fins judiciaires, l'utilisation des techniques d'imagerie médicale est soumise, quel que soit sa finalité, au consentement de la personne. Nulle possibilité de les mettre en œuvre de force et point de sanction associée au refus du sujet. A cette réserve liée au consentement, doit de plus être ajoutée celle du respect des règles du procès pénal. En effet, le principe de liberté de la preuve n'autorise pas les modes de preuve contraires aux droits de la défense et à la dignité de la personne¹²³⁹. L'exigence de la loyauté de la preuve interdit donc, selon toute vraisemblance le recours à de telles techniques au soutien de l'accusation. On peut en revanche s'interroger sur la possibilité d'un tel recours par la défense. Reste que cette hypothèse viserait à faire la preuve chez le sujet d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant entraîné une abolition ou une altération de son discernement ou du contrôle de ses actes¹²⁴⁰. Elle est tout à fait pertinente du point de vue du diagnostic médical, des affections neurologiques pouvant emprunter à la sémiologie psychiatrique. Demeure la question de la valeur du consentement à la réalisation des examens, qui reste problématique dans ces hypothèses¹²⁴¹.

315. La question de la loyauté de la preuve se complique également, sur un plan de pure technique expertale, de l'innocuité et de la fiabilité des moyens utilisés. Sur le premier point, on rappellera que la réalisation d'un scanner cérébral soumet la personne à des rayonnements ionisants ; il existe donc un risque pour la santé de la personne lié à la réalisation de l'examen, risque qui n'est mis en balance avec aucun bénéfice sanitaire. L'utilisation de l'imagerie par résonance magnétique semble pour sa part dénuée de risque particulier. Sur le second point, si en l'état actuel des connaissances scientifiques des pistes sont en voie d'exploration, l'utilisation de l'imagerie cérébrale fonctionnelle ne permet en aucun cas à l'expert – qui n'en a

¹²³⁸ Le consentement doit mentionner la finalité de l'examen. Il est révoquant sans forme et à tout moment.

¹²³⁹ BYK C., *op. cit.*

¹²⁴⁰ C. pén., art. 122-1.

¹²⁴¹ SORDINO M.-C., Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience...?, *AJ Pénal* 2014, p. 58.

d'ailleurs pas la compétence¹²⁴² – de se prononcer sur une culpabilité ou sur une particulière tendance de la personne à mentir. La constitution d'un corpus de connaissances solides supposerait la création de bases de données, laquelle n'est pas dénuée risques propres tenant à la protection des données et à l'établissement d'associations corrélatives entre diagnostic lésionnel, comportement passé voire futur, et traitement social¹²⁴³. Il pourrait en résulter des conséquences majeures pour le droit pénal si les justiciables devaient être enfermés dans un déterminisme qui remettrait finalement en cause la notion même de responsabilité. La fascination du droit pour la technique pourrait alors se retourner contre lui, si l'on considère, selon le chercheur en neurosciences H. CHNEIWEISS qu'il existe un découplage entre le moment de la prise de décision et la conscience de la prise de décision, que le fonctionnement cérébral est plus émotionnel que rationnel, et qu'il peut exister un découplage entre intention et action¹²⁴⁴...

316. En définitive, la nécessité médico-légale semble devoir répondre aux exigences de fiabilité, d'innocuité et de loyauté. La fiabilité renvoie à la dimension technique du recours aux moyens médicaux, et est exigible dans ce contexte comme dans celui d'une nécessité médicale qui s'inscrirait dans une finalité sanitaire. Il en est de même s'agissant de l'innocuité des techniques utilisées, voire, celle-ci est d'autant plus exigible qu'il n'est attendu aucun bénéfice sanitaire de leur mise en œuvre. L'exigence de loyauté tirée du respect des droits fondamentaux de la personne est l'affaire des praticiens du droit, enquêteurs, magistrats et avocats. Elle est aussi l'affaire de l'expert médecin, qui dans ses décisions et dans les actes médicaux qui en découlent, ne peut agir au mépris de la dignité de celui qu'ils concernent. De même qu'il a été identifié pour le médecin une liberté de ne pas faire en matière de protection de la santé collective lorsque l'intérêt général mérité d'être écarté au profit de l'intérêt individuel, il existe en matière d'expertise pénale une liberté de ne pas faire quand la dignité de la personne doit être protégée, la manifestation de la vérité dut elle en pâtir.

Si la mobilisation du savoir et du savoir-faire médicaux par le juge pénal a donné à montrer une autre facette de la nécessité médicale, sa sollicitation par l'administration au soutien de la

¹²⁴² Crim., 29 janv. 2003, n°02-86.774, *Bull. crim.* 2003, p. 81.

¹²⁴³ BYK C., *op. cit.*, SORDINO M.-C., *op. cit.*

¹²⁴⁴ CHNEIWEISS H., Cerveau préservé, réparé, amélioré, *Méd. & Droit* 2011, p. 48.

gestion des risques sanitaires en révèle une dernière dimension qui vient la rapprocher d'une nécessité médicale de droit commun.

§2. La gestion des risques sanitaires

317. L'administration en charge de la santé publique est confrontée à une obligation générale de sécurité et de protection de la santé, au titre de laquelle elle doit assurer la prévention, l'évaluation et la gestion des risques sanitaires. Elle est également tenue par le principe de mutabilité, qui lui impose de s'adapter tant aux progrès de la technique qu'à l'évolution de la demande sociale. En matière de sécurité sanitaire, la complexité des faits soumis à l'appréciation de l'administration s'est conjuguée à une exigence sociale de transparence qui a conduit l'État à externaliser ses moyens d'évaluation des risques en créant des agences de sécurité sanitaire. Ces agences fonctionnent elles-mêmes en externalisant la production d'avis techniques auprès de professionnels de santé, médecins et pharmaciens notamment, qu'elles reconnaissent comme experts¹²⁴⁵. La sollicitation d'un médecin expert par l'administration pour l'éclairer sur une question d'ordre technique procède d'une nécessité médicale envisagée comme un moyen. Elle s'apparente, en cela, à la nécessité médico-légale qui est mobilisée au soutien de la manifestation de la vérité en matière pénale. Elle s'en distingue toutefois en ce que l'intervention médicale se borne, en matière d'évaluation des risques sanitaires, à la production d'un avis d'expert, et ne donne pas lieu à la réalisation d'un acte médical comme ce peut être le cas en matière d'expertises réalisées au profit de juridictions. Il n'y a donc pas lieu à la création d'une nécessité médicale artificielle par le législateur. Il s'agit en effet non plus de se prononcer sur une situation individuelle mais de procéder à une appréciation à l'échelle collective. En somme, il s'agit pour l'administration de mobiliser un savoir approprié permettant une action publique rationnelle. On pourrait dans ces conditions s'interroger sur le caractère médical des avis d'experts ainsi sollicités, puisqu'ils sont réduits à la dimension scientifique de la médecine, c'est-à-dire au seul savoir médical. Cela reviendrait à ignorer la finalité des décisions administratives qu'ils éclairent, décisions qui ont vocation à contribuer à la protection de la santé. Ainsi, de manière indirecte, la décision de l'expert – l'émission d'un avis – contribue à cette « réalisation pratique utile à

¹²⁴⁵ BOUVET R., LE GUEUT M., Expertise et sécurité sanitaire du médicament, *RGDM* 2013, p. 349.

l'homme »¹²⁴⁶ qui fonde, avec la science, la pratique médicale. La nécessité médicale qui sous-tend l'intervention médicale dans ce contexte peut dès lors s'analyser non en une nécessité artificielle, comme en matière d'expertise juridictionnelle, mais en une nécessité indirecte, en ce qu'elle contribue à la prévention de la santé collective. Le caractère indirect de cette nécessité mérite cependant d'être discuté au regard de l'articulation de l'avis d'expert avec l'élaboration de la décision administrative.

318. Le caractère indirect de cette nécessité tient d'abord au fait que les avis d'experts ne sont pas des décisions administratives mais seulement des avis techniques qui motivent ces décisions en fait. Ces avis procèdent en outre d'une consultation facultative dans la mesure où d'une part rien ne contraint l'administration à consulter, et où d'autre part elle n'est pas tenue par les opinions qui lui sont communiquées par ses experts. En cela, la contribution des avis d'experts à l'élaboration de la décision administrative se rapproche de celle des expertises ordonnées par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, le juge n'étant jamais tenu par les conclusions de l'expert. Indirecte également, est la contribution individuelle de chaque expert à l'élaboration de l'avis technique dans la mesure où ceux-ci sont rendus au terme d'une procédure collégiale reposant sur la consultation de « formations expertes » (commissions, groupes de travail, etc.) organisées par les agences et généralement composées de personnels organiques de ces agences et d'experts extérieurs. C'est donc bien l'avis collectif qui sera communiqué et non les avis individuels, leur expression n'étant prévue qu'au titre de la mention des avis contraires à l'avis majoritaire dans les comptes rendus des différents groupes et commissions¹²⁴⁷. Pour certain qu'il soit sur le plan formel, le caractère indirect de la nécessité médicale qui les justifie ne doit cependant pas masquer la portée effective des avis d'experts dans la décision administrative.

319. Il faut en effet considérer la dimension technique croissante des questions soumises aux agences de sécurité sanitaire, qui les contraignent à développer le recours aux avis d'experts afin de motiver en fait leurs décisions. L'étendue des connaissances à mobiliser est telle qu'elle ne peut être maîtrisée par le personnel organique des agences, dont l'incompétence

¹²⁴⁶ BERNARD C., *Principes de médecine expérimentale, ou de l'expérimentation appliquée à la physiologie, à la pathologie et à la thérapeutique*, PUF 1947, p. 194.

¹²⁴⁷ CSP, art. L.1451-1-1 (expertise sanitaire) ; art. L.5321-1 (commissions de l'ANSM).

technique s'illustre par l'existence d'une procédure d'expertise. Ici encore, l'analogie avec l'expertise juridictionnelle peut être retenue, car s'il a été dit *supra* que les avis d'expert ne liaient pas le décideur, il reste que la complexité des faits soumis à son appréciation pourrait, dans une certaine mesure, rendre sa décision captive de ces avis. L'analogie ne peut toutefois être poursuivie au-delà du constat d'une dépendance du décisionnaire à l'avis d'expert dans la mesure où en matière de sécurité sanitaire, la décision est caractérisée par le contexte particulier qu'est celui de la gestion des risques. Les risques sont définis par M. CALLON *et al.* comme des événements parfaitement descriptibles, dont on ne sait pas s'ils se produiront, mais dont on sait qu'ils sont susceptibles de se produire¹²⁴⁸. Selon ces auteurs, les risques s'opposent à l'incertitude, caractérisée par l'impossibilité de l'anticipation.

La relation de sujétion de la décision administrative à l'avis témoigne du pouvoir de fait des experts, dont D. TABUTEAU estime qu'il est proportionné à l'appréciation que la sphère politique porte sur l'intensité du risque¹²⁴⁹. Or, en matière sanitaire, cette intensité est considérée comme maximale dans la mesure où la société française a développé au cours des années quatre-vingt et jusqu'aux affaires *Médiateur* ou des prothèses PIP, une véritable aversion au risque. L'avis de l'expert peut dès lors revêtir pour le décisionnaire une valeur supérieure à sa valeur réelle de conseil ou de recommandation et fonder à lui seul la décision. Le modèle rationaliste d'une décision éclairée par une connaissance adéquate a pour ces raisons été critiqué par P. LASCOUMES qui y a vu une « crise de l'expertise », laquelle s'illustre dans le lien de dépendance de l'administration vis-à-vis de ses experts et dans la tentation pour ceux-ci de s'ériger en décideurs¹²⁵⁰.

320. Pour autant, la sujétion de la décision à l'expertise en matière de gestion des risques est d'autant moins acceptable qu'elle revêt, en l'absence de certitude quant à leur réalisation, une dimension politique qui ne peut être l'affaire des experts. Il en résulte que le décideur ne peut être tenu par la seule dimension technique de la prospective, car ses décisions peuvent être

¹²⁴⁸ CALLON M., LASCOUMES P., BARTHE Y., *Agir dans un monde incertain, essai sur la démocratie technique*, Seuil, 2001, p. 37.

¹²⁴⁹ TABUTEAU D., L'expert et la décision en santé publique, *Les tribunes de la santé* 2010, n°27, p. 33.

¹²⁵⁰ LASCOUMES P., L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation, *Revue française d'administration publique* 2002, p. 375 : Ainsi des « avis mous », qui renvoient à des affirmations insuffisamment étayées et résultent d'une analyse peu rigoureuse et peu critique ; des « avis-couverture » se caractérisant par une attitude de retrait des experts derrière des formules vagues et parfois contradictoires afin de ménager incertitude, inquiétude et préservation de l'opinion publique ; des « avis blindage » créant des certitudes illusoire en n'explicitant pas leur démonstration ou en occultant des avis minoritaires ; enfin, des usages inappropriés de l'expertise par le demandeur, c'est-à-dire l'utilisation des avis rendus au-delà de leurs conclusions réelles.

motivées par des arguments étrangers à la technique. En témoigne par exemple le fait que le principe de précaution ne s'applique qu'au décideur et pas à l'expert. Si celui-ci doit faire preuve de prudence et remettre en question ses certitudes dans une démarche scientifique, le principe de précaution procède d'un mode de gouvernance qui suppose un parti pris qui gomme l'incertitude et s'inscrit donc en contradiction avec la démarche scientifique. Par conséquent, selon Y. LE BARS, en situation d'incertitude, ce ne sont pas les experts qui peuvent apporter l'assurance de la proportionnalité du dispositif mis en œuvre par rapport à l'ampleur du risque ; c'est le résultat d'une négociation avec les secteurs concernés de la société¹²⁵¹. Lorsque l'évaluation expertale n'a pas levé toutes les incertitudes, demeure pour l'administration l'obligation de décider. Si la décision est légitime, elle est pour l'essentiel politique, mais c'est bien cette dimension politique qui lui confère sa légitimité : en démocratie, seule la légitimité politique peut fonder les décisions affectant la santé, et souvent la liberté des individus. L'exigence de précaution s'impose alors au décideur politique, de même que la responsabilité de décision, « régaliennne et incessible »¹²⁵².

321. L'intervention expertale médicale en matière de gestion des risques sanitaires est donc justifiée par une nécessité médicale qui, au contraire de celle qui sous-tend l'expertise juridictionnelle, peut être qualifiée d'indirecte plutôt que d'artificielle, en ce qu'elle contribue à la protection de la santé par l'éclairage qu'elle apporte à la puissance publique. En cela, elle se rapproche de la nécessité médicale de droit commun qui justifie les décisions protectrices de la santé collective. Elle s'en distingue toutefois en ce qu'elle s'inscrit dans le processus d'élaboration d'une décision d'une autre nature – une décision administrative – dont elle ne constitue que l'une des justifications.

Conclusion du Chapitre 2

322. L'analyse du recours au savoir et au savoir-faire médicaux à des fins autres que la protection de la santé laisse à voir une nécessité médicale hétérogène dès lors qu'elle n'est envisagée que comme un moyen. La nécessité médicale mobilisée dans le cadre des mesures de défense sociale semble la plus à risque d'instrumentalisation. Détachée du diagnostic, elle

¹²⁵¹ LE BARS Y., Le nouvel âge de la décision publique, l'expertise en défaut, *Cadres CFDT* 2006, n°422, p. 41.

¹²⁵² TABUTEAU D., *op. cit.*

est assimilée à la finalité socio-judiciaire des mesures et qualifiée par le juge, sans qu'aucun texte spécial ne la consacre réellement en une nécessité médicale artificielle non équivoque. Dans le meilleur des cas et selon les inclinations des professionnels de santé concernés, une nécessité médicale vraie pourra être identifiée, qui coïncidera avec la finalité de la mesure. Dans le cas contraire, seule la liberté du médecin dans l'exercice de son art, instituée au soutien de sa loyauté envers celui qui reste pour lui un patient, peut et doit le conduire à dénoncer cette nécessité médicale imposée. Le souci de la protection de la dignité de la personne doit également guider l'expert appelé à contribuer à la manifestation de la vérité. Si la loi définit bien une nécessité médico-légale, l'extension des possibilités techniques proposées par la médecine et intéressant le juge lui impose de ne prêter son concours à la justice qu'en son honneur et sa conscience. Il lui appartient donc de placer sa collaboration sous le triple tempérament de la fiabilité, de l'innocuité et de la loyauté ; *a contrario*, de se déporter. L'expertise réalisée au profit de l'administration chargée de la santé se distingue de l'expertise juridictionnelle dans la mesure où elle est déconnectée d'une approche individuelle et demeure dans le champ de la santé publique. La nécessité médicale qui la justifie s'analyse *in fine* en une nécessité médicale indirecte de collaboration à la protection de la santé, pondérée des intérêts politiques extra-techniques que revêt naturellement mais légitimement la décision administrative.

Conclusion du Titre 1

323. La liberté décisionnelle du médecin se manifeste particulièrement, eu égard au contenu de la décision, dans la qualification de la nécessité médicale qui est soumise à l'opération du diagnostic qui résulte de la mobilisation des connaissances médicales. Se trouve ainsi définie la condition *sine qua non* permettant l'atteinte à l'intégrité du corps humain, bien-fondé de la décision médicale. Les contours de la nécessité médicale tendent cependant à perdre de leur netteté. D'une part, la satisfaction de désirs personnels dont la réalisation passe par la mobilisation du savoir-faire médical déconnecte la décision du diagnostic et contraint le législateur à créer, de manière artificielle, de nouvelles nécessités médicales ne répondant pas à la finalité de protection de la santé. D'autre part, la préservation de l'ordre public justifie que soit mobilisé le savoir médical à des fins parfois dénuées de lien direct avec la protection de la santé publique. Dans ces situations de nécessités médicales artificielles, et face au risque

d'instrumentalisation du pouvoir médical, s'impose plus que jamais la liberté du médecin, qui doit en toutes circonstances avoir pour boussole la dignité de la personne humaine.

Après avoir été analysée au regard de la finalité de la décision médicale, la détermination de son juste motif, qui conditionne la liberté du médecin au regard de son contenu, doit maintenant être examinée au regard de sa pertinence.

TITRE 2 : LA PERTINENCE DE LA DECISION MEDICALE

324. La détermination du juste motif de la décision médicale repose sur l'examen des déterminants de la légitimité de la décision. La finalité de la décision est le premier de ces déterminants, dont il a été montré qu'elle reposait sur une nécessité médicale vraie, artificielle ou indirecte, dont la qualification était bornée par la loi. La justification de la décision médicale ne peut cependant pas ne reposer que sur une détermination juridique de son contenu, qui reviendrait à nier l'existence du pouvoir-savoir médical et la possibilité de choix pour le médecin, qui est une manifestation de ce pouvoir. La pertinence de la décision médicale, second déterminant, doit donc reposer sur l'utilisation d'un instrument justificatif suffisamment indéterminé pour autoriser ce choix : le standard (Chapitre 1). Le recours au standard permet également au juge de procéder à un contrôle de pertinence de la décision par la confrontation de la justification de la décision et de ses effets au standard (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La standardisation de la décision médicale

325. La détermination du juste motif de la décision médicale impose au médecin une opération normative préalable de qualification des faits qui lui sont soumis par rapport à une référence, afin de déterminer son intervention, laquelle est également soumise, dans sa nature et ses modalités, à une référence. Ces références de savoir et de savoir-faire qui permettent au médecin de justifier le bien-fondé de sa décision peuvent être qualifiées de standard, le terme étant ici entendu au sens commun¹²⁵³. Selon D. BOURCIER et V. TAUZIAC, le standard naît des contraintes matérielles et des besoins, il est le produit d'un arbitrage entre des choix techniques différents¹²⁵⁴. À cet égard, la décision médicale peut être qualifiée de standardisée dans la mesure où sa finalité s'inscrit dans l'action et non dans la seule réflexion, au contraire par exemple d'une science fondamentale. Le recours au standard comme fondement de la pertinence de la décision médicale doit cependant être envisagé selon deux dimensions, selon que l'on se place du point de vue de la pratique médicale (Section 1) ou de celui de l'appréciation juridique de la pertinence de la décision (Section 2).

¹²⁵³ De l'ancien français « estandard » – devenu étendard –, enseigne portant une devise ou une marque, servant d'emblème ou de signe de ralliement.

¹²⁵⁴ BOURCIER D., TAUZIAC V., *Du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux*, Rapport final, Mission de recherche droit et justice, 1995.

Section 1 : Appréciation pratique du standard

326. La décision médicale consiste pour le médecin à effectuer un choix guidé par une norme de référence. Cette opération est en outre réalisée dans une situation d'incertitude tenant à différents facteurs internes et externes à la relation médicale. Le recours au standard technique comme référence décisionnelle pour le médecin est un outil de réduction de l'incertitude, qui contribue à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins (§1). Il reste que lorsque l'incertitude persiste, la nécessité d'une décision demeure (§2).

§1. Nécessité du standard

327. Le recours au standard technique en matière de pratique médicale est le fruit d'une évolution qui témoigne de problématiques de deux ordres. La première est de nature technique, et s'inscrit dans la recherche de la scientificité de la justification de l'acte médical, en d'autres termes, de son efficacité. La seconde est de nature sociale et répond à l'émergence d'une exigence de qualité et de sécurité des soins. Deux étapes peuvent être identifiées dans ce processus : celle de la rationalisation puis celle de la standardisation.

328. La première étape est celle de la quête d'objectivité de la prise de décision médicale qui a consisté, depuis le XIX^e siècle en particulier, à extirper de la pratique de la médecine les raisonnements fondés sur des croyances mystiques et magiques. Par la mesure, la quantification et la compréhension des phénomènes biologiques, par l'expérimentation *in vivo* et *in vitro* permise par la mise à disposition de techniques d'explorations, la médecine moderne s'est progressivement affranchie du seul jugement clinique pour établir une nosologie commune, affirmant la scientificité de son assise. Ce mouvement témoigne d'une recherche d'efficacité, qui a concerné nombre de sciences devenues expérimentales, en même temps qu'il s'inscrit dans la recherche d'une légitimité fondée sur le chiffre¹²⁵⁵, à laquelle les

¹²⁵⁵ CASTEL P., ROBELET M., Comment rationaliser sans standardiser la médecine? Production et usages des recommandations de pratiques cliniques, *Journal d'économie médicale* 2009, p. 98.

pouvoirs publics sont particulièrement sensibles¹²⁵⁶. Ce mouvement s'est progressivement accentué à mesure d'une part de l'évolution des moyens d'exploration de phénomènes biologiques, et d'autre part, de celle des attentes sociales en matière d'efficacité – et donc de coût –, ainsi qu'en matière de sécurité des soins. La dimension technique du phénomène a crû à compter des années cinquante, notamment du fait des progrès de la pharmacologie ; elle croît encore actuellement du fait du développement des techniques de biologie moléculaire et d'imagerie qui permettent d'affiner la compréhension des phénomènes physiopathologiques à l'échelon subcellulaire et partant, à en déduire de nouvelles pistes thérapeutiques. La dimension sociale du phénomène s'est accentuée dans le dernier quart du XX^e siècle, en raison d'une part du poids des dépenses de santé dans un contexte économique et financier dégradé, et d'autre part au regard de l'aversion au risque sanitaire déjà évoquée, particulièrement prégnant dans les sociétés occidentales.

Il paraît cependant inapproprié de qualifier ce mouvement de standardisation de la pratique médicale, dans la mesure où il s'est agi – et où il s'agit encore en matière de recherche médicale – de construire un savoir et non d'imposer les modalités de son utilisation. Or en médecine le savoir est essentiellement fondé sur la science, entendue comme un ensemble structuré de connaissances qui se rapportent à des faits obéissant à des lois objectives (ou considérés comme tels) et dont la mise au point exige systématisation et méthode¹²⁵⁷. Il convient donc davantage d'y voir un mouvement de rationalisation¹²⁵⁸ de la médecine par la production d'un savoir adéquat à même d'éclairer la pratique médicale et de garantir aux patients efficacité, qualité et sécurité des soins.

329. La seconde étape de la consécration du recours au standard technique est plus récente, puisqu'elle s'est réellement manifestée au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix. Il est en effet apparu à cette époque que nonobstant la consolidation des assises scientifiques du savoir médical, qui avait conféré une dimension technique croissante à l'exercice de la médecine, persistait une hétérogénéité des pratiques professionnelles. Le constat de cette hétérogénéité, qui n'était pas en soit mauvaise, s'accompagnait de celui de justifications peu probantes du contenu de la décision médicale : arguments physiopathologiques erronés, part excessive de l'expérience personnelle, reproduction d'habitudes locales, voire charisme de

¹²⁵⁶ PORTER T., Making things quantitative, *Science in context* 1994, p. 389.

¹²⁵⁷ www.cnrtl.fr/portail/, v° science.

¹²⁵⁸ CASTEL P., ROBELET M., *op. cit.*

leaders d'opinion¹²⁵⁹. Deux phénomènes semblaient donc s'opposer : la persistance d'une dimension « irrationnelle » - ou non complètement rationnelle – de l'exercice médical malgré l'accroissement des connaissances permettant une pratique en principe rationnelle. Il convient cependant de dépasser ce paradoxe apparent, dans la mesure où les deux phénomènes ne sont en fait pas totalement étrangers l'un à l'autre. L'essor de l'épidémiologie et de la recherche clinique conjugué à l'accroissement du recours à l'analyse statistique a contribué à une augmentation exponentielle, qualitative et quantitative de la connaissance médicale. Cette inflation a confronté les praticiens à leurs limites individuelles en termes d'intelligibilité et d'accessibilité de la connaissance, du fait du nombre des publications scientifiques, de leur hétérogénéité, et de la complexité des méthodes statistiques employées¹²⁶⁰. En somme, il devenait difficile pour les praticiens de satisfaire les exigences d'efficacité, de qualité et de sécurité des soins au regard de leur capacités à intégrer ces nouvelles connaissances. C'est dans ce contexte que s'est développée l'*evidence based medicine*, littéralement « médecine fondée sur les preuves », autrement traduite par l'expression « médecine factuelle » qui lui sera ici préférée.

330. Conceptualisée par des chercheurs en santé publique dans les années quatre-vingt-dix en tant que méthode pédagogique¹²⁶¹, la médecine factuelle ambitionne de définir les règles d'une prise en charge médicale conforme aux résultats de la recherche clinique. Pour ce faire, elle recourt à l'analyse statistique afin de garantir la valeur des tests diagnostiques et l'efficacité des procédés thérapeutiques. Les règles de prise en charge sont celles définies « en moyenne », pour des malades similaires à ceux sur lesquels la recherche clinique a été menée. La tâche du médecin consiste donc à classer son patient dans la catégorie de malades correspondante, puis à appliquer les règles préalablement dégagées par les résultats de la recherche¹²⁶². Il en résulte une simplification et une rationalisation de la décision médicale dans une logique scientifique¹²⁶³. La médecine factuelle, prise dans sa définition initiale, ne saurait toutefois être résumée à la vision caricaturale d'une démarche purement statistique qui réduirait le médecin à un rôle d'exécutant appliquant mécaniquement les directives dictées par

¹²⁵⁹ *Ibid.* ; STEICHEN O., Former à la décision médicale, *Laennec* 2014, p. 51.

¹²⁶⁰ AZRIA E., Le soignant et la standardisation des pratiques médicales, *Laennec* 2013, p. 32.

¹²⁶¹ GUYATT G. *et al.*, Evidence-based medicine. A new approach to teaching the practice of medicine, *JAMA* 1992, p. 2420.

¹²⁶² STEICHEN O., *op. cit.*

¹²⁶³ *Ibid.*

les mathématiques, et ce à deux égards. D'une part, l'étape préalable et indispensable du diagnostic reste fortement imprégnée d'une approche clinique fondée sur l'interrogatoire et l'examen physique, dont la pertinence peut certes être guidée et améliorée par des algorithmes de stratégie diagnostique, mais qui requiert tout de même des capacités d'analyse et d'interprétation qui reposent sur le seul examinateur. Cette étape peut correspondre à celle de la « catégorisation » évoquée *supra*, qui n'est en rien accessoire puisque c'est de sa justesse que dépend la pertinence de la décision. La décision consistant à appliquer correctement une règle de prise en charge à une situation inappropriée serait en effet non pertinente. D'autre part, l'approche statistique ne constitue que l'un des deux piliers de la médecine factuelle, que ses concepteurs définissent comme une « utilisation rigoureuse, consciencieuse et judicieuse des preuves les plus récentes et de plus haut niveau pour les décisions concernant le soin d'un individu »¹²⁶⁴. La référence à la singularité du sujet, parfois oubliée par les contempteurs de la médecine factuelle, constitue en effet sa seconde composante essentielle. Elle replace le médecin dans une situation de réel décisionnaire et de traducteur de la règle de prise en charge que la place accordée à l'analyse statistique – marquée de la plus stricte rigueur mathématique – et à la catégorisation – objective et normative – avait semblé annihiler.

La médecine factuelle doit donc bien être considérée comme un outil d'aide à la décision médicale en ce qu'elle affranchit – au moyen partiellement – le médecin de son incapacité à embrasser l'ensemble du champ de la connaissance médicale par la production de synthèses ou de recommandations, tout en lui ménageant un espace d'interprétation permettant l'individualisation de sa décision. En d'autres termes, la pratique de la médecine factuelle suppose d'intégrer l'expertise du praticien avec les données de la recherche clinique afin de réduire l'incertitude qui caractérise toute décision. Selon D. SACKETT *et al.*, l'expertise clinique est représentée par les compétences et le jugement acquis par le médecin à travers l'expérience et la pratique cliniques. Elle est donc envisagée positivement par les concepteurs de la médecine factuelle, dans la mesure où elle se traduit notamment, selon eux, par une démarche diagnostique plus efficiente et par la considération respectueuse des préférences et des valeurs du patient dans sa prise en charge¹²⁶⁵.

¹²⁶⁴ SACKETT D.L., ROSENBERG W.M., GRAY J.A., HAYNES R.B., RICHARDSON W.S., Evidence based medicine : what it is and what it isn't, *BMJ* 1996, n°312, p. 71.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

331. Au-delà de la question de la prise en compte des préférences et valeurs du patient, déjà discutée *supra* relativement à son aptitude décisionnelle, l'individualisation de la décision médicale n'est pas méconnue de la recherche clinique, et donc de la médecine factuelle. Deux illustrations peuvent en être données. La première résulte de la méthode décisionnelle dite d'individualisation par règle, mise en œuvre lorsque la situation soumise au médecin ne trouve pas sa réponse dans la stricte application des règles issues de la médecine factuelle. Cette hypothèse est loin d'être rare et correspond au fait que dans de fréquentes situations, le patient ne peut être considéré comme strictement équivalent aux sujets sur lesquels la recherche qui fonde la recommandation a été menée. L'individualisation par règle consiste, au moyen de techniques statistiques particulières à réaliser une catégorisation plus fine des groupes de malades, afin de pouvoir obtenir des éléments pertinents au regard du profil du patient à soigner. La méthode suppose l'existence de données de recherche et est limitée par des biais méthodologiques, mais prend bien sa source dans les résultats de la recherche clinique. Ce modèle décisionnel computationnel place le médecin dans une situation de processeur d'information exigeant une formulation précise du problème qui lui est soumis afin de définir l'espace de résolution approprié¹²⁶⁶. La seconde illustration de la prise en compte de la singularité du patient est celle de la médecine dite personnalisée, qui ambitionne de soigner de façon spécifique chaque patient en fonction de ses antécédents et de ses caractéristiques propres. On se réfère ici à une singularité biologique, qui peut être révélée par les nouvelles technologies aux confins de la génomique, de la biologie cellulaire et du traitement massif de données¹²⁶⁷. Il ne s'agit plus de procéder à un retraitement statistique de données mais d'envisager la dimension singulière de l'expérience physiopathologique dès l'étape de la recherche clinique. Il en résulte, outre les applications relevant de la médecine prédictive¹²⁶⁸, la possibilité d'affiner le pronostic et de cibler la thérapeutique en fonction, par exemple, de l'expression de marqueurs spécifiques, autant de pistes particulièrement investies en cancérologie¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ STEICHEN O., *op. cit.*

¹²⁶⁷ V., sur ce sujet : PICARD R., Médecine personnalisée : de quoi parle-t-on ? Une vision prospective, *Annales des mines, Réalités industrielles* 2014, p. 99 ; CORVOL P., POSTEL-VINAY N., Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ? *Les Tribunes de la santé* 2009, p. 27.

¹²⁶⁸ Cf. *supra*.

¹²⁶⁹ GONÇALVES A., MORETTA J., EISINGER F., BERTUCCI F., Médecine personnalisée et cancer du sein : médecine anticipatoire, évaluation pronostique et ciblage thérapeutique, *Bulletin du cancer* 2013, p. 1295.

332. Les économistes P. CASTEL et M. ROBELET analysent le recours à la médecine factuelle en une poursuite du phénomène de rationalisation, consistant en une nouvelle forme d'objectivisation de la médecine¹²⁷⁰. Il s'agirait, selon ces auteurs, d'une rationalisation cognitive entendue comme l'amélioration des moyens adaptés aux fins, qui reviendrait non à un appauvrissement mais à une mutation de la place du médecin dans le processus décisionnel. Il lui appartient en effet, au nom de l'individualisation de la décision, d'écarter ou, le cas échéant, d'adapter la recommandation dès lors qu'elle n'est pas applicable à l'espèce qui lui est soumise. Cette lecture – qui est celle d'économistes – témoigne d'une vision juste mais finalement assez théorique du recours à la médecine factuelle, telle que définie par ses premiers auteurs : une approche analytique et critique de la connaissance permettant d'établir des niveaux de preuve et de justifier la décision médicale. En d'autres termes, un outil conférant au médecin une autonomie critique face au volume du savoir¹²⁷¹.

Il convient de tempérer cette analyse en soulignant que le recours à la médecine factuelle s'inscrit dans une relation étroite avec l'aptitude décisionnelle du médecin au regard de la justification de la décision. Ce recours se manifeste par l'émission de recommandations, de guides, de stratégies diagnostiques ou thérapeutiques dont le contenu a un caractère prescriptif plus que descriptif et est donc intrinsèquement orienté vers l'action, c'est-à-dire vers la décision. Il procède également d'une régulation collective, ce qui lui confère une certaine légitimité¹²⁷², laquelle est renforcée par la qualité de ses auteurs, qu'ils soient des institutions – organes de l'Etat, sociétés savantes – ou des personnalités scientifiques dont la compétence est reconnue. Dans ces conditions, il paraît difficile de n'y voir qu'une rationalisation de la pratique médicale, tant l'assise scientifique de celle-ci ne semble pas contestée par ses praticiens, sauf à considérer la dimension économique de l'activité médicale, et à concevoir les outils de médecine factuelle comme des moyens d'obtenir un rendement maximum pour un coût minimum. Cette analyse semble toutefois s'éloigner de son ambition initiale d'autonomisation du médecin face à l'accroissement des connaissances. Plus qu'une rationalisation, nous y voyons une standardisation de la pratique médicale compte tenu de l'aptitude décisionnelle réelle du médecin quant au contenu de sa décision. La marge d'appréciation concrète du médecin est en effet réduite d'une part au regard de la relativité de cette aptitude et d'autre part de la force normative des outils d'aide à la décision promus par la

¹²⁷⁰ CASTEL P., ROBELET M., *op. cit.*

¹²⁷¹ AZRIA E., *op. cit.*

¹²⁷² CASTEL P., ROBELET M., *op. cit.*

médecine factuelle. Il en résulte un amoindrissement de la capacité et de la légitimité du médecin à s'écarter du standard technique et à mettre en œuvre la deuxième composante de la médecine factuelle qu'est l'individualisation de la décision. Le standard technique semble dès lors s'ériger en instrument indispensable à la détermination d'un contenu pertinent de la décision médicale, davantage qu'en outil d'analyse critique de la production scientifique médicale.

Si le recours au standard technique est justifié par l'aptitude partielle du médecin à déterminer le juste contenu de sa décision en situation d'incertitude, on aura compris que ce modèle décisionnel n'est pas exempt de limites.

§2. Limites du standard

333. Les limites du recours au standard technique dans la justification de la décision médicale peuvent s'analyser selon deux dimensions. La première est celle de la subordination du standard aux données issues de la recherche clinique (A). La seconde est celle du dévoiement du recours au standard, qui se manifeste dans la « protocolisation » de l'exercice de la médecine (B).

A. Les limites liées à la subordination du standard aux données de la recherche

334. La subordination du standard de décision aux connaissances issues de la recherche clinique ne saurait être remise en question, en tant que principe fondamental de la justification de l'acte médical. Il appert cependant qu'une lecture stricte de ce principe confronte la référence à la médecine factuelle à ses limites. Ainsi que le souligne l'interniste O. STEICHEN, de nombreux problèmes de santé, même fréquents, n'ont pas été étudiés par la recherche clinique¹²⁷³ ; dans le même temps, des pathologies d'occurrence plus rare ne sont pas considérées comme des priorités pour la recherche dans un contexte de financement contraint et compte tenu de la modestie du marché pour l'industrie des produits de santé qui assure et

¹²⁷³ STEICHEN O., *op. cit.*

finance une part non négligeable de la recherche clinique en France. Ainsi, par exemple, dans certaines circonstances physiopathologiques, le rapport entre les bénéfices et les risques de l'intervention médicale *versus* l'abstention n'est pas connu. Dans d'autres cas, l'efficacité respective de différentes options thérapeutiques n'a jamais fait l'objet d'une évaluation méthodologiquement fiable soutenue par une analyse statistique solide. Il en résulte que le médecin confronté à un diagnostic peut ne pas disposer d'un standard technique de prise en charge applicable à la situation qui lui est soumise, si l'objet du standard n'a pas été considéré comme devant être exploré par le système qui supporte l'organisation, le financement et la publication des travaux de recherche clinique.

Dans d'autres hypothèses diagnostiques ou orientations thérapeutiques, il peut exister un standard, mais qui n'est pas strictement applicable au malade à prendre en charge. Ainsi par exemple d'une option thérapeutique qui n'aurait été validée que pour des sujets d'une certaine tranche d'âge, à laquelle le patient à prendre en charge n'appartient pas. Dans ces situations, l'individualisation par règle (*cf. supra*) peut s'avérer inopérante si les données issues de la recherche clinique ne permettent pas d'interprétation du standard en vue d'une adaptation casuistique.

335. Le phénomène d'absence ou d'inadaptation du standard technique se manifeste particulièrement en matière de prescription médicamenteuse, l'acte de prescription constituant l'archétype de la décision médicale. Il convient de rappeler que les conditions d'utilisation des médicaments à usage humain sont déterminées au regard des résultats de la recherche clinique, via le résumé des caractéristiques du produit qui est associé à l'autorisation de mise sur le marché octroyée par l'ANSM¹²⁷⁴. L'autorisation de mise sur le marché (AMM), initialement conçue dans une perspective médico-économique pour fixer les modalités de remboursement des médicaments à usage humain, a été érigée par la loi du 29 décembre 2011¹²⁷⁵ en standard d'utilisation de ces produits¹²⁷⁶. Toute prescription médicamenteuse doit donc, sauf circonstances particulières justifiant une motivation spéciale¹²⁷⁷, être conforme aux

¹²⁷⁴ Agence nationale de sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

¹²⁷⁵ Loi n°2011-2012 du 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF* du 30 déc. 2011, p. 22667, *D.* 2012, p. 272, entretien A. Laude ; *RDSS* 2012, p. 315, chron. J. Peigné.

¹²⁷⁶ LAUDE A., La nouvelle régulation des produits de santé. A propos de la loi du 29 décembre 2011, *JCP G* 2012, 123.

¹²⁷⁷ BOUVET R., Le GUEUT M., La prescription hors AMM après la loi du 29 décembre 2011, *Rev. Droit & Santé* 2012, p. 569.

conditions d'utilisation du produit ainsi définies. Or il s'avère que dans de nombreuses hypothèses, le prescripteur est contraint de s'en affranchir. Il a ainsi pu être estimé de 15 à 20% la part des prescriptions dites hors AMM, c'est-à-dire ne respectant pas le standard technique à un titre ou à un autre, cette part pouvant atteindre 50% en oncologie et 90% en néonatalogie¹²⁷⁸. Plusieurs explications peuvent être avancées pour expliquer cet écart de la pratique par rapport au standard.

D'abord, il illustre le fait que certaines populations ne font que très rarement l'objet d'études cliniques. C'est le cas, par exemple, des enfants, des vieillards, ou des femmes enceintes. Même si de telles études se développent, il demeure que leur réalisation sur ce type de population reste difficilement envisageable compte tenu du risque qui est irrémédiablement attaché à toute expérimentation scientifique. Or il est des risques moins acceptables que d'autres, pour la communauté scientifique comme pour la société dans son ensemble, tels ceux qui concernent les personnes les plus vulnérables que sont les nourrissons ou les enfants à naître. On comprend alors la part ultra majoritaire des prescriptions hors AMM en néonatalogie. Autre hypothèse, le standard technique peut ne pas suivre le rythme de l'évolution des connaissances scientifiques : le standard est alors « en retard ». Ce délai d'adaptation n'est pas en soi problématique, dans la mesure où un certain recul entre la découverte scientifique et son application pratique à grande échelle peut permettre une évaluation plus poussée de l'opportunité de sa généralisation¹²⁷⁹. Il demeure que dans certaines pathologies graves et agressives, de pronostic sombre, les médecins comme les patients souhaitent pouvoir disposer des nouvelles options thérapeutiques dans les meilleurs délais¹²⁸⁰ (à rapprocher des 50% de prescription hors AMM en oncologie). C'est le sens des dernières dispositions législatives, qui confèrent davantage de souplesse et de réactivité au système de régulation des médicaments en précisant le régime des autorisations temporaires d'utilisation (ATU), et surtout celui de la prescription médicamenteuse hors AMM et hors ATU, jusqu'alors non spécifiquement traité, lorsque l'indication ou les conditions

¹²⁷⁸ MAILLOLS-PERROY A.-C., HENIN C., La prescription hors AMM : une liberté conditionnelle, *RGDM* 2011, p. 169 ; CAHEN J., De la liberté de prescription des médecins à l'hôpital en dehors du cadre des autorisations de mise sur la marché des médicaments, *RDSS* 2008, p. 96.

¹²⁷⁹ C'est le sens des prescriptions de l'article R.4127-39, al. 1^{er} CSP, qui interdit aux médecins de proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé. V. également CSP, art. R.4127-15, al. 1^{er} : Le médecin ne peut participer à des recherches biomédicales sur les personnes que dans les conditions prévues par la loi ; *il doit s'assurer de la régularité et de la pertinence de ces recherches ainsi que de l'objectivité de leurs conclusions.*

¹²⁸⁰ LE JEUNNE C., *et al.*, Prescriptions hors AMM : comment en pratique les identifier, les encadrer, les informer et les suivre ? *Thérapie* 2013, p. 225.

d'utilisation du médicament font l'objet d'une recommandation temporaire d'utilisation (RTU) établie par l'ANSM¹²⁸¹. La prescription hors AMM peut enfin répondre à une autre situation : celle du doute diagnostique, qui survient lorsque le cortège des symptômes cliniques et paracliniques ne peut être qualifié en diagnostic médical, critère préalable à la détermination de l'indication du médicament au regard du résumé des caractéristiques du produit.

336. La consécration du recours au standard qui résulte du développement de la médecine factuelle et de son infusion dans toutes les dimensions de l'exercice médical aboutit *in fine* à une modification de l'architecture du savoir médical. Celui-ci, en plus d'être fragmenté du fait de l'hyperspécialisation qui s'impose aux médecins, tend à devenir discontinu. En effet, si seules les connaissances fondées sur les résultats de la recherche clinique envisagés dans toute leur rigueur peuvent assurer la pertinence de la décision médicale, il demeure, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, des zones blanches, c'est-à-dire non standardisées, faute de science ou de science applicable. Ces zones blanches procèdent également du choix opéré par la communauté scientifique de ne retenir comme ayant un haut niveau de preuves que les essais randomisés¹²⁸². Ce choix revient à écarter nombre de travaux utiles et informatifs qui ne s'inscrivent pas strictement dans cette méthodologie, à ne pas publier les résultats négatifs, et à favoriser les essais financés par l'industrie des produits de santé. Or ces derniers sont autant motivés par la science que par l'intérêt commercial des firmes, qui, pour être légitime, peut parfois justifier une présentation partielle voire partielle des résultats de la recherche.

Confronté au silence ou à l'incertitude de la science, le médecin reste cependant tenu par la nécessité de prendre une décision, qu'elle relève de l'action ou de l'abstention, et par l'obligation de la justifier en faisant appel à d'autres moyens pour en élaborer un contenu individualisé. Il ne s'agit plus ici de procéder à une individualisation par règle, mais à une individualisation dite « par cas » : lorsque les règles sont inexistantes ou inapplicables, les caractéristiques biomédicales d'un problème de santé peuvent guider la décision en la rattachant à des situations passées similaires¹²⁸³. Il revient donc au médecin d'aller puiser dans son expérience clinique personnelle la justification du contenu de sa décision, ce que J. DUMESNIL qualifie de moment du travail vivant et du faire, dans lequel le savoir théorique

¹²⁸¹ BOUVET R., LE GUEUT M., *op. cit.*

¹²⁸² DELEPINE N., Des dangers de la protocolisation en médecine, *JIM*, 24 mai 2014.

¹²⁸³ STEICHEN O., *op. cit.*

s'incarne dans une action particulière laquelle contribue simultanément à le régénérer¹²⁸⁴. Dans ce modèle herméneutique¹²⁸⁵, le médecin est vu comme l'interprète d'une situation clinique singulière et non plus comme un processeur d'information. La singularité de la situation est double lorsque la décision est privée des assises d'autorité et de légitimité du standard technique. Elle tient à la fois à la personne du patient, à ses préférences et à ses ressources, cognitives et émotionnelles notamment, qui prennent une importance particulière dans ce contexte. Elle tient également à la personne du médecin, dans la mesure où la qualité de son raisonnement analogique dépendra étroitement de celle de ses expériences antérieures, de sa capacité à en analyser le succès ou l'échec, ainsi que la pertinence de l'analogie. On peut voir dans ce recentrage de la décision sur le médecin la manifestation d'une liberté substantielle quant au contenu de la décision médicale. Il s'agit cependant d'une liberté bien fragile voire illusoire compte tenu des limites de l'exercice, qui reste empreint d'incertitude. La discontinuité induite par la structuration du savoir médical sur la médecine factuelle revient donc paradoxalement à lui conférer la plus grande liberté décisionnelle dans les situations où il ne peut s'appuyer sur la science. On peut dès lors s'interroger sur la réalité de la liberté de celui qui ne sait pas, et mieux comprendre l'utilisation détournée de la médecine factuelle à des fins de « protocolisation » de l'exercice de la médecine.

B. Les limites liées à la protocolisation de l'exercice de la médecine

337. Le recours au standard technique comme juste motif de la décision médicale a été conçu comme un outil d'harmonisation et d'homogénéisation des prises en charge médicales permettant de réduire la subjectivité du soignant dans l'élaboration de sa stratégie diagnostique ou thérapeutique. On en a vu les avantages, et même la nécessité. Il appert cependant que cette homogénéisation des pratiques en référence au standard se manifeste concrètement par une formalisation accrue des modalités d'application du standard, sous la forme de recommandations, conférences de consensus, *guidelines* ou autres référentiels. Cette formalisation peut être qualifiée de « protocolisation » de l'exercice de la médecine¹²⁸⁶, le

¹²⁸⁴ DUMESNIL J., Implications éthiques d'une « protocolisation » croissante... de la pratique médicale, in : HIRSCH E., *Traité de bioéthique*, ERES 2010, p. 690.

¹²⁸⁵ STEICHEN O., *op. cit.*

¹²⁸⁶ On pourrait plus largement parler de protocolisation des soins tant le mouvement concerne non seulement les médecins mais également l'ensemble des auxiliaires médicaux.

protocole étant défini comme une instruction précise et détaillée mentionnant toutes les opérations à effectuer dans un certain ordre ainsi que les principes fondamentaux à respecter pour exécuter une opération ou réaliser une expérience¹²⁸⁷.

La protocolisation de la médecine semble trouver sa justification non seulement dans la promotion de la qualité, de la sécurité et de l'efficacité des soins, mais également dans une rationalisation d'ordre économique qui répondrait, selon plusieurs auteurs¹²⁸⁸, à l'application des principes du *New Public Management*¹²⁸⁹ au champ de la santé. Cette doctrine de « nouvelle gestion publique », prône l'application des méthodes de gestion issues du monde de l'entreprise privée dans les services publics, qui se manifeste, dans une perspective d'efficacité et d'efficience économiques, par la promotion de procédures normalisées et la prohibition des comportements conduisant à des coûts de « non qualité »¹²⁹⁰. Le standard technique fondé sur les données de la médecine factuelle, elle-même imaginée comme un outil d'appréhension critique du savoir médical censé conférer au médecin une plus grande autonomie dans sa décision se voit donc totalement détourné de sa finalité initiale lorsqu'il sert le développement d'une prise en charge normalisée au motif d'une gestion des coûts et des risques¹²⁹¹. Il faut pourtant constater que les lois de financement de la sécurité sociale comme la loi *HPST* tendent à conditionner le remboursement d'actes de soins par l'Assurance maladie au respect de recommandations de bonnes pratiques¹²⁹². C. ROLLAND et F. SICOT en déduisent l'hypothèse selon laquelle une part du coût des actes qui ne respecteraient pas ces recommandations pourrait être transférée vers les régimes complémentaires au nom du déficit de service médical rendu¹²⁹³. Selon ces auteurs, certains organismes complémentaires ont élaboré des conventions avec des professionnels de santé, exigeant qu'ils respectent ces

¹²⁸⁷ www.cnrtl.fr/portail/, v° science.

¹²⁸⁸ AZRIA E., L'humain face à la standardisation du soin médical, *La Vie des idées*, 26 juin 2012 ; DUMESNIL J., *op. cit.*

¹²⁸⁹ CHAPPOZ Y., PUPION P.-C., *Le New Public Management, Gestion et management public* 2012, p. 1.

¹²⁹⁰ DUMESNIL J., *op. cit.*

¹²⁹¹ V., dans le même sens : CHANIAL P., *Le New Public Management est-il bon pour la santé ? Bref plaidoyer pour l'ineffable dans la relation de soin*, *Revue du MAUSS* 2010, p. 135, spéc. p. 140 : « En effet, n'y a-t-il pas, dans l'acte de soin, une part d'ineffable, dans tous les sens du terme, qui semble poser des limites intrinsèques à sa « protocolisation », à sa « tarification » et, liée à elles, à sa « marchandisation » ? Pour résumer l'hypothèse que je voudrais suggérer, s'il y a quelque sens à risquer le diagnostic d'une éventuelle « déshumanisation de la médecine », des pratiques et des institutions soignantes, n'est-ce pas parce que la propension à tarifier, cette obsession pour la quantification, pour l'évaluation, appuyée sur un regard comptable désormais dominant sur la santé, tend à méconnaître – au double sens du terme ignorer/dénier – et par là à éroder ce que l'on pourrait nommer la « part gratuite » de l'acte de soin ? ».

¹²⁹² CSS, art. L.314-1.

¹²⁹³ ROLLAND C., SICOT F., Les recommandations de bonnes pratiques en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial, *Gouvernement et action publique* 2012, p. 53.

bonnes pratiques ; réserve faite des différences fondamentales concernant les principes qui y gouvernent l'assurance maladie par rapport à la France, cette pratique est de longue date à l'œuvre aux Etats-Unis (*guidelines*)¹²⁹⁴. On peut également envisager l'hypothèse – non vérifiée à notre connaissance – selon laquelle les compagnies d'assurance de responsabilité professionnelle conditionneraient expressément la couverture assurantielle des médecins au respect de recommandations, ou du moins refuseraient de couvrir un professionnel qui s'en écarterait¹²⁹⁵, ce qui serait une profonde remise en cause de la liberté du médecin.

338. La protocolisation de l'exercice médical semble donc s'inscrire dans la recherche d'une minimisation des écarts de comportements des professionnels par rapport au standard, axée sur la performance économique. Indépendamment de ses conséquences collectives relatives à l'organisation du système de santé, qui s'avèrent mitigées en termes de résultat¹²⁹⁶, cette utilisation du standard technique détournée de sa finalité initiale est pourvoyeuse de deux types de risque à l'échelon individuel, c'est-à-dire au regard du contenu de la décision médicale. D'une part elle crée une illusion de sécurité, de qualité et d'efficacité en ignorant la part d'incertitude attachée à l'exercice médical. Elle peut dans ces conditions représenter un réel danger en réduisant, voire en supprimant la marge d'appréciation des professionnels, nécessaire à l'individualisation de la décision. Elle tend d'autre part à déshumaniser les protagonistes de la relation médicale.

339. Les développements précédents ont en effet montré que les progrès réalisés par la recherche médicale, tant sur la production des savoirs que sur les moyens de leur traitement et de leur interprétation, ne permettaient pas de gommer totalement l'incertitude qui s'attache intrinsèquement à l'exercice de la médecine. Le recours au standard technique fondé sur l'*evidence based medicine*, pour nécessaire qu'il soit, a montré ses limites propres et l'influence de son utilisation dans la structuration du savoir médical moderne. Il reste à en apprécier pleinement les conséquences pratiques à l'échelle individuelle de la décision

¹²⁹⁴ DUHAMEL G., *Le système de santé et d'assurance maladie américain. Action des médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire*, Rapport IGAS n°2002-073, 2002, p. 39 ; ZOLEZZI C., *La force juridique des recommandations de bonnes pratiques. Regards croisés France – Etats-Unis*, Thèse Rennes I, 2016, p. 318 et s.

¹²⁹⁵ Ce qui pourrait de fait être le cas s'agissant des RBP de la HAS au regard de leur valeur réglementaire : cf. Chapitre 2, Section 1, §2 du présent titre.

¹²⁹⁶ SIMONET D., *The New Public Management theory in the British health care system. A critical review*, *Administration & Society* 2015, p. 802 ; SIMONET D., *Assessment of new public management in health care: the French case*, *Health Research Policy and Systems* 2014, 12 : 57.

médicale. Ainsi doit-on préciser que si l'analyse statistique permet la modélisation de l'incertitude, elle ne permet pas son élimination¹²⁹⁷. La statistique a en effet pour objet de recueillir des observations portant sur des sujets présentant une certaine propriété, et de traduire ces observations par des nombres qui permettent d'avoir des renseignements sur cette propriété. Elle a pour but la structuration et la représentation de l'information contenue dans ces données. En d'autres termes, le traitement statistique des données issues de la recherche consiste en une étude des variations observées, ce qui la cantonne à une dimension purement descriptive et ne lui confère aucun effet sur le phénomène étudié. Or le recours à la médecine factuelle tel qu'il se développe aujourd'hui via la protocolisation de l'exercice médical semble ignorer ce fait incontestable, qui est bien davantage qu'une nuance d'interprétation. Il s'agirait en fait, selon E. AZRIA, d'une instrumentalisation de la médecine factuelle visant à minimiser voire à nier l'incertitude attachée à toute connaissance scientifique, aboutissant à une approche procédurale du soin permettant de gérer la santé comme n'importe quel processus industriel¹²⁹⁸. Il résulte donc bien de cette protocolisation une illusion de sécurité, de qualité et d'efficacité, dans la mesure où en niant la part d'incertitude qui imprègne la décision médicale, elle empêche le professionnel d'exercer son pouvoir décisionnel. Or c'est bien la prise en compte et l'interprétation de cette incertitude contextualisée qui peut le conduire, au vu des circonstances de l'espèce, à écarter l'injonction résultant du protocole au nom de ces mêmes sécurité, qualité et efficacité des soins. La protocolisation constitue par conséquent un obstacle à l'individualisation de la décision envisagée dans sa dimension technique, à même de constituer une menace pour sa justification. Elle peut également être regardée comme un obstacle à l'individualisation de la décision envisagée dans sa dimension humaine.

340. La dimension humaine de la décision médicale, on l'a vu *supra*, imprègne particulièrement la procédure de décision médicale, par le jeu de l'expression des volontés et de la prise en compte des intérêts qui se développe dans la création de la relation médicale puis dans les conditions d'élaboration de la décision elle-même. Cette dimension humaine concerne également la détermination du contenu de la décision médicale. Selon J. DUMESNIL, l'activité médicale se manifeste sous la forme d'un dialogue : « tantôt c'est une prescription que les savoirs médicaux et les impératifs moraux imposent, via le thérapeute, au patient, tantôt c'est le patient qui, par sa singularité morale ou pathologique, altère, dans le sens positif

¹²⁹⁷ AZRIA E., Le soignant et la standardisation des pratiques médicales, *Laennec* 2013, p. 32.

¹²⁹⁸ AZRIA E., L'humain face à la standardisation du soin médical, *La Vie des idées*, 26 juin 2012.

et régénérant que peut avoir ce mot, les certitudes morales ou biologiques de son médecin »¹²⁹⁹. Dans le même sens, E. AZRIA affirme que « la pratique médicale impose la mise en relation de deux univers ; l'un est scientifique, il est celui du général et du multiple, des études sur populations, des probabilités et autres modélisations du risque. L'autre univers, restreint à l'individu, domaine d'expression de sa singularité et de sa variabilité, est celui des affects et de l'inquantifiable. La médecine se fait dans un va-et-vient constant entre l'un de l'individu et le multiple de la connaissance scientifique »¹³⁰⁰. La relation médicale comme la décision, qu'elle soit abordée à l'aune de son contenant ou de son contenu, sont donc profondément marquées par le critère de la subjectivité tout autant, en ce qui concerne le contenu de la décision, que par celui de la scientificité. Le médecin est donc à la fois un scientifique, un artisan et un artiste, selon l'expression de L. DEGOS déjà citée¹³⁰¹. La protocolisation de la décision médicale conduit une nouvelle fois à bafouer son individualisation non plus sur le plan technique mais sur le plan éthique, lorsque la normalisation des situations individuelles qu'elle induit vient nier la subjectivité consubstantielle à la relation de soin. C'est cette négation de la subjectivité par la norme – ici, la « protocolisation » – que M. WEBER et M. FOUCAULT, cités par J.-P. PIERRON dans ses réflexions sur la notion de sens clinique, ont pu respectivement qualifier de « cage d'acier » ou « d'empire de la Norme »¹³⁰². La détermination du contenu de la décision médicale ne peut se résumer à une opération d'objectivation. Dans ces conditions, la protocolisation de la décision, pour être simplificatrice, éventuellement efficace, procède non seulement de la négation de l'évidence de l'incertitude et donc du risque, mais également de la négation de la contingence, de la complexité, de la singularité que l'homme introduit par sa façon de vivre la maladie¹³⁰³. Il y a donc bien dans cette vision procédurale du soin un dévoilement de l'utilisation du standard technique, conduisant à la déshumanisation de la relation médicale. Cette déshumanisation concerne tout à la fois le patient, ravalé au rang objet de soin

¹²⁹⁹ DUMESNIL J., *op. cit.*

¹³⁰⁰ AZRIA E., *op. cit.*

¹³⁰¹ Gérer les conflits d'intérêts pour plus de confiance, *Presse med* 2010, 39, p. 743 : « scientifique, il se sert du savoir basé sur des preuves, artisan, il agit mêlant efficacité, sécurité et accès aux soins innovants, enfin, artiste, il associe savoir, savoir-faire et savoir-être, avec un talent qui fait le lien entre le texte et le contexte ».

¹³⁰² PIERRON J.-P., Les trois sens du sens clinique, *Ethique et Santé* 2014, p. 38, spéc. p. 40, citant M. FOUCAULT : « Nous sommes entrés dans un type de société où le pouvoir de la loi est en train non pas de régresser, mais de s'intégrer à un pouvoir plus général : celui de la norme. Ce qui implique un système de surveillance, de contrôle tout autre. Une visibilité incessante, une classification permanente des individus, une hiérarchisation, une qualification, l'établissement des limites, une mise en diagnostic. La norme devient le partage des individus ».

¹³⁰³ AZRIA E., *op. cit.*

déterminé par ses caractéristiques biologiques, et le médecin, cantonné au rôle effecteur de soin dépourvu de toute autonomie décisionnelle.

La « protocolisation » de l'exercice médical semble en définitive répondre à un besoin médico-économique de gestion des coûts et des risques qui ambitionne l'annihilation de la faillibilité intrinsèque de la décision médicale tenant à sa dimension humaine. Plus qu'une aide à la décision, elle se substitue à la décision, sans que sa pertinence puisse être effectivement contrôlée par le médecin.

A l'issue de cette analyse critique du recours au standard dans le cadre de la pratique médicale, il convient de l'aborder concernant l'appréciation juridique de la pertinence de la décision.

Section 2 : Appréciation juridique du standard

341. L'appréciation de la liberté du médecin dans ses décisions procède d'une lecture à deux niveaux. Le premier niveau est concret et opératoire ; il consiste à interroger la pratique médicale elle-même. Le second niveau est abstrait, en ce qu'il consiste à interroger la régulation sociale de la pratique médicale par le droit. La nature même de l'activité médicale, les potentialités extraordinaires et les risques qui lui sont associés, ont justifié l'émergence de droits et d'obligations pour les protagonistes de la relation médicale. En résulte la détermination par le droit du processus d'élaboration de la décision médicale, que nous dénommons procédure ; en résulte également la détermination par le droit de la finalité de la décision médicale, qui permet d'en saisir la justification. Il paraît cependant impossible que le contenu même de la décision, fondé sur le savoir et le savoir-faire du médecin, puisse être prédéterminé par le droit ; la décision médicale reste, par définition, médicale. Il revient toutefois au droit, au regard des mêmes motifs qui justifient son intervention dans la procédure et la finalité de la décision médicale, de prévoir (§1) et de définir (§2) l'instrument juridique permettant d'en apprécier la pertinence.

§1. Recours au standard

342. Selon les principes formulés dans la théorie de la décision en droit médical proposée par P. LOKIEC, la relation médicale met en présence un médecin détenteur d'un pouvoir qui lui est conféré par son savoir et son savoir-faire, et un patient qui lui oppose des droits. La réalité de ce pouvoir se manifeste dans la décision ; celle-ci ne peut être prise et celui-là ne peut exister que si le médecin est en mesure d'effectuer un choix. L'exigence du juste motif de la décision ne doit donc pas annihiler la faculté de choix en prédéterminant le contenu de la décision à prendre¹³⁰⁴. En effet, la décision médicale n'en serait pas une si l'ordre juridique réglementait l'activité médicale en prescrivant la conduite à tenir devant telle ou telle pathologie¹³⁰⁵. Présentée ainsi, la proposition paraît évidente, et rappelle la formule du procureur général DUPIN dans ses conclusions sur l'affaire *Thouret-Noroit*¹³⁰⁶, désormais passée à la postérité : il ne revient pas au juge de départager Hippocrate et Galien. Il semble toutefois nécessaire de réitérer cette évidence et d'entendre l'avertissement de D. TRUCHET : la décision médicale ne doit pas être traitée comme une décision juridique, en l'insérant dans un processus normatif ; en d'autres termes, Kelsen ne doit pas entrer chez Hippocrate¹³⁰⁷. Selon cet auteur, elle « ne s'insère pas au bas d'une hiérarchie de normes scientifiques dont elle ferait application. La situation est inverse : le médecin part du cas qu'il examine et définit l'attitude technique qu'appelle, à son avis, ce cas »¹³⁰⁸. Il en résulte que la décision médicale reste celle d'un technicien, d'un praticien de la médecine, nonobstant l'inflation normative qui gouverne son exercice.

343. Si la décision médicale est de nature technique et non juridique, elle est la résultante de la manifestation du pouvoir-savoir du médecin et de l'exercice des droits du patient : droit à la protection de la santé, droit au respect de sa dignité, droit à ne pas subir des soins qui traduirait une obstination déraisonnable, etc. P. LOKIEC y voit l'illustration de la « rationalité des droits fondamentaux, qui sont avant tout des références opposables à un pouvoir, que ce

¹³⁰⁴ LOKIEC P., La décision et le droit privé, *D.* 2008, p. 2293.

¹³⁰⁵ LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641.

¹³⁰⁶ Req., 18 juin 1835, *DP* 1835, 1, 300, concl. Dupin ; *S.* 1835, 1, 401.

¹³⁰⁷ TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, qui ajoute : « Pas n'importe comment, bien sûr : en faisant appel à ces « aides à la décision » que sont les instruments d'investigation dont il dispose, la littérature sur le sujet, la consultation de confrères (parmi lesquels, en milieu hospitalier, le chef de service), etc. mais sans jamais être juridiquement lié par elles ». Plus encore, le médecin est-il fondé à s'écarter de la norme « lorsque la situation le justifie dans l'intérêt du malade et compte tenu de toutes les circonstances scientifiquement et moralement recevables ».

soit un pouvoir étatique ou un pouvoir privé »¹³⁰⁹. C'est dans cette opposition que naît la légitimité du contrôle juridique de la décision médicale. La légitimité de l'intervention du droit concernant les modalités d'élaboration et la détermination du contenu de la décision procède en effet de la nécessité de contrôler ce pouvoir et de garantir ces droits. La décision médicale est donc soumise à un contrôle juridique qui se déploie dans plusieurs dimensions. La procédure décisionnelle fait l'objet d'un contrôle de concertation et de motivation. Le contenu de la décision est quant à lui borné par la détermination de sa finalité en référence à la notion de nécessité médicale, et fait l'objet d'un contrôle de pertinence au regard de ses conséquences, de ses effets.

344. Il revient donc au droit de déterminer les moyens d'appréciation de la pertinence du contenu de la décision médicale, tout en respectant sa nature technique, extra-juridique. Il résulte de cette contrainte que ces moyens doivent répondre à une double exigence de souplesse et d'indétermination. Elles s'imposent en effet au regard de la nature même de la décision en matière médicale, mais également au regard de l'incertitude inhérente à l'exercice médical. Incertitude liée aux limites de la connaissance, qui impose la prudence, incertitude liée à l'évolutivité de la connaissance, qui impose la réactivité, incertitude liée à la rationalité relative des comportements humains en situation de vulnérabilité, qui impose la plasticité. La satisfaction de ces exigences de souplesse et d'indétermination, si elle est nécessaire, n'est toutefois pas suffisante pour l'appréciation du bien-fondé du comportement du professionnel de santé. Ne s'en remettre qu'à la souplesse et à l'indétermination ne permet pas la pleine effectivité du contrôle de pertinence, qui suppose que le contenu de la décision étudiée puisse être comparé à une référence. Cette référence ne peut être de nature juridique, dans la mesure où la décision soumise au contrôle ne peut être comparé qu'à une décision de même nature ; or la décision médicale est bien de nature technique. Il convient par conséquent que le droit admette et organise le recours à un système normatif extérieur à lui, de nature technique, dans son appréciation de la pertinence de la décision. Le contrôle de pertinence de la décision médicale se situe donc dans une internormativité¹³¹⁰. L'instrument de ce contrôle doit satisfaire aux critères de souplesse et d'indétermination par un processus d'extériorisation,

¹³⁰⁹ LOKIEC P., *op. cit.*

¹³¹⁰ DEUMIER P., Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets, in : CONSEIL D'ETAT, *Le droit souple, étude annuelle 2013*, Documentation française 2013, p. 247, spéc. p. 250.

c'est-à-dire de renvoi par le droit à un système normatif non juridique. Le standard, entendu au sens juridique du terme, s'inscrit parfaitement dans ces critères.

345. La notion de standard a semble-t-il été évoquée pour la première fois dans une communication de R. POUND prononcée à l'occasion d'un congrès de l'*American Bar Association* tenu en 1919. Le doyen de la faculté de droit d'Harvard distinguait quatre catégories d'instruments juridiques : les règles (*rules*), les principes (*principles*), les concepts (*concepts*) et les standards (*standards*). Il définissait le standard comme une mesure moyenne de conduite sociale correcte, le faisant donc apparaître comme une notion assez vague, fondée sur ce qui se passe couramment dans la société et, au fond, de nature sociologique¹³¹¹. Il semble que la définition du standard en droit français se soit avérée complexe, la notion ayant pu être qualifiée « d'évanescence »¹³¹² au regard de la littérature qui lui a été consacrée¹³¹³, laquelle peine à donner une définition matérielle de la notion, apparemment plus fonctionnelle que conceptuelle¹³¹⁴. Elle est étudiée dès 1925 dans la thèse d'A.-A. AL-SANHOURY¹³¹⁵, citée par A. TUNC, qui en esquisse l'intérêt en ces termes : « une grande ligne de conduite qui permet une certaine liberté d'action et une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables de la vie sociale »¹³¹⁶. Se manifeste ici l'utilité du standard, qui permet une adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante. Toujours selon A.-A. AL-SANHOURY, la notion « correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir »¹³¹⁷. L'intérêt du recours au standard est donc bien justifié ici par ses qualités d'indétermination et de souplesse, en même temps qu'est admise l'illusion de l'omnipotence de la règle juridique. C'est au regard de ces observations que se dessinent les contours de la définition du standard, telle que proposée par S. RIALS : le standard est « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine

¹³¹¹ TUNC A., Standards juridiques et unification du droit, *Revue internationale de droit comparé* 1970, p. 247.

¹³¹² CANSELIER G., *Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Thèse Paris I 2006, n°204.

¹³¹³ SATI M.-O., *Le standard juridique*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne 1927, p. 36 : « le standard juridique, peu susceptible d'une traduction française exacte, nous le paraît encore moins d'une définition » ; LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ 2005, p. 1 : « la difficulté d'une étude portant sur le standard réside dans l'absence de définition univoque de cette notion ».

¹³¹⁴ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant 2009, p. 4.

¹³¹⁵ AL-SANHOURY A.-A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, Giard, 1925, 367 p.

¹³¹⁶ TUNC A., *op. cit.*

¹³¹⁷ *Ibid.*

indétermination *a priori* de celle-ci¹³¹⁸. Le juriste canadien P. TRUDEL confirme cet intérêt lorsqu'il considère que le standard constitue une technique « tout à fait appropriée aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler des règles *a priori* sur les comportements que doivent adopter les sujets de droit »¹³¹⁹. On peut lire dans cette analyse de la justification du recours au standard par la qualité de l'indétermination *a priori*. On peut également y voir, en filigrane, la nécessité pour le droit de recourir à une référence non juridique pour déterminer la justesse d'un comportement. C'est ce critère de l'extériorisation qui conduit M. TARUFFO à définir le standard comme un point d'ouverture de la règle qui a pour caractère essentiel de ne pas renvoyer, pour l'application de la règle même, à d'autres règles ou principes internes à l'ordre juridique, mais de renvoyer hors de l'ordre juridique, au niveau d'autres critères qui ne sont pas fixés dans le système des règles du droit¹³²⁰. G. CANSÉLIER en a proposé une définition proche dans sa thèse consacrée aux données acquises de la science, et à laquelle nous souscrivons, qui le définit comme une technique de formulation de la règle de droit par laquelle l'ordre juridique renvoie à des normes non juridiques pour y trouver un étalon servant à l'évaluation d'un comportement ou d'une situation en vue de la production d'effets de droit¹³²¹.

346. Le contrôle de pertinence de la décision médicale repose donc sur l'utilisation du standard. Technique de formulation de la règle de droit caractérisée par l'indétermination et la souplesse requises par le contexte du contrôle, elle permet d'en assurer l'effectivité par la convocation de la norme technique, tout en garantissant la légitimité du contrôle. Reste à définir le standard convoqué par le droit au soutien du contrôle spécifique de la justification de la décision médicale.

¹³¹⁸ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridique de l'idée de normalité*, LGDJ 1980, p. 33 ; RIALS S., *Les standards, notions critiques du droit*, in : PERELMAN C., VAN DER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984, p. 44.

¹³¹⁹ TRUDEL P., La programmation de haute qualité : repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1988, p. 989.

¹³²⁰ TARUFFO M., La justification des décisions fondées sur des standards, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1988, p. 1123.

¹³²¹ CANSÉLIER G., *op. cit.*, n°208.

§2. Définition du standard

347. La nécessité pour le droit de se rapporter au savoir et au savoir-faire médicaux témoigne de l'internormativité¹³²² qui caractérise l'appréciation de la justesse du contenu de la décision médicale. C'est naturellement dans le champ du contentieux de la responsabilité médicale que s'est manifesté le besoin de définir le standard de décision, la responsabilité du médecin étant engagée en cas de non-conformité de son comportement à celui prescrit par le standard. A l'instar de la détermination des modalités procédurales de la décision, la définition des conditions d'appréciation de son bien-fondé, avant d'avoir été précisée par la déontologie médicale, par le règlement, puis par la loi, trouve son origine dans la jurisprudence. C'est en effet dans le célèbre attendu de principe de l'arrêt *Mercier*¹³²³, outre l'affirmation de la nature contractuelle de la relation médicale¹³²⁴ et de l'obligation de moyen qui pèse sur le médecin, que la Cour de cassation a déterminé le standard de référence en matière de qualité d'une prise en charge médicale : les données acquises de la science.

349. La consécration de la référence aux données acquises de la science par la jurisprudence et sa confirmation par son intégration dans le code de déontologie médicale en 1995 ne doivent cependant pas éluder les hésitations prétoriennes qui se sont manifestées pendant plusieurs décennies quant à la définition du standard de décision médicale. Les commentateurs de la décision de principe eux-mêmes s'autorisaient selon G. MEMETEAU quelque liberté de lecture laissant à penser que l'expression, « pour être énoncée dans l'arrêt, ne semblait pas sacramentelle »¹³²⁵. L'autorité de la formule s'est toutefois imposée dans la jurisprudence ultérieure de la Haute juridiction judiciaire, qui s'y est référée avec constance y

¹³²² DEUMIER P., *op. cit.*

¹³²³ Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P. ; *S.* 1937.1.321, note Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n°161 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493 : « [...] Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

¹³²⁴ A relativiser : HARICHAUX M., L'obligation du médecin de respecter les données de la science. A propos du cinquantième de l'arrêt *Mercier* : bilan d'une jurisprudence, *JCP G* 1987, n°47, doct. 3306 : affirmation ayant davantage pour but d'accorder une indemnisation à une victime que d'affirmer un principe, lequel avait été admis antérieurement à propos d'actions relatives aux honoraires.

¹³²⁵ MEMETEAU G., Responsabilité médicale : le moyen qui se réfère à la notion, erronée, de données actuelles, est inopérant, *JCP G* 2001, n°1, II, 10447 : « règles établies par la science » selon Demogue, « usages et règles de la science médicale » selon Josserand, « soins conformes à la conscience et à la science médicale » selon Matter.

compris après l'adoption de la loi du 4 mars 2002 et l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L.1110-5 CSP¹³²⁶. Le recours à cette définition depuis près de quatre-vingts ans confère donc au standard sa force et son autorité, ce qui conduit P. SARGOS à considérer que l'obligation de se conformer aux données acquises de la science constitue « en quelque sorte la norme des normes en matière d'obligation des médecins et d'appréciation de leur responsabilité »¹³²⁷. La constance dans le recours au standard ainsi défini s'est cependant avérée relative, dans la mesure où les juges du fond¹³²⁸ comme la Cour de cassation¹³²⁹ ont parallèlement pu, pendant plusieurs décennies, apprécier la conformité du comportement médical aux données actuelles plutôt qu'aux données acquises de la science.

350. La doctrine s'est montrée partagée quant au sens à accorder à cette variation de la définition du standard par les juges du quai de l'Horloge. Certains, et des mieux informés, n'y ont vu qu'une substitution de vocable sans grande conséquence. Ainsi P. SARGOS admettait-il sa difficulté à en percevoir la portée, dans la mesure où la notion de données de la science ne peut être appréciée qu'à la date des soins ayant provoqué le dommage, « le plus élémentaire sens de la justice interdisant de reprocher à un médecin d'avoir méconnu des données scientifiques inconnues au moment de son intervention, mais découvertes ensuite »¹³³⁰. On ne peut bien évidemment que souscrire à cette lecture. D'autres auteurs ont recherché dans le recours différencié à la notion de données « actuelles » ou « acquises » de la science la manifestation d'une réelle différence de contenu de l'obligation du médecin, et donc de traitement judiciaire. Dans son étude consacrée aux données de la science publiée à l'occasion du cinquantenaire de l'arrêt *Mercier*, M. HARICHAUX, explique la distinction au regard de la finalité de l'acte médical concerné¹³³¹. Selon cet auteur, l'exigence de conformité aux données acquises de la science concernerait les actes à finalité thérapeutique, alors que l'exigence de conformité aux données actuelles de la science concernerait les actes à visée diagnostique. Il semble que la justification de cette différence de traitement repose sur le niveau de risque

¹³²⁶ Cf. *infra*.

¹³²⁷ SARGOS P., Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin / patient, *JCP G* 2000, I, 226.

¹³²⁸ CA Paris, 20 févr. 1946, *Gaz. Pal.* 1946, n°1, p. 209 notamment.

¹³²⁹ Civ., 28 déc. 1954, *D.* 1955, p. 745 ; *JCP* 1955, IV, 59 ; Civ., 28 juin 1960, *JCP* 1960, II, 11787, note R. Savatier ; *RTD civ.* 1961, p. 112, obs. A. Tune ; Civ. 4 janv. 1974, *JCP* 1974, IV, 54 ; *RTD civ.* 1974, p. 882, obs. Durry.

¹³³⁰ SARGOS P., Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, *D.* 1996, p. 365.

¹³³¹ HARICHAUX M., *op. cit.*, spéc. n°13 et 14.

associé à la réalisation de l'un ou l'autre type d'acte, l'argumentation développée par l'auteur se référant dans les deux hypothèses aux dispositions du code de déontologie médicale en vigueur à l'époque. Ainsi, en matière d'acte à visée thérapeutique, l'article 30 ancien réprouvait-il l'usage de remèdes ou de procédés insuffisamment éprouvés : il convenait donc de privilégier la certitude de la connaissance acquise au risque de la nouveauté. En matière d'acte à visée diagnostique au contraire, la référence aux méthodes scientifiques les plus appropriées de l'article 36 ancien semblait justifier que le médecin fasse appel aux moyens les plus actuels, présumés être plus performants que les précédents. Il convenait donc de privilégier la modernité des connaissances actuelles au risque de l'obsolescence. Sans considérer expressément la notion de risque, mais dans le même esprit, C. MASCRET relève la pertinence de la référence aux données actuelles¹³³², car connues, répertoriées et perçues comme les plus efficaces et les plus performantes à l'instant où le médecin agit¹³³³. Et de citer le code de déontologie médicale belge, dont l'article 34, §1 prescrit aux médecins, tant pour poser un diagnostic que pour instaurer et poursuivre un traitement, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles et acquises de la science. Cette interprétation peine cependant à convaincre, tant les réalités représentées par les données acquises et les données actuelles, si elles se recouvrent, ne se superposent pas. L'intéressante analyse sémantique menée par J.-M. DEBARRE révèle ainsi que l'actualité d'une connaissance demande à être validée par un niveau de preuve scientifique suffisant ou par une pratique devenue classique pour passer du statut de connaissance médicale actuelle à celui de connaissance médicale acquise¹³³⁴. En d'autres termes, le caractère actuel de la connaissance précéderait son éventuelle accession à la qualité de connaissance acquise, laquelle ne pourrait lui être conférée que par une consécration procédant à la fois de la théorie et de la pratique.

351. C'est semble-t-il en accord avec ces objections que la Cour de cassation a mis fin à l'usage de la référence aux données actuelles de la science dans un arrêt du 6 juin 2000, la

¹³³² MASCRET C., Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires, *Méd & Droit* 2008, p. 165.

¹³³³ REBECQ G., *La prescription médicale*, PUAM 1998, n°166.

¹³³⁴ DEBARRE J.-M., Sémantique des « données acquises de la science » comparée aux « connaissances médicales avérées ». Pour une obligation du médecin à respecter les « connaissances médicales avérées ou acquises », *Méd & Droit* 2012, p. 22.

considérant comme « erronée »¹³³⁵. La doctrine la plus autorisée a approuvé la solution en ce qu'elle traduisait un retour salutaire à l'orthodoxie juridique des données acquises, la référence aux données actuelles relevant de l'hérésie¹³³⁶. On ne peut que se ranger à cet avis, et ce à deux égards. D'une part l'orthodoxie juridique de la décision du 6 juin 2000 doit être reconnue au regard de sa conformité avec les dispositions du code de déontologie médicale en vigueur à l'époque. Le décret du 6 septembre 1995¹³³⁷ portant modification du code de déontologie médicale avait en effet créé un article 32, dont la rédaction reprenait l'exacte formulation de l'arrêt *Mercier*, conférant dès lors à la définition du standard une valeur réglementaire¹³³⁸. Il paraissait donc difficilement envisageable que la Cour de cassation se réfère à un standard différent de celui issue de la déontologie pour juger de la qualité d'une prise en charge médicale. Ce conflit de définition était d'autant moins opportun que la Première chambre civile avait admis dans un arrêt du 18 mars 1997 que la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale pouvait être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin¹³³⁹.

La décision de la Cour de cassation peut d'autre part être saluée dans la mesure où les données acquises de la science ne recouvrent que les règles de l'art consacrées par la pratique, même si elles se modifient progressivement, ce qui exclut les pratiques d'opinion¹³⁴⁰, qui relèvent, elles, des données actuelles de la science. Or on ne saurait se référer à de simples opinions pour apprécier la faute d'un médecin quant à la qualité d'une prise en charge. La qualification d'une éventuelle faute nécessite de s'en remettre à un savoir consolidé se manifestant par un consensus fondé sur l'étude et l'expérimentation¹³⁴¹. Le standard pris dans sa définition initiale¹³⁴² renvoie en effet à un comportement moyen. Ce comportement est

¹³³⁵ Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n°98-19.295, *JCP G* 2001, n°1, II, 10447, note G. Mémeteau : « L'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date de ces soins. Est dès lors sans fondement le moyen qui se fonde sur la notion, erronée, de donnée actuelle de la science ».

¹³³⁶ MEMETEAU G., *op. cit.*

¹³³⁷ Décret n°95-1000 du 6 sept. 1995 portant code de déontologie médicale, *JORF* n°209 du 8 sept. 1995 p. 13305.

¹³³⁸ « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

¹³³⁹ Civ. 1^{re}, 18 mars 1997, n°95-12.576, *Bull. civ.* I, n°99, p. 65 ; *JCP* 1997, II, n°22829, rapp. P. Sargos ; *ibid.*, I, n°4068, chron. G. Viney ; *RTD civ.* 1999, p. 117, obs. J. Mestre. V., sur la réception des règles déontologiques par le juge civil dans la qualification de la faute : MORET-BAILLY J., Règles déontologiques et fautes civiles, *D.* 2002, p. 2820.

¹³⁴⁰ PENNEAU J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ 1973, n°109.

¹³⁴¹ SARGOS P., *Approche judiciaire du principe de précaution...*, *op. cit.*

¹³⁴² POUND R., *An introduction to the philosophy of the law*, Yale University Press 1925, p. 118.

celui qu'aurait adopté, à l'instar du *bonus pater familias*, le *bonus medicus*¹³⁴³, c'est-à-dire le professionnel de santé normalement diligent dans les mêmes circonstances. C'est donc bien en référence aux données acquises et non aux données actuelles de la science, qui ont vocation à devenir acquises ou au contraire à être infirmées, que la pertinence de la décision médicale doit être appréciée. Ainsi que l'écrivait J. CARBONNIER : « une donnée médicale n'est une donnée acquise de la science qu'autant qu'elle est reçue par la partie la plus considérable de l'opinion scientifique (question de fait). Plutôt que de compter les têtes, il s'agit d'apprécier la force du courant »¹³⁴⁴.

352. Si la définition du standard, de même que sa réception par la jurisprudence, semblaient stabilisées à l'orée des années deux mille, les bouleversements introduits par la loi du 4 mars 2002 ne l'ont pas épargnée. Comme les autres obligations du contrat médical patiemment dégagées par la jurisprudence, l'obligation contractuelle de respect des données acquises de la science s'est effacée au profit d'un droit subjectif du patient garanti par la loi, celui de recevoir des soins sûrs, efficaces et de qualité. Restait à savoir si la définition du standard de leur appréciation allait survivre à ce changement. Le Sénat avait retenu en première lecture la définition issue de la jurisprudence judiciaire¹³⁴⁵, mais la commission mixte paritaire s'est finalement rangée à l'avis de l'Assemblée nationale, qui lui avait préféré l'expression de « connaissances médicales avérées »¹³⁴⁶, sans que la lecture des travaux parlementaires préparatoires ne permette d'en saisir l'origine et surtout l'utilité par comparaison à la précédente. La doctrine, sans être économe de critiques sur l'élégance de la formule, a dans son ensemble considéré que les connaissances médicales avérées désormais visées par la loi pouvaient être assimilées aux données acquises de la science précédemment consacrées par la jurisprudence et le règlement¹³⁴⁷. Certains y ont vu la volonté du législateur de confiner hors du champ de la décision médicale le principe de précaution, en excluant des déterminants de la décision la prise en compte des risques inconnus¹³⁴⁸. Cet arbitrage ne peut qu'être

¹³⁴³ BOUVIER F., La responsabilité médicale, *Gaz. Pal.* 13 juin 1984, p. 285.

¹³⁴⁴ CARBONNIER J., note sous Montpellier, 14 déc. 1954, *D.* 1955, p. 745, cité par MASCRET C., *op. cit.*

¹³⁴⁵ SENAT, 6 févr. 2002, n°55 : CSP, art. L.1110-5 : « Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des données acquises de la science. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

¹³⁴⁶ ASS. NAT., 4 oct. 2001, n°705.

¹³⁴⁷ CANSELIER G., *op. cit.*, n°216.

¹³⁴⁸ DEGUERGUE M., Droits des malades et qualité du système de santé, *AJDA* 2002, p. 508.

approuvé, tant le recours au principe de précaution a vocation à s'appliquer aux décideurs en matière de politique publique, c'est-à-dire à une échelle collective, et ne doit pas être confondu avec la prudence qui s'impose au médecin dans le cadre singulier de la décision médicale individuelle. Mais au-delà de cette question, et sans entrer dans le débat stylistique, il est cependant possible de voir dans le passage d'une référence aux données acquises de la science à celle des connaissances médicales avérées une substantielle évolution de la définition du standard qui peut être considérée comme salubre.

353. Nous rejoignons ici pleinement l'analyse de J.-M. DEBARRE dans sa comparaison critique du sens des deux formulations, et son souci de promouvoir, dans ce contexte « internormatif » technico-juridique, un rapprochement interdisciplinaire permettant une meilleure intelligibilité interne et externe¹³⁴⁹. Si l'on se réfère aux exigences de la doctrine et de la jurisprudence quant à la définition du standard, partant, à son contenu, il apparaît qu'il est attendu du médecin qu'il conforme sa pratique à des éléments de faits scientifiquement établis et faisant l'objet d'une réception large dans la communauté médicale. Il est alors possible de définir de manière abstraite, objective mais normative, un comportement moyen qui constitue un étalon de comparaison. Or il paraît difficile de reconnaître une telle valeur à la « donnée », qui relève strictement du fait brut, de l'observation, et n'acquiert de sens que par l'interprétation. C'est en effet selon J.-M. DEBARRE l'interprétation de la donnée qui fait sens et lui confère la qualité d'information. La connaissance est quant à elle intrinsèque et individuelle, et est liée au fait de posséder une représentation mentale d'une information : « c'est la connaissance d'un professionnel de santé et non une donnée qui va permettre l'action, l'acte médical, l'accomplissement du savoir-faire ou de la compétence »¹³⁵⁰. La référence à la connaissance arbitrée par la loi semble donc pertinente et finalement en accord avec les exigences dégagées par la doctrine et la jurisprudence, bien que celles-ci ne l'aient pas formulées avec la précision sémantique requise.

La définition du standard peut également être discutée au regard de la référence à la nature médicale des connaissances, privilégiée par le législateur à la nature scientifique des données qui prévalait antérieurement¹³⁵¹. Les développements précédents ont montré que la médecine était fondée sur la science, mais ne pouvait y être assimilée du fait de son essence

¹³⁴⁹ DEBARRE J.-M., *op. cit.*, spéc. p. 25.

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ On ne discutera pas de l'éventuelle nuance qui séparerait leur caractère acquis ou leur caractère avéré.

praticienne : savoir et savoir-faire en constituent les deux dimensions intellectuelle et matérielle. Considérant cette dualité intrinsèque de l'exercice médical qui intéresse de manière corollaire l'élaboration et la mise en œuvre de la décision médicale, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si, pour juger de la pertinence respective de ces deux dimensions, il conviendrait de se référer à des standards différents. Ainsi certains soutiennent-ils que la dimension intellectuelle de la médecine, puisque relevant de la science, serait soumise au respect des données acquises de la science, quand sa dimension matérielle, puisque relevant de l'art, serait soumise au respect d'un autre standard : celui des règles de l'art¹³⁵². D. BOURCIER et V. TAUZIAC considèrent les règles de l'art comme étant généralement l'expression d'une coutume technique. Elles expriment la « bonne pratique » en vigueur chez les professionnels d'un domaine considéré et tirent leur origine d'une répétition d'actes qui finissent par constituer un usage constant, notoire, et général. Ce sont des règles de savoir-faire qui relèvent d'une réalité sociologique¹³⁵³. Si l'on tente de cerner la notion sur le plan juridique, il semble toutefois qu'elles ne puissent pas être assimilées aux usages. D'une part au regard du risque de confusion entre usages de fait – dont ils relèveraient – et usages de droit¹³⁵⁴. D'autre part du fait du critère de temps et de constance qui marque l'usage¹³⁵⁵ et lui confère une connotation dogmatique dont doivent être exemptes les règles de l'art¹³⁵⁶. Il paraît donc acceptable à certains auteurs de privilégier la référence à la pratique¹³⁵⁷, notion dégagée des critères de temps et de constance qui disqualifient la référence à l'usage, ce que la jurisprudence a admis¹³⁵⁸, quand d'autres estiment simplement qu'elles correspondent aux données actuellement acquises de la science et de la technique à une époque et dans un lieu donné¹³⁵⁹. Ces divergences de doctrine semblent pourtant devoir être dépassées si l'on se remet à la définition retenue en 2002 par le législateur, dans la mesure où la référence aux

¹³⁵² CANSÉLIER G., *op. cit.*, n°223.

¹³⁵³ BOURCIER D., TAUZIAC V., *Du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux*, Rapport final, Mission de recherche droit et justice, 1995.

¹³⁵⁴ HARICHAUX M., *op. cit.*, spéc n°5.

¹³⁵⁵ TUNE A., Ebauche du droit des contrats professionnels, in : *Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ 1950, t. II, p. 136, qui définit l'usage comme « une pratique consacrée dans une profession et au moins dans certaines régions depuis un temps assez long. Une pratique individuelle n'est pas un usage non plus que la pratique de quelques-uns ».

¹³⁵⁶ PENNEAU A., v° règles de l'art et normes techniques, in : ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1329.

¹³⁵⁷ HARICHAUX M., *op. cit.*, spéc n°6 et s.

¹³⁵⁸ Civ. 1^{re}, 4 janv. 1974, préc. : « Les juges du fond peuvent écarter en l'espèce l'existence à la charge du praticien d'une obligation de résultat, après avoir relevé que selon les experts l'erreur d'interprétation « était normalement possible et justiciable en l'état de la science et de la pratique médicale à l'époque des faits » ».

¹³⁵⁹ PENNEAU A., *op. cit.*

connaissances médicales avérées visée à l'article L.1110-5 CSP transcende le clivage des dimensions intellectuelle et matérielle de la médecine. D'aucuns le regretteront au nom de la finesse de l'analyse qui sied à l'étude juridique, et justifie pour leur compréhension complète la déconstruction des phénomènes étudiés. Nous estimons pourtant que la formulation législative mérite d'être approuvée, car cette dichotomie ne reflète pas l'expérience praticienne, dans laquelle les dimensions intellectuelle et matérielle de la médecine se conjuguent et s'influencent mutuellement pour aboutir à une décision qui ne se résume pas à leur sommation. Singulière, elle nous paraît ne pouvoir être qualifiée, faute d'autre épithète appropriée, que de médicale. Il en résulte que la pertinence de son contenu ne peut être mesurée qu'à l'aune des connaissances médicales.

Conclusion du Chapitre 1

354. L'appréciation de la pertinence de la décision médicale procède d'une comparaison de son contenu avec une référence. La liberté du médecin au regard de la détermination de ce contenu revient donc à évaluer la force qu'exerce sur lui cette référence. Sur le plan de la technique médicale, l'émergence de comportements de référence a initialement été justifiée par la promotion de la scientificité et de l'objectivité tendant à inscrire le savoir et la pratique dans la plus stricte rationalité. Elle s'est progressivement avérée nécessaire pour assurer l'autonomie décisionnelle médicale face à l'inflation des connaissances à maîtriser, et a été formalisée en outils de gestion de l'incertitude. De nature prescriptive et légitimés par leurs conditions d'élaboration, ils ont abouti à une standardisation de la décision médicale qui pour être justifiée n'en est pas moins exempte de limites tenant à la relativité de l'aptitude décisionnelle du médecin. Ainsi la standardisation minimise-t-elle sa capacité effective à s'écarter du standard en même temps qu'elle nie l'incertitude intrinsèque à la décision médicale. D'une part en la subordonnant à une recherche clinique pourtant caractérisée par son incomplétude, renvoyant donc le médecin à une liberté d'ignorant. D'autre part en la dévoyant via le phénomène de protocolisation des soins qui entretient une illusion de sécurité tout en aboutissant à la négation de la subjectivité intrinsèque à la relation médicale.

Parallèlement, la détermination d'un comportement de référence est utile au juge interrogé sur la pertinence de la décision lorsqu'elle s'analyse en une faute. La décision médicale étant de nature technique, il convient que le droit s'en remette à une référence de même nature, qui

justifie son contrôle en même temps qu'elle le légitime. L'extériorisation ainsi réalisée est permise par le standard, technique de formulation de la règle de droit caractérisée par sa souplesse et son indétermination *a priori*. La qualification par le droit positif du standard applicable en matière de décision médicale est issue d'une jurisprudence ancienne, désormais stabilisée et approuvée par la déontologie médicale, qui a consacré la référence aux données acquises de la science. La référence aux connaissances médicales avérées, quoique plus opportune sur le plan sémantique et bénéficiant de la primauté conférée par la hiérarchie des normes peine à s'imposer auprès des praticiens du droit. Il faut peut-être voir dans la suprématie persistante des données acquises de la science, eu égard à leur origine jurisprudentielle et déontologique, le témoignage de l'internormativité qui caractérise l'appréciation du contrôle de pertinence de la décision médicale.

Chapitre 2 : Le contrôle de pertinence

355. Le contrôle de pertinence de la décision médicale s'inscrit dans le cadre de la régulation sociale qui résulte de la nécessité d'encadrer le pouvoir médical et d'assurer la protection des droits subjectifs du patient reconnus par la loi. Il a pour objet la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins et repose, pour les apprécier, sur la comparaison à l'étalon de bon comportement médical que constitue le standard des données acquises de la science ou des connaissances médicales avérées, selon que l'on se réfère à la définition consacrée par la pratique ou à la lettre de la loi¹³⁶⁰. Le contrôle de pertinence procède de la confrontation au standard de la justification de la décision et de ses effets. Après avoir précisé la finalité, l'utilité du recours au standard ainsi que les qualités qui le justifient, il convient de décrire les outils du contrôle qui découlent de la référence au standard (Section 1), avant d'aborder les conditions de sa mobilisation par le juge lors de la mise en œuvre du contrôle de conformité de la décision (Section 2).

Section 1 : Les outils du contrôle de pertinence

356. L'appréciation de la conformité du contenu de la décision médicale aux données acquises de la science ou aux connaissances médicales avérées concerne tant le praticien dans l'élaboration de sa décision, que le juge dans le contrôle qu'il opère. Elle nécessite qu'ils puissent se référer à des outils d'explicitation du standard, puisque l'indispensable appréhension du standard par l'un et par l'autre suppose, outre sa dénomination, que son contenu soit préalablement formulé. Cette formulation est protéiforme et d'émanation variée. Elle tend toutefois depuis une quinzaine d'années à s'organiser, à l'initiative d'acteurs professionnels de santé mais surtout d'institutions publiques en charge de l'administration de la santé. Une telle structuration a abouti à une véritable formalisation des outils du contrôle de pertinence (§1). Cette formalisation et leur réception en droit pose la question de leur force normative (§2).

¹³⁶⁰ On se référera dans ce chapitre à l'une ou l'autre des expressions, la référence aux données acquises de la science restant le standard le plus communément visé par la pratique et la doctrine en dépit de la consécration législative des connaissances médicales avérées.

§1. La formalisation des outils

357. L'intérêt du recours au standard en tant que norme d'appréciation du comportement médical réside dans sa souplesse et son indétermination, qui lui confèrent toute l'adaptabilité requise par le contexte dans lequel il a vocation à être utilisé. Il permet en outre au droit de s'en remettre à une norme extra juridique qui légitime son intervention en même temps qu'elle assure l'effectivité du contrôle. Mais si le droit renvoie les praticiens et leurs juges aux données acquises de la science ou aux connaissances médicales avérées, il reste nécessaire pour eux que ces notions puissent être explicitées afin qu'ils puissent juger de la qualité de la décision qu'ils ont l'un à prendre et l'autre à juger. Cette explicitation suppose à la fois une formulation, et selon toute vraisemblance une formalisation du contenu de l'obligation si le droit ambitionne d'en faire un outil de mesure qui, pour être socialement admis et donc efficace, doit être accessible et intelligible. En d'autres termes, il apparaît utile de savoir ce que sont les données acquises de la science ou les connaissances médicales avérées, à tout le moins d'en saisir les manifestations. M. et J. PENNEAU estiment pourtant, et sans doute à raison, notamment au regard de leur double compétence juridique et médicale, que les règles de l'art¹³⁶¹ sont une notion floue mais opérationnelle et comprise par chacun, dont l'élaboration ne requiert aucun formalisme¹³⁶². Il en résulte qu'elles sont par leur nature informelle, mouvante, évolutive et plurielle, à l'opposé de la normalisation tout en constituant la référence fondamentale pour apprécier le comportement des médecins¹³⁶³. On en déduit qu'il serait à la fois vain et inutile de définir le contenu du standard en lui-même. Nous souscrivons volontiers à cette analyse, tout en admettant la nécessité pour les médecins comme pour les juristes de disposer sinon d'une définition des données acquises de la science, du moins d'une expression de leur réalité au moment de la décision médicale. Il convient en effet de distinguer le standard, c'est-à-dire l'instrument juridique d'appréciation du comportement médical, des outils de son expression dont la nécessité découle de sa mobilisation. C'est donc bien du phénomène de formalisation de ces outils dont il sera ici question.

¹³⁶¹ Entendues par ces auteurs au sens du comportement médical prudent, attentif, et conforme aux données acquises de la science, donc tel qu'issu de l'arrêt *Mercier*.

¹³⁶² PENNEAU M., PENNEAU J., Recommandations professionnelles et responsabilité médicale, *Méd & Droit* 1998, p. 4.

¹³⁶³ *Ibid.*

358. Si le phénomène de formalisation a pris un essor particulier depuis les années quatre-vingt-dix dans le contexte de l'époque marqué par la nécessité d'une maîtrise des dépenses de santé et d'amélioration de la gestion des risques sanitaires, il est bien évidemment antérieur à cette période.

Dans une étude consacrée aux références médicales opposables – dont il sera question *infra* –, P. SARGOS dresse, au regard de la jurisprudence judiciaire, un panorama de « l'origine » des données acquises de la science¹³⁶⁴. Celles-ci émanent, selon l'auteur, des livres classiques¹³⁶⁵ et des traités médicaux, étant précisé par la Cour qu'ils doivent être « les plus récents »¹³⁶⁶, de divers articles d'éminents spécialistes¹³⁶⁷ ou de travaux présentés lors de manifestations scientifiques¹³⁶⁸. Il paraît en effet logique de considérer que l'ensemble de ce qu'il est convenu de qualifier de manière générique la production scientifique médicale, constitue une manifestation des données acquises de la science au moment de leur publication. Deux tempéraments doivent toutefois être apportés à ce constat. D'une part, on l'a déjà évoqué, l'actualité d'une référence ne lui confère pas nécessairement le caractère d'une connaissance acquise ou avérée, et la lecture attentive des publications médicales internationales en donne une illustration par la publication des commentaires critiques qui peuvent être adressés à la rédaction d'une revue par des lecteurs contestant telle méthode, tel résultat ou telle interprétation publiés. La démarche scientifique est faite de tâtonnements, d'hésitations, de réfutations, de confirmations, qui pondèrent nécessairement l'autorité de toute publication scientifique. De même, la référence aux livres classiques peut être interprétée de deux manières. Positivement, si l'on considère qu'ils témoignent d'une connaissance avérée, établie, solide ; négativement, si l'on envisage que cette littérature, parce que « classique », a vocation, dans un contexte marqué par un mouvement perpétuel, à l'obsolescence. D'autre part, et nous y voyons une divergence de fond entre MM. PENNEAU et SARGOS, cette production scientifique médicale ne peut pas être considérée comme une source ou une origine des données acquises de la science. Bien au contraire, en accord avec MM. PENNEAU, nous considérons qu'elles n'en sont qu'une expression, une formulation plus ou moins fidèle ou exacte, à un moment donné. La coïncidence entre la norme technique issue de ces

¹³⁶⁴ SARGOS P., Références médicales opposables et responsabilité des médecins, *Méd & Droit* 1998, p. 9.

¹³⁶⁵ Civ. 1^{re}, 13 mai 1959, *Bull. civ.* I, n°240.

¹³⁶⁶ Civ 1^{re}, 27 oct. 1970, n°69-13.385, *Bull. civ.* I, n°283.

¹³⁶⁷ Civ 1^{re}, 23 mai 1973, n°72-10.255 et n°72-10.593, *Bull. civ.* I, n°180.

¹³⁶⁸ Civ 1^{re}, 12 nov. 1985, n°83-17.061, *Bull. civ.* I, n°299.

publications et le standard des données acquises de la science ne vaut que tant que le progrès technique et scientifique n'a pas fait évoluer celle-ci, rendant celles-là obsolètes.

359. A côté de cette formalisation « classique » des outils du contrôle de pertinence de la décision médicale par les médecins eux-mêmes, s'est développée une autre formalisation promue par des acteurs publics, dont le développement des conférences de consensus fut l'un des premiers témoignages. Le recours à la méthode de la conférence de consensus n'est pas spécifique du champ de la décision médicale. Ces procédures répondent, selon le modèle des *consensus conferences* nord-américaines, à une méthodologie standardisée de conduite scientifique d'un processus de réflexion collective, et ont généralement pour objet de débattre de questions controversées pour aboutir à des recommandations publiques. L'organisation de conférences de consensus en matière sanitaire s'est développée en France à l'initiative des professionnels de santé avec le soutien des institutions sanitaires (ANDEM¹³⁶⁹ puis ANAES¹³⁷⁰, devenue HAS) concernant des situations cliniques marquées par des options médicales insuffisantes ou par l'hétérogénéité des pratiques¹³⁷¹, considérées comme sources d'insécurité des soins et de mauvaise utilisation des deniers de l'Assurance maladie. Pour les raisons évoquées plus haut quant à la formalisation « classique » des outils de contrôle de pertinence, il convient d'admettre que les conférences de consensus ne sont pas des sources des données acquises de la science¹³⁷². Mais il est également permis de douter qu'elles en soient une réelle expression, et ce à deux égards. Premièrement, les recommandations qui émanent des conférences de consensus tiennent compte d'éléments de nature non scientifique ou technique. Peuvent ainsi être convoqués pour la détermination d'une conduite à tenir médicale des facteurs sociaux, économiques, organisationnels, éthiques, juridiques, et parfois les préférences des patients exprimées sous forme de choix de société ou de choix politique¹³⁷³. Deuxièmement, la dénomination de ces procédures – l'utilisation du terme « consensus »¹³⁷⁴ – ne reflète pas la réalité de leur nature si l'on s'en réfère à leur objet. Les conférences de consensus trouvent en effet leur justification dans le constat d'un désaccord parmi les professionnels, c'est-à-dire d'un débat d'opinions, dont on a vu qu'elles ne pouvaient être

¹³⁶⁹ Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale.

¹³⁷⁰ Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé.

¹³⁷¹ DUROCHER A., Les conférences de consensus : méthodologie et apports, *Thérapie* 1994, p. 185.

¹³⁷² *Contra* : SARGOS P., *op. cit.* ; SARGOS P., Approche judiciaire du principe de précaution..., *op. cit.*

¹³⁷³ CANSELIER G., *op. cit.*, n°259.

¹³⁷⁴ Accord de plusieurs personnes, de plusieurs textes dans un domaine déterminé.

élevées au statut de données acquises de la science, nonobstant la nature scientifique des arguments qui les soutiennent. Il en résulte que le résultat atteint par ce type de réflexion collective ne témoigne pas de l'expression des données acquises de la science mais de leur interprétation dans le cadre d'un compromis, plus que d'un réel consensus. Il y a donc ici disqualification des recommandations issues de ces conférences en tant qu'expression des connaissances médicales au regard du critère de spontanéité qui, selon MM. PENNEAU, marque le réel consensus dont témoigne le caractère acquis des données ou avéré des connaissances¹³⁷⁵, ce que J. CARBONNIER qualifiait de « force du courant »¹³⁷⁶. L'exigence du critère de spontanéité doit à notre sens être relativisée, dans la mesure où elle ne semble pas devoir s'appliquer aux outils d'expression mais bien aux données de la science elle-même ; elle ne témoigne dès lors que de cette distinction et non d'un défaut qui serait propre aux conférences de consensus. On peut en revanche voir dans le compromis dont elles témoignent non une expression des données de la science, mais par l'existence même de ces procédures, une reconnaissance officielle des limites de la science¹³⁷⁷, lorsque celle-ci ne permet pas de faire émerger la connaissance adéquate pour éclairer la décision de manière pertinente. Réside peut-être dans ce constat l'explication de l'absence de reconnaissance des recommandations issues de conférences de consensus comme expression des données acquises de la science par le juge, telle qu'elle résulte de l'étude de la jurisprudence. Si celles-ci peuvent être invoquées par les parties à l'appui de leurs prétentions¹³⁷⁸ ou par les experts dans leurs conclusions¹³⁷⁹, elles n'ont constitué que de manière très exceptionnelle un outil de qualification de la faute médicale pour le juge¹³⁸⁰.

360. Si les conférences de consensus s'inscrivaient encore dans une démarche liée à la pratique médicale, bien que poursuivant des intérêts de nature collective dont témoignait l'implication des institutions sanitaires, la formalisation des outils du contrôle de pertinence a connu un nouveau développement à l'occasion de l'émergence des références médicales

¹³⁷⁵ PENNEAU M., PENNEAU J., *op. cit.*

¹³⁷⁶ CARBONNIER J. *op. cit.*

¹³⁷⁷ ATIAS C., Les références médicales opposables : révolution ou continuité ? *RDSS* 1995, p. 21.

¹³⁷⁸ Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, n°12-24.259 ; Crim., 9 avr. 2013, n°12-82.688 ; Crim., 22 janv. 2008, n°07-81.702 ; Crim., 13 févr. 2007, n°06-82.202 ; Crim., 24 janv. 2006, n°04-87.722.

¹³⁷⁹ CAA Marseille, 29 avr. 2013, n°08MA05155.

¹³⁸⁰ Soc., 3 nov. 2010, n°08-43.708 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le médecin était parfaitement conscient de la situation du joueur et attentif à son sort et que les manquements qui lui étaient reprochés procédaient non d'une manifestation de négligence de sa part mais d'une méconnaissance des pratiques les plus récentes préconisées par une conférence de consensus dans un secteur particulièrement spécialisé, la cour d'appel a pu décider que ces manquements ne constituaient pas une faute grave ».

opposables (dites RMO). Les RMO sont un outil emblématique de la politique de maîtrise médicalisée des dépenses de santé qui s'est développée dans les années quatre-vingt-dix, et a connu son apogée sous l'impulsion du gouvernement d'A. JUPPE. La maîtrise médicalisée des dépenses de santé se justifiait par la nécessité de définir certaines contreparties à la liberté et à la responsabilité des ordonnateurs de dépenses publiques que sont, via leurs prescriptions, les professionnels de santé¹³⁸¹. L'exigence de ces contreparties était justifiée par l'hétérogénéité des pratiques¹³⁸², les inégalités d'accès aux soins, leur qualité parfois incertaine et l'inflation des dépenses. L'une des modalités de mise en œuvre de cette politique a consisté en la définition de « règles de l'art précises, consensuelles, formalisées »¹³⁸³ à même de limiter les soins et prescriptions inutiles, redondants voire dangereux. Certains auteurs les ont également justifiées au regard de l'aptitude décisionnelle du médecin, en écho au développement du recours à l'*evidence based medicine*. Ainsi J. TAPIE considérait-il que la liberté de décision et de prescription du médecin diminuait au fur et à mesure que la connaissance progresse, selon le paradoxe que nous avons mis en évidence *supra* : « la liberté du médecin est très faible. La science décide des attitudes à prendre, ce qui n'exclue certes pas, dans certains cas, des positions incertaines, qui sont cependant répertoriées »¹³⁸⁴.

361. C'est dans ce contexte qu'ont été créées les références médicales opposables par la loi du 4 janvier 1993¹³⁸⁵, avant d'être confirmées par l'ordonnance du 25 avril 1996¹³⁸⁶. Aux termes de l'article L.162-12-15 CSS issu de ce dernier texte, elles sont associées à des recommandations de bonne pratique (RBP). Les références et les recommandations sont établies par la Haute autorité de santé et, en ce qui concerne le domaine du médicament, par l'ANSM. Les conventions unissant les professionnels de santé à l'Assurance maladie déterminent les références rendues opposables à ces professionnels, et les conditions de l'opposabilité. Cette opposabilité réside dans le fait que leur non-respect par les signataires de la convention médicale peut justifier la mise en œuvre de sanctions financières. Le champ

¹³⁸¹ ALLEMAND H., JOURDAN M.-F., Sécurité sociale et références médicales opposables, *Revue médicale de l'Assurance maladie* 2000, n°3, p. 47.

¹³⁸² KERLEAU M., L'hétérogénéité des pratiques médicales, enjeu des politiques de maîtrise de dépenses de santé, *Sciences sociales et santé* 1988, n°116, p. 5.

¹³⁸³ ALLEMAND H., JOURDAN M.-F., *op. cit.*

¹³⁸⁴ TAPIE J., Les recommandations de bonne pratique et les références médicales opposables, des outils à généraliser, *Dr. soc.* 1997, p. 828.

¹³⁸⁵ Loi n°93-8 du 4 janv. 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, *JORF* du 4 janv. 1993, p. 251.

¹³⁸⁶ Ordonnance n°96-345 du 24 avr. 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *JORF* du 25 avr. 1996, p. 6311.

d'application de ces références est donc par essence celui de l'exercice libéral de la médecine ; il convient cependant de préciser qu'elles sont également mises en œuvre par les établissements de santé assurant une ou plusieurs des missions de service public pour ce qui concerne leurs activités de consultation externe. Leur respect est en outre pris en compte dans la procédure de certification des établissements. On peut dès lors s'interroger sur le point de savoir si les références médicales opposables et les recommandations de bonne pratique ainsi définies peuvent être regardées comme des outils de contrôle de pertinence de la décision médicale mobilisables par le médecin ou par le juge. Il convient pour répondre à la question de les analyser de manière différenciée.

362. Concernant les RMO, il nous semble devoir répondre par la négative. Ainsi que le relève la doctrine dans une quasi-unanimité, si elles ont vocation à normaliser les données acquises de la science, les RMO contiennent une dimension économique intrinsèque qui les disqualifie en tant qu'expression d'une connaissance médicale. Elles sont de surcroît rédigées sur un mode impératif, dans une formulation négative, déclinant dans un certain nombre de situations cliniques les cas où « il n'y a pas lieu de... ». On pourrait *a priori* interpréter cette option rédactionnelle comme relevant d'une certaine sagesse. Il est en effet sans doute plus opportun de dire ce qui ne doit pas être fait, plutôt que d'affirmer de manière péremptoire ce qui doit être fait. La rédaction retenue serait donc conforme au respect de la nature technique de la décision médicale, et de la prudence requise par sa complexité. C. ATIAS considère malgré tout que cette formulation « venue de la vieille rhétorique, de la logique de Port-Royal et des lieux du discours, [...] ne relève pas de la constatation, de l'observation scientifiques. Elle est normative »¹³⁸⁷. Nous nous rangeons à cet avis et en déduisons donc l'impossibilité de voir dans les RMO une expression des données acquises de la science. Leur fonction n'est en effet ni principalement scientifique, ni directement pratique¹³⁸⁸, ainsi qu'en attestent les dispositions de l'article L.162-12-15, qui prévoient que leur actualisation repose « notamment » sur les données acquises de la science, et que leur abrogation puisse être prononcée par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Les modalités de leur création, de leur modification et de leur abrogation ainsi définies ne permettent pas de considérer ces « références professionnelles » comme étant des normes professionnelles ou

¹³⁸⁷ ATIAS C., *op. cit.*

¹³⁸⁸ *Ibid.*

des règles d'exercice de la profession¹³⁸⁹. Aussi leur intérêt dans le contrôle de pertinence de la décision ne se limite-t-il qu'à l'évaluation du caractère justifié ou non de la dépense résultant des conséquences de la décision médicale, et non du contenu de la décision en lui-même.

363. Concernant les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé ou de l'ANSM, l'analyse mérite d'être nuancée. Leur justification témoigne selon toute vraisemblance du développement du recours à la médecine factuelle rendu nécessaire par l'accroissement quantitatif et qualitatif des connaissances médicales. Elles en constituent donc bien une expression, un moyen d'appropriation pour le médecin et pour le juge, via l'expert. Cette analyse est partagée par P. SARGOS, qui y voit une traduction des données acquises de la science¹³⁹⁰, et par C. ATIAS, pour lequel elles contribuent nécessairement à leur établissement pour apprécier l'existence d'une faute reprochée à un médecin¹³⁹¹. On comprend dans ces conditions l'évolution de l'articulation entre RMO et RBP depuis leur création. Les limites inhérentes à la nature et à la finalité des RMO ont eu raison de leur influence auprès des professionnels, qui, après avoir inquiété les médecins, a progressivement disparu, alors qu'elles conservent une valeur législative et continuent d'être visées à l'article 70.3 de la convention médicale de 2011. Cette réceptivité par la profession s'est avérée d'autant moins importante que le système de sanctions financières prévu par la loi n'a jamais réellement été mis en œuvre, ce qui a considérablement amoindri le caractère opposable des références. Au contraire, les recommandations de bonne pratique se sont-elles imposées au nom de la nécessité de standardisation technique de la décision médicale évoquée *supra*. Il convient cependant de rappeler que si elles sont bien l'expression des données acquises de la science à un moment donné, les professionnels de santé comme les magistrats ne doivent pas y voir un mode unique de leur expression. D'une part, parce que l'inspiration du contenu de ces RBP ne se limite pas à la science, mais convoque, comme les conférences de consensus, des considérations non scientifiques : culturelles, économiques, juridiques¹³⁹². Elles ont à cet égard pu être considérées par l'Assurance maladie comme « l'élément premier et central de la maîtrise médicalisée », par une inversion de la logique initiale qui régissait leur articulation

¹³⁸⁹ LAUDE A., La force juridique des références médicales opposables, *Méd & Droit* 1998, p. 1.

¹³⁹⁰ SARGOS P., Références médicales opposables..., *op. cit.*, en y associant les RMO, ce que nous contestons.

¹³⁹¹ ATIAS C., *op. cit.*

¹³⁹² CANSELIER G., *op. cit.*, n°267.

avec les RMO¹³⁹³. D'autre part, parce que la tentation est parfois grande de conférer à ces recommandations une valeur particulière au motif de l'autorité que leur conférerait le fait d'être émises par des institutions sanitaires. Ainsi MM. PENNEAU estimaient-ils en matière de conférences de consensus, mais le raisonnement vaut pour les recommandations de bonne pratique, que ce « label » risque d'entretenir l'illusion de l'autorité propre des conclusions sur le fond, alors que ledit label ne porte que sur la méthodologie d'élaboration de ces recommandations¹³⁹⁴. Or on sait la faillibilité de cette méthodologie, fut elle mise en œuvre par des agences de sécurité sanitaire agissant au nom de l'Etat, qui s'est régulièrement manifestée en matière d'évaluation du médicament. Cette mise en garde est également partagée par G. CANSELIER, qui considère que la qualité scientifique des recommandations ne saurait découler de l'autorité qui les édicte¹³⁹⁵.

364. Il convient pourtant de souligner la réception des recommandations de bonne pratique par la jurisprudence judiciaire et administrative, qui semble les distinguer des autres outils d'explicitation du standard des données acquises de la science. S'agissant du juge judiciaire, l'étude de la jurisprudence montre que Cour de cassation a pu les invoquer plus ou moins explicitement au soutien de la détermination de la faute, tant en matière civile qu'en matière pénale¹³⁹⁶. Le Conseil d'Etat a pu s'y référer de manière plus explicite à l'occasion de contentieux de différente nature. C'est en 2005 que la Haute juridiction administrative se réfère pour la première fois aux « données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonne pratique », dans le cadre du contentieux disciplinaire des assurances sociales, et approuve les juges du fond d'avoir sanctionné le médecin qui s'était affranchi du respect d'une RBP¹³⁹⁷. C'est à cette même formule d'explicitation des données acquises de la science que le juge administratif a eu recours en matière de contentieux disciplinaire médical¹³⁹⁸ ou de contentieux de l'excès de pouvoir¹³⁹⁹. On relèvera cependant la prudence de la formulation – l'usage de l'adverbe « notamment » – qui atteste de la distinction par le juge du standard et de ses outils d'explicitation. Ces

¹³⁹³ ALLEMAND H., JOURDAN M.-F., *op. cit.*

¹³⁹⁴ PENNEAU M., PENNEAU J., *op. cit.*

¹³⁹⁵ CANSELIER G., *op. cit.*, n°269.

¹³⁹⁶ Civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, n°03-14.206 ; Civ. 1^{re}, 14 oct. 2010, n°09-68.471 ; Crim., 18 mai 2010, n°09-84.433.

¹³⁹⁷ CE, 12 janv. 2005, n°256001, *AJDA* 2005, p. 1008, note J.-P. Markus ; *RDSS* 2005, p. 496, note J. Moret-Bailly.

¹³⁹⁸ CE, 4 oct. 2010, n°326231, *AJDA* 2010, p. 2388.

¹³⁹⁹ CE, 13 juill. 2016, n°387711.

quelques références de jurisprudence ne suffisent sans doute pas à caractériser un arbitrage des Hautes juridictions judiciaire et administrative en faveur d'un outil privilégié de contrôle de pertinence de la décision médicale, mais elles constituent tout de même un témoignage intéressant de leur réception en droit.

La formalisation des outils du contrôle de pertinence de la décision médicale aboutit à l'acquisition par ces outils d'une autorité propre qui rejaillit tant sur le médecin décisionnaire que sur le juge. Il peut en résulter une confusion dans l'appréciation du standard qui s'impose à l'un comme à l'autre, confusion entretenue par la force normative croissante des outils d'expression du standard.

§2. La force normative des outils

365. La complexité qui caractérise les faits soumis à l'appréciation des médecins et des juges a suscité l'émergence de références techniques que les uns et les autres mobilisent à l'appui de leurs décisions, qu'elle soit une décision médicale ou une décision juridictionnelle portant sur l'engagement d'une responsabilité médicale rendue au moyen du recours au standard. La formalisation des outils d'explicitation du standard des données acquises de la science concerne au premier chef le juge, puisqu'il pourra déduire d'un écart de comportement au standard la faute de nature à engager la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé. La normativité du standard se déduit de sa nature juridique, et sa place dans la hiérarchie des normes juridiques résulte de la nature des textes qui en supportent la définition. Ainsi le standard des connaissances médicales avérées est-il défini par la loi¹⁴⁰⁰, quand celui des données acquises de la science l'est par le règlement¹⁴⁰¹. L'invocation des outils d'explicitation de ces standards par le juge pose en revanche la question de leur normativité propre. Au regard de la jurisprudence judiciaire et administrative citée *supra*, l'analyse se limitera à l'étude de la normativité des recommandations de bonne pratique issues de la HAS¹⁴⁰² et de l'ANSM. Indépendamment de l'invocation des recommandations de bonne

¹⁴⁰⁰ CSP, art. L.1110-5.

¹⁴⁰¹ CSP, art. R.4127-32.

¹⁴⁰² Recommandations émises en vertu des dispositions de l'article L.161-37 CSS. Sont ici exclues les recommandations visées à l'article R.161-71, 3° CSS ; v., sur ce sujet : CALANDRI L., Le régime contentieux des recommandations de la Haute autorité de santé, *RGDM* 2010, p. 285.

pratique en tant qu'outils de traduction des données acquises de la science, l'appréciation de leur normativité impose de restreindre le champ de l'étude à la jurisprudence administrative au regard de la qualité de leurs auteurs, personnes morales de droit public. La Haute autorité de santé est en effet une autorité administrative indépendante à caractère scientifique¹⁴⁰³, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé étant pour sa part un établissement public de l'Etat placé sous la tutelle du ministre de la santé¹⁴⁰⁴.

366. Si l'arrêt du 12 janvier 2005¹⁴⁰⁵ énonce que les recommandations de bonne pratique peuvent être considérées comme une expression des données acquises de la science, c'est dans un arrêt rendu le 26 septembre 2005 que le Conseil d'Etat donne une première définition de leur valeur normative¹⁴⁰⁶. Exprimant un désaccord avec certaines dispositions d'une RBP homologuée par un arrêté ministériel, le conseil national de l'Ordre des médecins avait saisi le juge administratif d'une part d'une demande d'annulation de la décision implicite de rejet de sa demande de retrait de l'arrêté d'homologation, et d'autre part d'une demande d'annulation dudit arrêté. Ayant défini l'objet des RBP comme visant normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires – relatives à l'accès des patients aux informations médicales en l'espèce –, le Conseil d'Etat considère que ces recommandations peuvent être assimilées à des circulaires. Reconnaisant le caractère impératif de la rédaction de la recommandation litigieuse, il en déduit le caractère faisant grief en application de sa jurisprudence *Duvignères*¹⁴⁰⁷. Il convient à ce sujet de noter avec P. VERON que le critère de la rédaction impérative ici relevé est plus restrictif que celui du caractère impératif dégagé par la jurisprudence *Duvignères*¹⁴⁰⁸, mais s'agissant d'une « recommandation », *a priori* non contraignante, on se doute que le juge ne pouvait se fonder que sur l'appréciation *in concreto* de son mode de rédaction pour en caractériser l'impérativité. Il convient également de souligner que ce n'est pas dans l'homologation de la recommandation par l'arrêté ministériel

¹⁴⁰³ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JORF* du 17 août 2004 p. 14598.

¹⁴⁰⁴ Loi n°2011-2012 du 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JORF* du 30 déc. 2011.

¹⁴⁰⁵ CE, 12 janv. 2005, n°256001, préc.

¹⁴⁰⁶ CE, 26 sept. 2005, n°270234, *AJDA* 2006, p. 308, note J.-P. Markus ; *RDSS* 2006, p. 53, note D. Cristol ; *JCP G* 2005, n°42, IV, 3300 ; *Rev. Droit & Santé* 2006, p. 2397, note E. Giorgetti de Saint-Jean.

¹⁴⁰⁷ CE, 18 déc. 2002, n°233618, *Lebon*, p. 463 ; *RFDA* 2003, p. 280, concl. P. Fombeur ; *ibid.*, p. 510, note J. Petit ; *AJDA* 2003, p.487, chron. F. Donnat et D. Casas ; *JCP A* 2003, 94, note J. Moreau ; *LPA* 23 juin 2003, note P. Combeau ; *GAJA*, Dalloz 2005, n°116.

¹⁴⁰⁸ VERON P., L'évolution du contrôle des recommandations de bonne pratique, *Méd & Droit* 2015, p. 53.

que le Conseil d'Etat trouve matière à la qualifier de décision faisant grief, seul le mode de rédaction étant pris en compte¹⁴⁰⁹. C'est donc en ce que les RBP affectent l'exercice médical et au regard de leur rédaction impérative que le juge administratif leur confère une valeur réglementaire. La doctrine contemporaine de l'arrêt a cependant pu en relativiser la portée au regard des faits de l'espèce, qui concernaient une recommandation interprétative de dispositions législatives relatives à l'information des patients. Selon J.-P. MARKUS, si une telle impérativité était admissible en matière de modalités d'exercice médical, elle était inimaginable en matière strictement médicale¹⁴¹⁰. Autrement dit, seules les recommandations concernant la procédure de décision médicale pouvaient être impératives, mais elles ne pouvaient s'imposer au médecin concernant le contenu de la décision, sous peine d'enfreindre les principes d'indépendance professionnelle et de liberté de prescription du médecin. Cette interprétation s'est finalement avérée caduque.

367. La normativité des recommandations de bonne pratique de la HAS est précisée par l'arrêt *Formindep* du 27 avril 2011¹⁴¹¹. L'association contestait la légalité d'une recommandation de bonne pratique relative à la prise en charge du diabète de type 2 au motif de l'incomplétude de la publication par la HAS des déclarations d'intérêts des experts ayant participé à son élaboration. Il n'y avait donc pas en l'espèce matière à appliquer la jurisprudence antérieure inspirée de la décision *Duvignères*, dans la mesure où la RBP contestée ne relevait pas de l'explicitation d'une norme juridique préexistante, mais devait être regardée comme le « véhicule formalisé des données acquises de la science qu'un professionnel de santé est tenu d'observer dans l'exercice de son art »¹⁴¹². Après avoir considéré que ces recommandations avaient pour objet de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins à visée préventive, diagnostique ou thérapeutique les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édicition, le Conseil d'Etat les qualifie, de principe et indépendamment du critère d'impérativité¹⁴¹³, de décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ce faisant, il admet

¹⁴⁰⁹ SAVONITTO F., Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé, *RFDA* 2012, p. 471.

¹⁴¹⁰ MARKUS J.-P., Nature juridique des recommandations de bonnes pratiques médicales, *AJDA* 2006, p. 308.

¹⁴¹¹ CE, 27 avr. 2011, n° 334396, *AJDA* 2011, p. 877 ; *ibid.*, p. 1326, concl. C. Landais ; *D.* 2011, p. 1287 ; *ibid.*, p. 2565, obs. A. Laude ; *RDSS* 2011, p. 483, note J. Peigné ; *RFDA* 2011, p. 1326 ; *JCP A* 2011, n°42, 2321, note M.-L. Moquet-Anger ; *ibid.*, p. 43, note P. Villeneuve ; *RJEP* 2011, p. 20, note A. Friboulet ; *RGDM* 2011, p. 211, note V. Vioujas

¹⁴¹² PEIGNE J., L'annulation d'une recommandation de la Haute autorité de santé pour conflits d'intérêts, *RDSS* 2011, p. 483.

¹⁴¹³ DOMINO X., BRETONNEAU A., Miscellanées contentieuses, *AJDA* 2012, p. 2373.

donc la possibilité d'un recours contre des actes dépourvus de force obligatoire directe¹⁴¹⁴, comme l'y invitait le rapporteur public¹⁴¹⁵.

368. La reconnaissance de la valeur réglementaire des recommandations émises par la HAS est étendue à celles de l'AFSSAPS (devenue entre-temps ANSM) par un arrêt du 4 octobre 2013¹⁴¹⁶ concernant une recommandation de pharmacovigilance. Formellement, cette recommandation consistait en une lettre adressée par l'agence aux professionnels de santé et tendant à la restriction de l'usage d'un médicament par rapport à son autorisation de mise sur le marché. Considérant que cette lettre avait pour effet de conduire les médecins à modifier substantiellement leur prescription, le juge administratif estime qu'elle présente le caractère d'un acte normatif susceptible d'un recours en annulation. Il convient d'ajouter avec J. PEIGNE que dans la mesure où le Conseil d'Etat s'est estimé compétent pour juger en premier ressort de la légalité de cette lettre, on en déduit implicitement, mais nécessairement, qu'elle présente un caractère réglementaire¹⁴¹⁷. La position du Conseil d'Etat est confirmée par un arrêt du 23 décembre 2014¹⁴¹⁸ concernant le contrôle de légalité d'une recommandation commune de la HAS et de l'ANESM¹⁴¹⁹, au sujet duquel P. VERON souligne que la Haute juridiction fait l'économie de l'examen de la recevabilité du recours, ce qui laisserait à penser que le caractère d'acte faisant grief des recommandations est désormais considéré comme acquis et n'est plus à démontrer¹⁴²⁰.

369. La reconnaissance de la normativité juridique des recommandations de bonne pratique n'est pas sans soulever un certain nombre de questions. Premièrement elle leur confère une autorité particulière parmi les multiples outils d'évaluation de la pertinence de la décision médicale. Cette autorité est acquise auprès des médecins¹⁴²¹. Elle est également de nature à en faire pour les juridictions administratives, et selon toute vraisemblance, judiciaires, les

¹⁴¹⁴ MASCRET C., Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, *LPA* 2011, n°187.

¹⁴¹⁵ LANDAIS C., Recevabilité d'un recours dirigé contre les recommandations de bonne pratique professionnelle de la Haute autorité de santé, *AJDA* 2011, p. 1326.

¹⁴¹⁶ CE 4 oct. 2013, n°356700, *AJDA* 2013, p. 2349 ; *RDSS* 2013, p. 1078, note J. Peigné ; *JCP A* 2014, n°28, 2220, note O. Le Bot.

¹⁴¹⁷ PEIGNE J., Bataille juridique autour d'un médicament sous surveillance renforcée, *RDSS* 2013, p. 1078.

¹⁴¹⁸ CE, 23 déc. 2014, n°362053.

¹⁴¹⁹ Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹⁴²⁰ VERON P., *op. cit.*, spéc. p. 57.

¹⁴²¹ KRZISCH D., Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale, *RDSS* 2014, p. 1087.

instruments privilégiés de la mesure du juste comportement médical. Or et pour les raisons déjà exposées, ces juridictions ne connaissent théoriquement que du standard des données acquises de la science, de même valeur réglementaire. Faut-il donc voir dans ces RBP un nouveau standard, alors qu'elles n'en sont au mieux qu'une expression à un moment donné, à moins que le débat ne soit réglé par la hiérarchie des normes qui reconnaît les connaissances médicales avérées comme leur étant supérieures. Nous estimons que la question ne relève pas d'un conflit de normes. Les recommandations ne peuvent se voir reconnaître la qualité de standard, puisqu'elles n'en demeurent qu'une expression ; il y a donc bien entre eux une différence de nature et non de degré. Deuxièmement, l'autorité découlant de cette normativité interroge en matière de qualification de la faute médicale. Il est acquis qu'il n'existe pas d'automatisme entre respect d'une recommandation et absence de faute, pas plus qu'entre non-respect et existence de faute. Il demeure que le fait pour un médecin de s'écarter d'une recommandation de valeur réglementaire justifiera de sa part une particulière et solide motivation, devant son patient comme devant ses juges, tant un tel comportement pourrait être considéré comme une présomption – réfragable – de faute. Troisièmement, la reconnaissance de la normativité des recommandations interroge quant à la nécessité de leur évolution, intrinsèquement liée à leur dimension technique et scientifique, qui suppose de prévoir leur modification ou leur abrogation au gré de l'avancée des connaissances médicales et scientifiques. S'imposent donc à l'administration une réactivité et une vigilance exemplaires, afin de conjuguer sécurité sanitaire et sécurité juridique dans l'élaboration de cette réglementation professionnelle¹⁴²². Quatrièmement, la justiciabilité des RBP pose la question de la nature du contrôle réalisé par le juge administratif. Si le contrôle de légalité externe ne semble pas poser de problème particulier, et ce fut le cas dans l'arrêt *Formindep*, la possibilité d'un contrôle de fond paraît difficilement envisageable, sauf à ce que le juge s'en remette à des experts afin de l'éclairer sur la conformité du contenu aux données acquises de la science. Des experts seraient donc missionnés pour apprécier la qualité du travail d'autres experts, dans des domaines où l'hyperspécialisation requise s'accompagne mécaniquement d'une raréfaction des experts compétents disponibles. L'hypothèse d'un contrôle approfondi semble dans ces conditions peu probable. Dans son commentaire de l'arrêt *Formindep* M.-L. MOQUET-ANGER émettait l'hypothèse selon laquelle le juge se limiterait plus volontiers à un

¹⁴²² MOQUET-ANGER M.-L., Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de Santé, *JCP A* 2011, n°42, 2321.

contrôle restreint en recourant à l'usage de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁴²³. Cette solution paraissait en effet requise par la nature technique des recommandations de bonne pratique ; on ne peut donc que saluer du fait qu'elle ait été retenue par le Conseil d'Etat dans les arrêts des 4 octobre 2013 et 23 décembre 2014.

370. La jurisprudence ici rapportée en matière de recommandations pour la pratique médicale illustre un mouvement plus général de reconnaissance par le juge administratif des « documents référents »¹⁴²⁴, instruments relevant du droit mais dépourvus de force contraignante¹⁴²⁵. Le Conseil d'Etat les qualifie d'instruments de « droit souple »¹⁴²⁶ et les insère dans un continuum de normativité¹⁴²⁷ justifiant le contrôle du juge¹⁴²⁸. Les instruments de droit souple peuvent être qualifiés au regard de leur objet, qui tend à modifier ou orienter les comportements, et se caractérisent par leur structuration et leur formalisation. Ils se distinguent du droit dur en ce qu'ils ne créent ni droits ni obligations¹⁴²⁹, et du non-droit en ce qu'ils produisent tout de même des effets en droit¹⁴³⁰. Les recommandations de bonne pratique de la HAS et de l'ANSM peuvent, au regard de ces critères d'une part, et compte tenu des limites qui s'attachent à leur recours exposées *supra*, être qualifiés d'instruments de droit souple. Si l'on se réfère à l'étude annuelle du Conseil d'Etat publiée en 2013 sur le sujet, l'opportunité du recours au droit souple interroge son utilité, son effectivité et sa légitimité¹⁴³¹. Ces critères permettent également de cerner la force normative réelle des recommandations de bonne pratique.

371. Analyser cette force normative revient à évaluer, selon le modèle proposé par C. THIBIERGE *et al.*, leur valeur normative, leur portée normative et la garantie normative qui

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ SABLIERE P., Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents », *AJDA* 2007, p. 66.

¹⁴²⁵ V., concernant les communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers : CE, 21 mars 2016, n°368082, n°368083, n°368084, *RFDA* 2016, p. 497, concl. S. von Coester ; *AJDA* 2016, p. 989 ; *ibid.*, p. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *RTD com.* 2016, p. 298, note N. Rontchevsky ; *D.* 2016. 715, obs. M.-C. de Montecler.

¹⁴²⁶ VIGOUROUX C., RICHARD J., Du droit « mou » au droit « souple », *AJDA* 2013, p. 1825.

¹⁴²⁷ RICHARD J., CYTERMANN L., Le droit souple, quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? *AJDA* 2013, p. 1884.

¹⁴²⁸ DOMINO X., BRETONNEAU A., *op. cit.*

¹⁴²⁹ CONSEIL D'ETAT, *Le droit souple, étude annuelle 2013*, Documentation française 2013, p. 61. V. également : LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013, n°253.

¹⁴³⁰ DEUMIER P., *op. cit.*, p. 248.

¹⁴³¹ CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 136.

leur est associée¹⁴³². Cette appréciation repose à la fois sur des indices de nature juridique – justiciabilité, effets juridiques, pratiques juridictionnelles et régime contentieux – et extra juridique – effets sur le comportement des sujets de droit « en pratique »¹⁴³³. La valeur de la norme correspond à la force résultant de sa source ; elle illustre sa vocation à fournir référence. La portée normative atteste de l'influence de la norme sur les conduites et dans l'évolution du droit positif. La garantie normative témoigne de la réaction du système juridique pour assurer le respect et la validité de la norme. Il convient donc d'analyser ces trois composantes s'agissant des recommandations de bonne pratique, afin d'en déduire leur force normative qui en est la résultante. La valeur normative des RBP est incontestablement forte, au regard de l'autorité de leurs auteurs et de leur place dans la hiérarchie des normes, le juge administratif leur ayant reconnu une valeur réglementaire ; elle l'est également, nonobstant la formulation de leur énoncé (recommandation) au regard de l'intention de leurs auteurs, les conçoivent comme des outils privilégiés pour la garantie de la sécurité, de la qualité et de l'efficacité des soins. La portée normative des RBP peut, elle aussi, être reconnue, dans la mesure où elles produisent des effets (régulation, harmonisation) sur les pratiques médicales et sur le droit lui-même ; en témoigne le recours à ces RBP comme outils d'évaluation de la pertinence de la décision médicale par les praticiens du droit. Enfin la garantie normative des recommandations est bien réelle, qui se manifeste par la réaction du système juridique à leur égard : elles peuvent en effet être contestées ou invoquées en justice, ou encore mobilisées par le juge. Au-delà de la reconnaissance par le juge administratif de la valeur réglementaire des recommandations de bonne pratique, l'analyse de leur valeur, de leur portée et de leur garantie normatives atteste en définitive de la réalité de leur force normative. Cette réalité s'impose donc en pratique au juge amené à procéder au contrôle de conformité de la décision médicale au standard, dès lors qu'il les considère comme des outils privilégiés de son évaluation.

Section 2 : Le contrôle de conformité au standard

372. Le contrôle de pertinence du contenu de la décision médicale consiste à le comparer au standard de que constituent les connaissances médicales avérées et les données acquises de la

¹⁴³² THIBIERGE C., *et al.*, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ 2009, 891 p.

¹⁴³³ THIBIERGE C., Synthèse. La force normative, in : THIBIERGE C., *et al.*, *op. cit.*, p. 766.

science. Si le contrôle relève bien de la compétence du juge (§2), la nature technique des faits qui lui sont soumis impose la plupart du temps qu'il dispose, pour l'éclairer, d'un interprète : l'expert (§1), qui selon l'adage lui donnera les faits pour qu'il donne le droit¹⁴³⁴.

§1. Office de l'expert

373. Le contrôle de pertinence de la décision médicale consiste pour le juge, au moyen du standard, à comparer le comportement du professionnel à un comportement de référence dicté par les données acquises de la science et les connaissances médicales avérées, réserves faites des circonstances de l'espèce. Ce contrôle relève de la compétence du seul juge, au regard de la légitimité que lui confère sa fonction. Mais si seul le juge peut dire le droit, il ne peut dire que le droit – *jura novit curia* – et peut donc avoir recours au technicien lorsque le fait soumis à son appréciation en requiert les lumières¹⁴³⁵, lorsque des constatations ou une consultation apparaissent insuffisantes¹⁴³⁶. La mission confiée à l'expert consiste donc à éclairer le magistrat sur un point de technique au sujet duquel il est incompetent¹⁴³⁷, l'incompétence n'étant ici entendue que sur le plan de ladite technique.

374. Cette nécessité se manifeste tout particulièrement dans le contentieux de la responsabilité médicale : le fait ayant une dimension technique et une complexité telle, le recours à l'expert s'avère indispensable. Il semble selon G. MEMETEAU¹⁴³⁸ que l'intervention de l'expert ne soit pas absolument nécessaire pour caractériser les manquements du médecin aux règles de délicatesse et d'humanisme¹⁴³⁹, au contraire des cas où doit être appréciée l'éventualité d'une faute technique¹⁴⁴⁰. Si l'on peut en convenir s'agissant de la faute technique et de certaines fautes contre l'humanisme – violation du secret professionnel par exemple –, le caractère facultatif de l'expertise doit être relativisé s'agissant d'autres manquements à l'humanisme médical, et particulièrement de la violation du droit à l'information. Plusieurs arguments

¹⁴³⁴ *Da mihi factum, dabo tibi jus.*

¹⁴³⁵ C. proc. civ., art. 232 ; CJA, art. R.621-1.

¹⁴³⁶ C. proc. civ, art. 264.

¹⁴³⁷ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Sirey 1907, p. 597.

¹⁴³⁸ MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°331 ; n°622.

¹⁴³⁹ Civ 1^{re}, 7 nov. 1961, *Bull. civ.* 1961, n°508 ; *Gaz. Pal.* 1962, I, 219.

¹⁴⁴⁰ CA Limoges, 25 oct. 1955, *JCP* 1956, 9021, obs. R. Savatier.

plaident en effet pour la nécessité du recours au technicien afin de permettre au juge de qualifier la faute. Premièrement, le médecin étant débiteur d'une obligation d'information portant sur les « risques fréquents ou graves normalement prévisibles »¹⁴⁴¹, le contenu de l'information concernant de tels risques doit être précisé. Or la détermination de la fréquence et de la gravité du risque nécessite de se référer aux données acquises de la science, et de manière corollaire, aux lumières du technicien. Deuxièmement, avant de retenir une éventuelle perte de chance pour le patient d'avoir, par une décision plus judicieuse, échappé à la réalisation du risque qui s'est finalement réalisé¹⁴⁴², il appartient au juge de vérifier dans quelle mesure l'acte était ou non indispensable, la perte de chance étant nulle si l'acte était effectivement indispensable. Cette vérification ne peut, ici encore, se faire sans le recours à l'expert. Troisièmement, c'est également au technicien qu'il appartiendra de se prononcer sur la réalité de la réalisation du risque lorsque sera sollicitée devant le juge judiciaire¹⁴⁴³ ou le juge administratif¹⁴⁴⁴ la réparation d'un préjudice d'impréparation. Ces trois objections permettent de saisir que la stricte distinction entre faute contre l'humanisme médical et faute technique mérite d'être relativisée, dans la mesure où la qualification de la première nécessite de convoquer les données acquises de la science, dont on pourrait penser qu'elles ne concernent que la seconde. Le contrôle de concertation, qui relève de la procédure de décision médicale, rejoint ici celui de son contenu, dont le recours à l'expert semble donc constituer, y compris en dehors du cas de l'appréciation de la faute technique où il paraît évident, une étape incontournable.

375. Bien que nécessaire au regard de l'incompétence technique du juge et de la question de droit posée à celui-ci, l'intervention de l'expert se limite aux seuls faits. La désignation de l'expert par le juge ne s'accompagne en effet d'aucune délégation de sa compétence

¹⁴⁴¹ CSP, art. L.1111-2, al. 1^{er}.

¹⁴⁴² Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, n°09-19.301, *D.* 2008, p.192, note P. Sargos ; *ibid.*, p.804, note L. Neyret ; *ibid.*, p. 2894, pan. P. Brun et P. Jourdain ; *JCP G* 2008, II, 125, n°3, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 303, obs. P. Jourdain.

¹⁴⁴³ Civ. 1^{re}, 23 janv. 2014, n°12-22.123, *D.* 2014 p. 589 ; *ibid.*, p. 584, avis L. Bernard de la Gatinais ; *ibid.*, p. 590, note M. Bacache ; *ibid.*, p. 2021, pan. A. Laude ; *RDSS* 2014, p. 295, note F. Arhab-Girardin ; *RTD civ.* 2014, p. 379, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 19-20 mars 2014, obs. B. Parance ; *CCC* 2014, comm. 86, obs. L. Leveneur ; *JCP* 2014, 446, obs. A. Bascoulergue ; *ibid.*, 553, obs. G. Viney ; *RCA* avr. 2014, obs. S. Hoquet-Berg ; *RLDC* mai 2014, obs. O. Gout.

¹⁴⁴⁴ CE, 10 oct. 2012, n°350426, *D.* 2012, p. 2518, obs. D. Poupeau ; *ibid.* 2013, p. 40, obs. O. Gout ; *ibid.*, p. 2658, obs. M. Bacache ; *AJDA* 2012, p. 1927 ; *ibid.*, p. 2231, note C. Lantero ; *RDSS* 2013, p. 92, note D. Cristol.

juridictionnelle¹⁴⁴⁵. C'est le sens des dispositions de l'article 238, al. 3, aux termes duquel le technicien ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique, mais également de celles de l'article R.4127-106 CSP qui prescrivent la récusation du médecin expert s'il estime, entre autres, que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, ou à ses possibilités. Si l'expert est, selon l'expression, « l'œil du juge », ce qui semble l'associer de manière étroite, et comme organique, à l'autorité chargée de prendre la décision¹⁴⁴⁶, il convient de se ranger à l'analyse de G. CANSÉLIER en retenant que c'est négativement que doit se définir le rôle de l'expert par rapport au juge¹⁴⁴⁷. En matière médicale, particulièrement, il n'appartient pas à l'expert de qualifier la faute, pas plus qu'il ne lui appartient de qualifier la négligence ou l'imprudence. La mission de l'expert consiste au contraire en une œuvre d'interprétariat, de traduction au bénéfice du juge. Il s'agit pour lui de déterminer dans un premier temps les données acquises de la science ou les connaissances médicales avérées au moment de la décision médicale contestée, puis d'analyser l'éventuel écart entre le comportement de référence qui en est déduit et le comportement adopté par le professionnel dont la responsabilité est recherchée. Il y a bien dans l'œuvre expertale nécessité d'une analyse approfondie, dans la mesure où l'écart éventuellement constaté peut être justifié au regard des circonstances de l'espèce. Autrement dit, l'expert n'est pas un contrôleur de la juste application des standards professionnels ; interprète, il doit au contraire déterminer le comportement du *bonus medicus* au regard des circonstances de l'espèce et des connaissances du moment – a posteriori toutefois.

376. En matière d'expertise médicale, si la stricte dichotomie *ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores* a bien vocation à s'appliquer – au moins en théorie, il reste qu'en pratique elle confine parfois à l'incantation au regard de la place qui est désormais celle de l'expertise dans le procès, ainsi que de l'influence et de l'autorité que l'expert fait peser sur la juridiction¹⁴⁴⁸. On pourra en effet répéter à l'envi que le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert, et qu'elles peuvent

¹⁴⁴⁵ Ce qui n'a pas toujours été le cas, cf. pour exemple : CA Pau, 30 déc. 1863, *S.* 1864, II, p. 32 : « L'œuvre des experts est réputée l'œuvre de la justice et celle-ci est inattaquable comme le jugement lui-même qui l'a approuvée ; les experts jouissent des immunités qui couvrent les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires ».

¹⁴⁴⁶ ENCINAS DE MUNAGORRI R., v° expert et expertise, in : ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 686.

¹⁴⁴⁷ CANSÉLIER G., *op. cit.*, n°299.

¹⁴⁴⁸ GARRAUD R., *op. cit.*, p. 597.

être contestées par les parties. Il reste que pour ce faire, celui-là devra en démontrer l'insuffisance, et celles-ci ne pourront s'en remettre qu'à une autre expertise, privée le plus souvent, mais dans les limites des capacités financières qui sont les leurs¹⁴⁴⁹. Il en résulte qu'en pratique, parmi les éléments de preuve soumis à l'appréciation du juge pour forger sa conviction, la réponse de l'expert prime sur les autres. Ce constat conduit G. MEMETEAU à considérer qu'elle lie le juge¹⁴⁵⁰, quand J. PRADEL voit en l'expert un « substitut du juge »¹⁴⁵¹. La faute semble en effet présumée de l'écart inopportun, constaté et qualifié par l'expert, aux données acquises de la science, telles que définies par l'expert. Il se manifeste dans cette mécanique médico-juridictionnelle la même impression de captivité de la décision juridictionnelle par rapport à l'avis d'expert que nous avons décrite *supra* concernant la gestion publique des risques sanitaires. Pour les mêmes raisons pourtant, cette captivité doit être relativisée, en même temps qu'elle impose de déduire de la place conférée à l'expertise, les exigences du juge vis-à-vis de l'expert.

377. L'impression de soumission de la décision du juge à l'expert doit être tempérée par l'incertitude qui s'attache à l'exercice de l'expertise. Cette incertitude se manifeste aux deux étapes de la démarche expertale. Elle concerne d'une part la détermination préalable des données acquises de la science au moment de la décision médicale examinée. La tâche peut sembler aisée, notamment via l'utilisation d'outils formalisés ; mais, on l'a déjà évoqué, ces outils n'en sont qu'une expression plus ou moins fidèle à un moment donné. Il y a donc nécessité pour l'expert d'individualiser sa définition des connaissances médicales sur le sujet particulier qui lui est confié. L'incertitude de la démarche expertale concerne d'autre part l'appréciation de la qualité du comportement médical à proprement parler, puisque l'expert doit se projeter, de manière rétrospective, dans les circonstances de la décision soumise à son examen, qui sont par essence singulières. Il en résulte encore pour l'expert une exigence d'individualisation. Ces deux niveaux d'individualisation témoignent de la prudence qui sied à l'expertise, et de l'humilité qui s'impose à l'expert. A l'instar du *bonus medicus*, le *bonus expertus* doit connaître et reconnaître les limites de son savoir et de son analyse. Ces limites gêneront le juge, à n'en pas douter, mais l'obligation de juger continuera de s'imposer à lui : l'incertitude technique ne peut faire obstacle à ce que justice soit rendue. Elles ne devront pas

¹⁴⁴⁹ Sauf à saisir une commission de conciliation et d'indemnisation (CCI), à la condition que le seuil de gravité du dommage soit atteint.

¹⁴⁵⁰ MEMETEAU G., Le juge ignorant la médecine ? *Gaz. Pal.* 2014, n°39, p. 12.

¹⁴⁵¹ PRADEL J., *Procédure pénale*, 16^e éd., Cujas 2011, p. 164.

le conduire à émettre lui-même un avis technique et, partant, à tenter de départager Hippocrate et Galien, ce qui lui est impossible. Elles lui permettront cependant de saisir avec peut-être davantage de justesse, au regard des difficultés mêmes de l'expert à déterminer le bon comportement médical, la complexité de l'exercice soumis à son contrôle. Le juge administratif en a tiré toutes les conséquences dans la mesure où, s'il a abandonné – avant la loi du 4 mars 2002 – l'exigence d'une faute lourde en matière d'acte médicaux¹⁴⁵², voire a admis dans certains cas un régime de responsabilité pour faute présumée¹⁴⁵³, il continue de distinguer l'erreur¹⁴⁵⁴, qui peut être non fautive, de la faute¹⁴⁵⁵. De même, en matière judiciaire, le juge répressif estime que l'erreur due à une compétence médicale médiocre ne constitue pas une imprudence ou une négligence¹⁴⁵⁶ ; pour le juge civil, l'erreur n'est fautive que lorsque le professionnel ne respecte pas les données acquises de la science à la date des soins¹⁴⁵⁷.

378. L'exigence générale et fondamentale de prudence en matière d'expertise se conjugue avec celles de compétence et d'indépendance – ou plus exactement d'impartialité¹⁴⁵⁸.

La compétence est la justification même du recours à l'expert : c'est bien à ce titre qu'il est sollicité par le droit. On constate toutefois que la procédure de désignation des experts ne semble pas offrir toutes les garanties requises en la matière. La demande d'inscription sur une liste d'experts près une juridiction administrative ou judiciaire, ou sur la liste nationale des experts en accidents médicaux¹⁴⁵⁹, procède en effet d'une démarche personnelle du candidat. En outre, la technicité croissante, l'hyperspécialisation et la fragmentation des savoirs médicaux entraînent une raréfaction des experts potentiellement disponibles dans chacune de ces hyperspécialités. Dès lors, soit ces experts peuvent ne pas faire acte de candidature auprès des juridictions ; soit, au contraire, ils sollicitent leur inscription, mais la garantie de leur compétence ne peut que difficilement être appréciée en raison du nombre réduit de pairs qui pourraient en attester, et plus précisément en attester objectivement. Il résulte de cet état de

¹⁴⁵² CE, ass., 10 avr. 1992, n°79027, *RFDA* 1992, p. 571, concl. H. Legal ; *D.* 1993, p.146, obs. P. Bon et Ph. Terneyre ; *JCP* 1992, II, 21881, note J. Moreau.

¹⁴⁵³ CE, ass., 7 mars 1958, n°38230 ; CE, 19 oct. 2011, n°339670.

¹⁴⁵⁴ Des erreurs successives peuvent cependant constituer une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital : CE, 10 avr. 1992, n°79027, préc.

¹⁴⁵⁵ CONSEIL D'ETAT, *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossier thématique 2015, p. 9.

¹⁴⁵⁶ Crim., 28 oct. 1971, n°70-90.750, *Bull. crim.*, n°287, p. 712.

¹⁴⁵⁷ Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n° 98-19.295, *Bull. civ.* 2000, I, n°176, p. 114.

¹⁴⁵⁸ Cf. *infra*.

¹⁴⁵⁹ CSP, art. L.1142-10.

fait deux conséquences. La première rejoint l'exigence de prudence déjà exposée, qui conduira l'expert à s'en tenir strictement à son domaine de compétence technique, sans céder, par orgueil ou par faiblesse, aux sollicitations juridictionnelles qui l'amèneraient en dehors du champ limité de ses compétences. La seconde conséquence concerne le juge, qui, en dépit du principe d'unicité qui s'impose en matière de désignation des experts¹⁴⁶⁰, devra tirer les conséquences de la fragmentation des savoirs en matière d'expertise. De même qu'elle justifie désormais pour les actes de prévention de diagnostic et de soins une décision systémique, elle impose, pour une meilleure administration de la justice, le recours à des collègues d'experts. Ce principe procédural a été consacré en matière d'expertise des accidents médicaux dans la procédure non contentieuse créée par la loi du 4 mars 2002¹⁴⁶¹. Il doit être salué et mériterait d'être étendu à toutes les expertises diligentées par les juridictions administratives et judiciaires, tant l'expertise en responsabilité médicale s'enrichit des compétences et de l'expérience du médecin exerçant la spécialité du médecin mis en cause, et de celles du médecin légiste. L'intérêt d'une telle dualité se justifie d'une part par le fait que l'expertise doit apprécier les causes et les conséquences de l'éventuelle faute. Elle doit donc se prononcer sur la conformité du comportement aux données acquises de la science (cause), ce qui relève de la compétence du spécialiste « d'organe », et sur l'évaluation du préjudice de la victime (conséquence), ce qui relève de la compétence du médecin légiste. D'autre part, il nous semble pertinent que le collègue expertal puisse bénéficier des lumières du médecin légiste, plus particulièrement compétent – parmi ses confrères – en droit de la responsabilité médicale. Non pour se substituer au juge, mais pour apporter à la discussion médico-légale les éléments nécessaires à la compréhension des questions de droit posées par l'espèce, afin d'apporter au juge un avis expertal le plus efficace et le plus adapté possible.

379. L'exigence d'indépendance¹⁴⁶² qui pèse sur l'expert trouve sa justification dans la place privilégiée de l'expertise dans le processus décisionnel juridictionnel. Si l'on admet cette prépondérance, on conçoit que les exigences qui pèsent sur le juge concernent de manière transitive le technicien. C'est ainsi qu'en matières civile et administrative les experts peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges¹⁴⁶³. Cette possibilité n'est toutefois pas envisagée expressément par le code de procédure pénale, dont les articles 156 et suivants ne

¹⁴⁶⁰ C. proc. civ., art. 264 ; CJA, art. R.621-2.

¹⁴⁶¹ CSP, art. L.1142-12 ; v. PENNEAU J., L'expertise des accidents médicaux, *RDSS* 2002, p. 797.

¹⁴⁶² C. proc. civ., art. 237 ; CJA, art. R.621-3.

¹⁴⁶³ C. proc. civ., art. 234 ; CJA, art. R.621-6.

font aucune mention des devoirs de l'expert, pas plus qu'ils ne permettent sa récusation. Doit-on en déduire que la procédure d'inscription sur une liste d'experts judiciaires et la prestation du serment de prêter son concours à la justice en son honneur et sa conscience sont des garanties suffisantes d'indépendance ? On peut en douter au regard des exigences supplémentaires issues des codes de procédure civile et de justice administrative précitées. Il convient à cet égard de souligner que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu au visa de l'article 6 de la convention EDH et de l'article préliminaire du code de procédure pénale, a explicitement rattaché la désignation d'un expert indépendant aux conditions d'un procès équitable¹⁴⁶⁴.

L'indépendance de l'expert est certes nécessaire, elle n'est pour autant pas suffisante. Ainsi que le relève J. MORET-BAILLY, il convient d'exiger de l'expert l'impartialité qui s'impose à ceux qui doivent, du fait de leurs fonctions, être au-dessus ou manifester une neutralité vis-à-vis des intérêts entre lesquels ils arbitrent¹⁴⁶⁵. L'indépendance n'excluant pas l'impartialité, celle-ci s'impose à l'expert, si on le considère comme un « arbitre technique » du litige. Il reste que, comme en matière de compétence, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité des experts reste rare, et que la sanction du manquement à ces principes confine à l'exceptionnel. Le Conseil d'Etat a précisé les modalités de ce contrôle en considérant qu'il appartenait au juge de rechercher si, eu égard à leur nature, leur intensité, à leur date et à leur durée, les relations directes et indirectes entre un expert et l'une ou plusieurs des parties au litige étaient de nature à susciter un doute sur son impartialité¹⁴⁶⁶. La Cour de cassation a pour sa part été confrontée à la question à l'occasion du contentieux de l'inscription sur les listes d'experts judiciaires ou de la contestation de rapports d'expertise au motif de la partialité de leurs auteurs, notamment sur l'incompatibilité de l'activité d'expertise judiciaire avec la réalisation d'expertises au profit de compagnies d'assurances¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁴ Crim., 25 sept 2012, n°12-82.770, *Bull. crim.* 2012, n°197 ; *AJ Pénal* 2012, p. 659, obs. C. Renaud-Duparc.

¹⁴⁶⁵ MORET-BAILLY J., RODWIN M.A., La qualification des conflits d'intérêts des médecins en France et aux Etats-Unis, *RDSS* 2012, p. 501 ; MORET-BAILLY J., Définir les conflits d'intérêts, *D.* 2011, p. 1100.

¹⁴⁶⁶ CE, 19 avr. 2013, n°360598, *AJDA* 2013, p. 824 ; V. également : ROUSSEL F., Le contentieux des obligations de l'expert, *AJDA* 2014, p. 1370. Ces critères n'ont toutefois pas empêché la Haute juridiction administrative de considérer que l'appartenance d'un médecin aux cadres de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) ne pouvait être regardée comme suscitant par elle-même un doute sur son impartialité faisant obstacle à sa désignation comme expert dans un litige où l'AP-HP était partie (CE, 23 juill. 2014, n°352407 ; CE, 15 déc. 2014, n°358287).

¹⁴⁶⁷ Civ. 2^e, 22 mai 2008, n°08-10.314 et n°08-10.840, *DA* 2 juin 2008, obs. J. Speroni ; *D.* 2008, p. 2373, chron. J.-M. Sommer et C. Nicoletis ; *ibid.*, p. 2635, note L. Morlet-Haidara : absence d'incompatibilité de principe ; Civ. 2^e, 14 mai 2009, n°09-11466 : incompatibilité avec l'activité d'expertise judiciaire de la réalisation d'expertises à titre quasi-exclusif pour le compte d'assureurs à raison de 200 missions par an depuis au moins

380. En définitive, le contrôle de pertinence de la décision médicale suppose pour le juge de s'en remettre à l'expert pour déterminer l'état des connaissances médicales au moment de la décision et le comportement adapté aux circonstances de l'espèce. Le strict cantonnement de l'expert à l'appréciation des faits ne doit cependant pas masquer la dépendance croissante du juge vis-à-vis de l'avis technique. Cette sujétion du droit au fait en matière médicale est d'autant plus forte que le contrôle de la compétence et de l'impartialité des experts, qui pour la plupart sont aussi des soignants en activité, paraît en réalité peu effectif. Il en résulte, pour l'expert, une exigence de prudence et d'humilité, et l'obligation de témoigner devant le juge des limites de son appréciation. La modestie qui s'impose en matière d'expertise médicale replace donc, *in fine*, le juge au centre du contrôle de pertinence de la décision médicale.

§2. Office du juge

381. S'il convient d'admettre la prépondérance de l'expertise médicale dans l'établissement de la matérialité des faits soumis au juge, il serait inexact de ne voir en lui qu'un captif de l'avis d'expert investi de l'autorité et de la légitimité de l'homme de l'art. Le fait que le contrôle de pertinence de la décision soulève « des questions scientifiques à débattre entre docteurs »¹⁴⁶⁸ et que le juge ne doit connaître que des normes juridiques¹⁴⁶⁹ ne signifie en rien qu'il ait à méconnaître le fait. Selon G. FRANÇOIS, il serait faux de croire que le juge est juridiquement incompetent pour connaître de faits parce qu'ils sont scientifiques, puisque la compétence légale du juge dans l'appréciation de la valeur juridiquement probante des éléments de preuve qui lui sont présentés ne souffre aucune exception¹⁴⁷⁰. L'imperium du juge se manifeste donc également au regard du fait, quand bien même il a recours à l'expert pour l'éclairer sur celui-ci. Ce pouvoir se manifeste tant concernant l'opportunité de l'expertise que sur l'exploitation de son résultat.

cinq ans ; v. également en dehors du contentieux de l'inscription/réinscription mais en matière non médicale : Civ. 2^e, 15 oct. 2015, n°14-22.932, *RDI* 2015, p. 595, obs. D. Noguéro.

¹⁴⁶⁸ Req., 18 juin 1835, *DP* 1835, 1, 300, concl. Dupin ; *S.* 1835, 1, 401.

¹⁴⁶⁹ C. proc. civ., art. 12, al. 1^{er}.

¹⁴⁷⁰ FRANÇOIS G., *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et de droit pénal*, thèse Paris I, 2004, n°113.

382. S'agissant de l'opportunité de la mise en œuvre de l'expertise, il convient de rappeler qu'une telle décision relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴⁷¹, même si en matière de responsabilité médicale il paraît difficile pour le juge, en dehors de l'hypothèse de certaines fautes contre l'humanisme, de se passer d'une telle mesure d'instruction. Il a en revanche toute latitude dans le choix de l'expert et dans la rédaction de la mission.

Concernant le choix des experts, nous avons déjà exposé l'intérêt de l'abandon du principe de l'unicité pour lui préférer celui du collège d'experts. Il conviendrait cependant que les listes mises à la disposition des magistrats des deux ordres juridictionnels leur permettent de cerner plus précisément les compétences précises des experts qu'ils ont à commettre. La catégorisation par rubriques, qui reprend pour l'essentiel les spécialités médicales, a un intérêt ; elle s'avère cependant insuffisante pour connaître du domaine d'excellence du technicien. L'hyperspécialisation médicale déjà évoquée ne transparaît pas dans la nomenclature des spécialités d'internat et ne permet pas toujours le choix le plus pertinent. Pour exemple, la rubrique « pédiatrie » (F.1.24) ne reflète en rien la réalité de cette spécialité, qui se décline désormais en surspécialités « d'organe » (réanimation, neuropédiatrie, néphropédiatrie, endocrinopédiatrie, etc.). Le renseignement des titres et qualifications des experts, s'il a le mérite de figurer en renseignements annexes sur les listes, semble également insuffisant à garantir au juge la désignation de l'expert le plus adapté à la mission. La compétence technique, si elle est nécessaire, n'est pas la garantie d'un travail expertal de qualité. La pratique de l'expertise nécessite la mise en œuvre de compétences propres, que nous qualifions volontiers de compétences médico-légales. Ainsi d'éminents spécialistes – « experts » dans leur domaine au sens général du terme – peuvent-ils être de piètres experts au sens juridique, par leur méconnaissance des principes directeurs et des enjeux du procès. Le plus souvent pourtant, le juge ne peut que soit s'en remettre à la liste, soit se référer à l'expérience de ses confrères magistrats pour le choix du technicien, solutions peu convaincantes. Une troisième voie est possible, qui, en l'absence de formalisation d'une meilleure connaissance des compétences particulières des experts, paraît intéressante : celle d'une consultation préalable de l'expert. Si une telle pratique ne doit pas confiner au compérage, elle a le mérite de permettre au juge de savoir si la mission qu'il envisage de confier à l'expert entre ou non dans le champ de ses compétences, le cas échéant d'envisager la désignation d'un coexpert ou d'un saptiseur.

¹⁴⁷¹ Crim., 25 mars 1971, n°70-90.412 et n°70-90.413, *Bull. crim.* n°111 ; Civ. 2^e, 16 déc. 1970, n°69-12.668, *Bull. civ.* 2, n°344.

Cet entretien préalable à la désignation présente également un intérêt en ce qu'il permet au juge de rédiger au mieux la mission confiée à l'expert. En informant l'expert des questions de droit et de fait qui sont les siennes, il permet à l'expert de lui communiquer ses possibilités de réponses, ce qui peut l'autoriser à adapter la mission, voire, sur suggestion de l'expert à compléter la mission ou à diligenter d'autres mesures d'instruction. Un tel procédé ne participe pas, selon nous, d'une nouvelle forme de sujétion de la décision juridictionnelle à l'expertise. Il offre au contraire au juge, en fonction des arbitrages qui sont les siens, la faculté de disposer d'un rapport d'expertise le plus pertinent possible. Ces arbitrages sont d'autant plus aisés dans certaines juridictions spécialisées qui disposent de l'avis d'assistants spécialisés¹⁴⁷² qui, sans être formellement des experts, peuvent utilement conseiller les magistrats dans le domaine de compétence technique qui est le leur pour adapter au mieux la mission confiée à l'expert et contribuer au choix du technicien ad hoc.

383. S'agissant de l'exploitation du résultat de l'expertise, on se limitera à envisager les situations d'échec, qui ne dispensent pas le juge de sa mission de juger. Ils peuvent relever de deux hypothèses : soit la qualité de l'expertise fait défaut ; soit, nonobstant sa qualité, elle ne permet pas un éclairage suffisant pour le magistrat.

384. Dans la première hypothèse, il est loisible au juge d'écarter les conclusions de l'expert dans la mesure où l'appréciation de la portée du rapport d'expertise relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁴⁷³. Il est également possible pour le juge de rechercher dans le rapport d'expertise les éléments de preuve pertinents, sans pour autant faire siennes ses conclusions¹⁴⁷⁴. Plus encore, lui est-il permis de rejeter un rapport qui « constitue autant une œuvre polémique qu'un travail purement technique, ce qui est regrettable pour la sérénité du débat judiciaire »¹⁴⁷⁵. Il appartient donc au juge d'apprécier la qualité du rapport d'expertise et d'en faire une exégèse critique, afin d'y puiser les éléments de preuve qui lui paraissent pertinents au regard de l'ensemble du dossier dont il a, seul, connaissance, l'expert n'en ayant généralement qu'une vue partielle. Cette appropriation du rapport par le juge suppose que le rapport qui lui est remis satisfasse non seulement au critère de l'excellence technique mais

¹⁴⁷² Pôles de santé publique des TGI de Paris et Marseille par exemple ; ces assistants spécialisés sont généralement des médecins-inspecteurs de santé publique en détachement.

¹⁴⁷³ Civ. 1^{re}, 7 déc. 1999, n°97-19.262, *Bull. civ.* 1, n°337.

¹⁴⁷⁴ Civ. 2^e, 14 déc. 1983, n°82-15.887, *Bull. civ.* 2, n°202.

¹⁴⁷⁵ CA Poitiers, 23 févr. 1981, inédit, cité par : MEMETEAU G., *Cours de droit médical, op. cit.*, n°331.

également à ceux de l'intelligibilité des conclusions et de la clarté du raisonnement expertal. Ces critères de qualité de l'expertise s'imposent à l'expert ; ils obligent également le juge. D'une part, en matière civile, il peut inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions¹⁴⁷⁶. Des dispositions comparables permettent en matière administrative, que des explications complémentaires soient présentées par l'expert devant la formation de jugement¹⁴⁷⁷. Il convient toutefois de préciser qu'en pratique, ces possibilités offertes au juge ne sont qu'exceptionnellement mises en œuvre. La déposition de l'expert devant les juridictions¹⁴⁷⁸ n'est généralement requise qu'en matière criminelle, exceptionnellement en matière délictuelle, ce qui exclut l'essentiel du contentieux de la responsabilité médicale. D'autre part, s'impose également au juge la sanction du manquement aux critères d'excellence technique et d'intelligibilité. Or il ressort de l'expérience de la pratique expertale que cette sanction, lorsqu'elle est mise en œuvre, l'est généralement de manière « passive », dans la mesure où elle se manifeste soit par la non-utilisation d'un rapport non pertinent, soit par la non-désignation ultérieure de l'expert défaillant. Ainsi l'expert ne peut-il présumer la qualité de ses travaux que par la poursuite de sa désignation *ès* qualité, ce qui est regrettable, les sanctions « actives » n'étant mises en œuvre que rarement, pour des manquements manifestes aux règles procédurales, qu'elles concernent le non-respect du contradictoire ou, le plus souvent, le non-respect des délais impartis pour le dépôt du rapport d'expertise. Le contrôle de qualité de l'expertise, qui relève bien de l'office du juge, semble donc se manifester essentiellement sur la forme, le contrôle de fond s'avérant plus flou.

385. La seconde hypothèse concerne les situations dans lesquelles la réponse du technicien n'apporte pas au juge les éléments suffisant pour lui permettre de forger sa conviction. En matière de contrôle de la pertinence de la décision médicale, l'expert peut effectivement faire part de ses incertitudes quant aux données acquises de la science applicables au litige, ou quant au caractère inopportun de l'écart du comportement médical par rapport au standard. Il y a là manifestation de l'incertitude propre au recours à la connaissance scientifique, qui concerne aussi bien l'expert que le médecin dans la détermination du juste motif de la décision médicale. On peut dès lors s'interroger sur l'office du juge lorsqu'il ne peut

¹⁴⁷⁶ C. proc. civ., art. 245.

¹⁴⁷⁷ CJA, art. 621-10.

¹⁴⁷⁸ C. proc. pén., art. 168.

s'appuyer sur la vérité scientifique pour établir une vérité juridique. Selon G. RIPERT, « le droit se soucie peu de la vérité scientifique. Il se contente d'approximations et de présomptions »¹⁴⁷⁹. Cette distinction est partagée par la doctrine privatiste et publiciste de même que par la littérature médicale, et a particulièrement été envisagée au regard de l'appréciation du lien de causalité : la causalité scientifique ne doit pas être confondue avec la causalité juridique¹⁴⁸⁰. Certains auteurs proposent d'ailleurs de ne réserver le terme de causalité qu'à la causalité juridique, et de préférer à celui de causalité scientifique ceux d'imputabilité¹⁴⁸¹ ou de causabilité¹⁴⁸². La finalité poursuivie par la science est effectivement différente de celle du droit. Quand l'une cherche à décrire, comprendre et expliquer des phénomènes naturels, l'autre s'inscrit dans la perspective d'une sanction ou d'une indemnisation. Il paraît cependant difficile d'envisager celle-ci en contradiction avec celle-là, et de consacrer juridiquement une causalité qui serait impossible scientifiquement. Reste que lorsque la science est silencieuse, l'obligation de juger demeure. Ainsi l'absence de certitude scientifique n'empêche-t-elle pas le juge de juger, mais se manifeste alors le risque de la « prétention savante »¹⁴⁸³ des juges. On ne peut à cet égard que se ranger à l'avis de J. PENNEAU, qui considère que « même lorsqu'il existe une extrême suspicion à l'égard de l'expert, on peut se demander s'il est préférable de remplacer un avis douteux par un avis incompetent, incompetence que la consultation des livres et des revues de médecine ne peut remplacer »¹⁴⁸⁴. Conscient de cet avertissement, le juge ne peut dès lors s'en remettre qu'au raisonnement par présomption. Selon C. RADE, l'admissibilité de la preuve par présomption se justifie en ce qu'elle ne postule ni n'induit de jugement ou d'affirmation scientifique et ne saurait se heurter à l'obstacle de l'absence de certitude scientifique¹⁴⁸⁵. Ce mode de raisonnement s'est particulièrement développé à l'occasion du contentieux relatif à la vaccination contre l'hépatite B, dont il était allégué qu'elle pouvait entraîner des affections démyélinisantes. Tant le Conseil d'Etat¹⁴⁸⁶ que la Cour de cassation¹⁴⁸⁷ ont en effet admis,

¹⁴⁷⁹ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955, p. 42.

¹⁴⁸⁰ RADE C., Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique, *D.* 2012, p. 112.

¹⁴⁸¹ BORGHETTI J.-S., Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique, *D.* 2013, p. 2315.

¹⁴⁸² RADE C., *op. cit.*, n°11.

¹⁴⁸³ MEMETEAU G., Le juge ignorant la médecine ?, *op. cit.*

¹⁴⁸⁴ PENNEAU J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ 1973, n°98.

¹⁴⁸⁵ RADE C., *op. cit.*, n°17.

¹⁴⁸⁶ CE, 9 mars 2007, n°267635, n°278665, n°283067, n°285288, *D.* 2007, p. 2204, note L. Neyret ; *ibid.* 2897, obs. P. Brun ; *AJDA* 2007, p. 861, concl. T. Olson ; *RDSS* 2007, p. 543, obs. D. Cristol ; *JCP* 2007, I, 166, n°8, obs. B. Plessix ; *ibid.*, II, 1042, note A. Laude.

que nonobstant l'absence de lien scientifiquement établi entre vaccination et survenue d'une sclérose en plaques, le lien de causalité pouvait être juridiquement consacré sur la base de présomptions graves, précises et concordantes. On conçoit bien que l'incertitude scientifique ne puisse constituer un obstacle à l'indemnisation permise par le recours à la présomption du lien de causalité, dans la mesure où l'absence d'imputabilité scientifique en l'état des connaissances médicales n'exclut pas que ce lien puisse être scientifiquement établi au gré de leur évolution. Il reste que pour établir ces présomptions graves, précises et concordantes, les deux Hautes juridictions, faute de réponse scientifique, ont défini des conditions qui semblent s'apparenter à des critères relevant de la technique : brièveté du délai entre vaccination et apparition des symptômes, bonne santé de la victime avant l'injection, absence d'antécédent personnel ou familial connu, dont on sait du strict point de vue médical qu'il n'ont aucune valeur permettant de présumer ou d'exclure le lien entre vaccination et maladie. Ainsi, au motif de substituer la vraisemblance à l'incertitude¹⁴⁸⁸, le juge en revient-il à procéder lui-même à une détermination des données acquises de la science, alors qu'il n'en a ni la compétence, ni la légitimité. Dès lors que le corps social admet et revendique l'accès à l'indemnisation pour les victimes d'accidents médicaux, la faiblesse du recours aux présomptions de fait en situation d'incertitude scientifique doit faire envisager le recours aux présomptions de droit, dénuées de toute tentative de scientificité, et garantissant l'égalité de traitement entre les justiciables.

Conclusion du Chapitre 2

386. Le contrôle de pertinence de la décision médicale repose, pour le médecin comme pour le juge, sur l'utilisation d'outils d'explicitation du standard des données acquises de la science. Formulation du standard, ils en assurent l'accessibilité et l'intelligibilité. Formalisation du standard, ils en assurent l'influence sur le comportement médical. Cette formalisation va croissant, sous l'impulsion des organes de l'Etat, au gré du développement de la médecine factuelle, de l'amointrissement de la réelle capacité décisionnelle du médecin,

¹⁴⁸⁷ Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n°05-20.317 et n° 06-10.967, *D.* 2008, p. 1544, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 2897, obs. P. Jourdain ; *RDSS* 2008, p. 578, obs. J. Peigné ; *RTD civ.* 2008, p. 492, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2009, p. 200, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2008, I, 186, n° 3, obs. P. Stoffel-Munck ; *ibid.*, II, 10131, note L. Grynbaum ; *RLDC* 2008/51, n°3102, note P. Brun et C. Quézel-Ambrunaz ; *RDC* 2008, 1186, obs. J.-S. Borghetti.

¹⁴⁸⁸ GUILHEM J., La réception juridique de l'incertitude médicale, *Méd & Droit* 2009, p. 131.

et de l'infusion des problématiques économiques et financières dans la décision médicale. En résulte la consécration d'outils de mesure de pertinence privilégiés, qui au-delà de la reconnaissance d'une normativité propre, sont dotés d'une force normative caractérisée au regard de leur valeur, de leur portée et de leur garantie normatives. Ces outils ne dispensent pas le juge chargé du contrôle d'un recours à l'expert, tant les faits soumis à son appréciation paraissent, à l'instar des déterminants de la décision médicale pour le médecin, de plus en plus difficiles à saisir dans leur complexité. Ils ne s'imposent pour autant pas à l'expert, pas plus qu'ils ne s'imposent au juge, et ce malgré la garantie normative qui leur est associée. Le contrôle de pertinence repose dès lors sur le dialogue du juge et de l'expert, compétent, impartial et prudent, puisque tous deux se confrontent *in fine*, plus ou moins directement, à l'incertitude inhérente à la réflexion scientifique et aux activités humaines. Reste au juge le devoir de juger en se gardant de la tentation du scientisme, et en accomplissant son ministère avec la même humilité que celle qui s'impose aux médecins dans l'accomplissement du leur.

Conclusion du Titre 2

387. La pertinence de la décision médicale s'évalue au moyen d'instruments de mesure, dont l'élaboration répond d'abord à la nécessité d'objectivisation et de rationalisation de la pratique médicale. Le recours à ces instruments vient d'une part à l'appui de l'aptitude décisionnelle du médecin, confronté à l'étendue des savoirs médicaux qu'il n'est plus en mesure de maîtriser seul. D'autre part, la détermination d'un comportement de référence intéresse le juge interrogé sur la pertinence d'une décision dont l'auteur peut voir sa responsabilité engagée. Ces instruments de mesure deviennent alors pour lui une formulation et une formalisation du standard des données acquises de la science, à l'aune du respect desquelles, aidé de l'expert, il pourra qualifier une éventuelle faute. Leur force normative, réelle, ne doit cependant pas masquer le fait que ces instruments ne sont qu'une formulation du standard, dont l'appréciation du respect revient au juge, conscient de l'incertitude qui s'attache intrinsèquement à l'activité médicale.

Conclusion de la Deuxième partie

388. La liberté du médecin concernant le contenu de la décision médicale lui est conférée par le pouvoir résultant du savoir et du savoir-faire, qui ne peut se manifester que par la possibilité d'un choix effectif. Il s'agit cependant d'un choix borné par la finalité et la pertinence de la décision qui en résulte. La détermination de la finalité de la décision traduit l'intérêt légitime poursuivi, qui est d'abord celui de la protection de la santé, et se révèle dans la nécessité médicale supportée par l'opération normative du diagnostic. Les contours de cette finalité sont cependant émoussés au gré de l'évolution des techniques, de la subjectivisation de la santé, et de la promotion de l'autodétermination. Il en résulte une distorsion de la licéité de la décision médicale, par la génération de nécessités médicales artificielles soumises, en réalité, à la volonté des usagers du système de santé. La liberté du médecin s'en trouve nécessairement affectée, se réduisant parfois à une liberté de ne pas faire. Elle trouve également ses limites lorsqu'il s'agit de faire et de satisfaire aux critères de soumission à la science et d'utilité à l'homme. La rationalisation de la décision et la gestion de l'incertitude justifient le recours à des références de comportement qui pallient l'inaptitude décisionnelle partielle du médecin en même temps qu'elles entravent sa liberté de s'en écarter au nom de la singularité technique et humaine de la décision médicale. Le contrôle de pertinence de la décision, juridiquement soumis au seul standard des données acquises de la science, devient captif de ses outils de mesure, dotés d'une force normative considérable qui s'exerce sur le médecin comme sur le juge.

CONCLUSION

389. La référence à la liberté imprègne l'exercice de la médecine : liberté de prescription, liberté d'installation, indépendance du médecin dans l'exercice de son art. Elle se manifeste également dans la relation médicale du point de vue du patient : liberté du choix du praticien, liberté de refuser les soins proposés ; comme de celui du médecin : liberté de refuser de dispenser des soins, liberté d'opposer une clause de conscience. L'invocation constante de la liberté dans la relation médicale comme dans l'exercice de la médecine est le reflet de l'histoire de leur encadrement juridique : initialement, une relation de nature contractuelle unissant un client à un professionnel libéral, dont les décisions sont guidées par ses seules science et conscience. Cette réalité initiale a évolué au gré de l'avènement de modes d'exercice alternatifs, d'une part, et de la profonde modification de la nature même de la relation médicale, d'autre part. La reconnaissance de la liberté décisionnelle du médecin dépasse la question de son mode d'exercice en ce qu'elle est une condition nécessaire de la pratique médicale ; la relation médicale duelle n'est plus, et les usagers du système de santé sont dorénavant titulaires de droits subjectifs. C'est donc à l'aune de cette évolution que doit être appréciée la liberté du médecin dans la décision médicale.

390. L'asymétrie qui caractérise la relation médicale résulte du monopole de la connaissance par le médecin : lui seul détient le savoir et le savoir-faire qui permettent la décision. Elle résulte également de l'état du patient demandeur de soins, dépourvu non seulement de la connaissance, mais également de la compétence à appréhender sa situation personnelle en toute rationalité. Cette asymétrie et cette vulnérabilité justifient qu'au pouvoir médical puissent être opposés des droits par l'utilisateur du système de santé. Si la décision médicale naît dans cette confrontation d'un pouvoir à des droits, il convient d'admettre que l'aptitude décisionnelle effective du patient ne permet pas de retenir le principe de codécision promu par le législateur, en dehors de l'hypothèse du refus de soins. La liberté décisionnelle du médecin semble donc ici s'affirmer.

Par ailleurs, l'expansion des connaissances scientifiques et la facilitation de la transmission de l'information peuvent a priori être regardées comme des facteurs d'émancipation propres à consolider la liberté du médecin. Ainsi le médecin d'aujourd'hui peut-il être considéré comme plus libre que son confrère d'il y a un siècle, en ce qu'il est libéré d'une part de son ignorance

et est donc à même de répondre de manière efficace à la demande de soins qui lui est présentée. Le caractère libérateur de la connaissance doit être reconnu, mais jusqu'à un certain point. Alors que le médecin est tenu de soumettre ses décisions au respect des connaissances médicales avérées, l'accélération de la production scientifique médicale n'est pas sans conséquences sur sa propre aptitude décisionnelle. Celle-ci se trouve en pratique amoindrie par l'inflation quantitative et qualitative de la connaissance, ce qui induit une modification profonde du processus décisionnel. D'individuel, il devient collectif, pluridisciplinaire et pluri professionnel, la décision acquérant une dimension systémique. Cette systémisation de la décision médicale procède également des modifications qui affectent son contexte, qu'elles procèdent de la régulation médico-économique de l'activité des professionnels et des établissements de santé, ou de l'aversion au risque sanitaire manifestée par les populations. Il en résulte pour le système de santé une triple exigence de qualité, d'efficacité et de sécurité des soins. Il en résulte pour le droit, au regard de la protection des droits reconnus aux usagers vis à vis du pouvoir médical, la nécessité de développer les outils permettant de les garantir au regard des conditions d'élaboration de la décision ainsi que de la détermination son contenu, examiné en termes de finalité et de pertinence.

391. La qualité de la décision médicale repose en premier lieu sur son mode d'élaboration, que nous qualifions de procédure décisionnelle. Plus qu'un simple formalisme, la procédure décisionnelle garantit la confiance qui doit présider à la relation médicale, en ce qu'elle concourt à la protection des droits du patient et protège la liberté du médecin, celle-ci étant instaurée au bénéfice de ceux-là. La procédure décisionnelle a pour finalité de prémunir le patient contre une décision médicale arbitraire, en la soumettant aux exigences de concertation et de motivation.

La concertation se manifeste dans un débat contradictoire éclairé par l'information due au patient. La concertation contradictoire trouve sa justification dans l'aptitude décisionnelle partielle du patient, qu'elle a vocation, sinon à augmenter, du moins à conforter. La systémisation de la décision médicale renforce cette exigence, en même temps qu'elle en impose un contrôle renforcé, propre à garantir les droits subjectifs du patient. Le colloque singulier se mue en un colloque pluriel qui témoigne du caractère également systémique de l'information. Il en est de même lorsque le patient se trouve dans une situation d'inaptitude décisionnelle, puisqu'elle ne dispense en rien le décisionnaire de l'obligation de concertation. Il faut ici prendre acte de la volonté du législateur français de faire de l'expression de la

volonté antérieurement exprimée la boussole du médecin, et donc des modalités de son expression via le recours à une procédure de représentation. Il est cependant permis de douter de la pertinence de ce choix, tant la sacralisation de la volonté et de l'autonomie des décisions semble s'inscrire en contradiction avec la réalité de l'aptitude décisionnelle du patient. Nous privilégions donc une procédure de consultation permettant de fonder la décision sur l'intérêt du patient déterminé à l'aune des droits qui lui sont reconnus, régulée par un contrôle de nécessité et de proportionnalité. La dimension collective de la concertation ne doit pas ici occulter le caractère individuel de la décision. Elle est celle du médecin, tuteur de son patient placé en position de particulière vulnérabilité. Elle témoigne d'un pouvoir exorbitant, en même temps qu'elle fait peser sur le médecin la charge d'une responsabilité qui est bien sûr juridique mais également – et peut être surtout – morale.

L'exigence de concertation se prolonge par l'exigence de motivation de la décision, qui s'impose au médecin tant vis-à-vis de son patient, au soutien de l'aptitude décisionnelle de celui-ci, que vis-à-vis de lui-même, en ce qu'elle l'oblige à juger les causes de sa décision. C'est dans la motivation de la décision que se révèle particulièrement la justification de la liberté accordée au médecin par la protection des intérêts du patient. Cette liberté ne doit pas être assimilée à l'indépendance professionnelle du médecin ; elle doit être regardée comme le moyen de garantir sa loyauté au patient, c'est-à-dire sa fidélité à la protection de ses intérêts. S'impose donc au médecin décisionnaire l'introspection permettant d'identifier, en lui-même et dans le réseau des liens qui l'unissent aux acteurs de la décision médicale, les intérêts en jeu, avant d'en effectuer la pesée et le cas échéant l'abstraction. S'il est bien nécessaire, le contrôle de motivation reste, de ce point de vue, d'une effectivité relative. La liberté du médecin dans cette pesée d'intérêts demeure considérable, et le renvoie à son honnêteté autant qu'à son honneur.

392. Aux garanties qui assortissent la procédure de décision doivent être associées celle qui concernent son contenu, lequel peut être apprécié au regard de la finalité et de la pertinence de la décision.

La justification de l'acte médical supporté par la décision permet la pleine expression de la liberté du médecin, puisque c'est sur le fondement du savoir dont il est détenteur qu'il peut procéder à l'opération normative du diagnostic qui, seule, permet de qualifier la nécessité médicale, condition *sine qua non* de licéité de l'intervention médicale. La nécessité médicale ainsi définie est protéiforme, elle semble néanmoins pouvoir être définie comme répondant à

l'objectif de protection de la santé. Cette nécessité médicale que nous qualifions de nécessité de droit commun repose sur la prévention, le diagnostic et le soin. Envisagée à l'échelle de la santé individuelle, elle est limitée par la proscription de l'obstination déraisonnable ; envisagée à l'échelle de la santé publique et de la recherche, elle peut se déduire de la promotion et protection de l'intérêt sanitaire général, dans la limite de la protection concurrente de l'intérêt du patient. La justification de la décision médicale peut également reposer sur des nécessités médicales artificielles indépendantes de la qualification diagnostique, qui répondent davantage à la satisfaction individuelle de désirs ou au soulagement de souffrances qu'à la protection de la santé. La nécessité médicale s'entend ici davantage comme un moyen que comme une fin, tenant plus à la qualité du décisionnaire qu'à la finalité de la décision. La liberté du médecin s'envisage dès lors selon deux dimensions : celle de l'assimilation de ces nécessités nouvelles, au risque de l'instrumentalisation du savoir ; celle de la résistance et de la détermination de limites intangibles à l'utilisation de ce savoir au nom de la protection de la dignité humaine.

Le contrôle de la décision médicale porte enfin sur sa pertinence, qui consiste à en comparer le contenu au standard défini par la jurisprudence puis par la loi. Du point de vue de la pratique médicale, l'objectif légitime de rationalisation est désormais dépassé. La nécessité d'une standardisation de la décision au regard de l'aptitude décisionnelle du médecin ne doit cependant pas entretenir l'illusion de l'annihilation de l'incertitude qui caractérise la décision médicale. Les outils du contrôle de pertinence doivent donc rester ce qu'ils sont, nonobstant la force normative dont ils sont désormais dotés. Pour le juge, amené à qualifier une faute, ils ne sont qu'une forme d'explication du standard à un moment donné, qui ne rendra jamais compte de la réalité d'une situation et d'une relation, donc d'une décision humaines. Ils sont pour le médecin un défi à sa liberté en même temps qu'ils la stimulent et doivent le contraindre à s'interroger constamment sur l'intérêt qu'ils ont vocation à servir.

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES JURIDIQUES

Ouvrages généraux

- ALLANS D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.
- BERGOIGNAN-ESPER, SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Dalloz, 2016.
- BERGOIGNAN-ESPER, DUPONT M., *Droit hospitalier*, 9^e éd., Dalloz, 2014.
- BINET J.-R., *Droit médical*, Montchrestien 2010.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^e éd., Dalloz 2011.
- CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, PUF, 1958.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013.
- GARNIER-DELAMARE, *Dictionnaire des termes de médecine*, 25^e éd., Maloine 1999.
- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Sirey 1907.
- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, PUF 2012.
- LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013.
- MALAUURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, 2^e éd., Defrénois, 2004.
- MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4^e éd., Les Etudes hospitalières, 2010.
- MEMETEAU G. GIRER M., *Cours de droit médical*, 5^e éd., Les Etudes hospitalières, 2016.
- MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, 4^e éd., LGDJ, 2016.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, 16^e éd., Cujas 2011.
- POUND R., *An introduction to the philosophy of the law*, Yale University Press 1925.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, 2011.
- SAISON J., *Droit hospitalier*, 3^e éd., Gualino, 2011.
- SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 4^e éd., PUF, 2011.
- VIALLA F. (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, 2^e éd., LGDJ 2014.

Ouvrages spéciaux, thèses, monographies, mémoires

- AL-SANHOURY A.-A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, Giard, 1925.
- BENTHAM J., *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art-et-Science*, Bossange, Paris, 1823, p. 161.
- BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant 2009.
- BIOY X., *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ 2016.
- BURDEAU G., *Libertés publiques*, 4^e éd, LGDJ 1972.
- BRAY A., *La question du statut de profession libérale : étude comparative France – Etats-Unis*. Mémoire Paris II, 2015.
- BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D., *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Presses de l'EHESP, 2012.
- BRUNET P., *Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes*, in : DE BECHILLON D., BRUNET P., CANSELIER G., *Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Thèse Paris I 2006.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., MILLARD E., *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006.
- CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2015.
- DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960.
- DIBIE-KRAJEMAN D., *Informations génétiques et fonctions médicales. Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, Les Etudes hospitalières 2004.
- DUMAS-LAVENAC S., *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, Thèse Rennes 1, 2012.
- FEUILLET-LE MINTIER B., *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, in Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, PUF, 1999.

FABRE-MAGNAN M., L'obligation de motivation en droit des contrats, in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001.

FEUILLET B., Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effet limité, in : NEGRI S. (ed.), *Self-determination, dignity and end-of-life care. Regulating advanced directives in international and comparative perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

FRANÇOIS G., *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et de droit pénal*, thèse Paris I, 2004.

HAZIF-THOMAS C., *La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques*, Thèse Rennes 1, 2016.

JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1954.

KOCH HG., REITER-THEIL S., HELMCHEN H., *Informed consent in psychiatry. European perspectives of ethics, law and clinical practice*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

LABBE X. (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion 2015.

LAUDE A., PARIENTE J., TABUTEAU D., *La judiciarisation de la santé*, Edition de santé 2012.

LEMOYNE DE FORGES J.-M., SEUVIC J.-F., *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, 1993.

LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ 2005.

MEMETEAU G., *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin. Etude de droit français positif*, thèse Poitiers, 1973.

MOQUET-ANGER M.-L., *Le statut des praticiens hospitaliers publics*, PUF 1994.

MOQUET-ANGER M.-L., *Hôpitaux, personnel médical, J-Cl. Administratif*.

OST F., *Droit et intérêt, vol. 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

PENNEAU J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ 1973.

PENNEAU J., *Médecine (réparation des conséquences des risques sanitaires), Rép. civ.* 2015.

PENNEAU J., *Corps humain, bioéthique, Rép. civ.* 2016.

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

RAMEIX S., Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? In : LOUZOUN C., SALAS D., *Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique*, Erès, 1998.

REBECQ G., *La prescription médicale*, PUAM 1997.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridique de l'idée de normalité*, LGDJ 1980.

RIALS S., *Les standards, notions critiques du droit*, in : PERELMAN C., VAN DER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955.

ROCHE P., *L'organisation administrative de la psychiatrie en France*, Thèse Montpellier 1, 2011.

RODWIN M.A., *Conflicts of interests and the future of medicine: the Unites-States, France, and Japan*, Oxford University Press 2011.

SATI M.-O., *Le standard juridique*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne 1927.

SAVATIER J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, LGDJ, 1947.

THIBIERGE C., et al., *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ 2009.

TRUCHET D., *Rép. responsabilité de la puissance publique* 2016.

TUNE A., *Ebauche du droit des contrats professionnels*, in : *Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ 1950, t. II.

VERDIER J., *La jurisprudence de la médecine en France, ou Traité historique et juridique des établissements, règlements, police, devoirs, fonctions, honneurs, droits et privilèges des trois corps de médecine ; avec les devoirs, fonctions et autorité des juges à leur égard*, Première partie, t. I, Malassis le jeune, 1763.

ZOLEZZI C., *La force juridique des recommandations de bonne pratique. Regards croisés France – Etats-Unis*, Thèse Rennes I, 2016.

Articles de doctrine, notes et conclusions

ABONDO M., BOUVET R., PALARIC R., SPRIET H., LE GUEUT M., *Évaluation du risque de récurrence : de la nécessité d'une evidence-based expertise*, *Méd. & Droit* 2014, p. 96.

ADIDA-CANAC H., « *Mitigation of damage* » : une porte entrouverte ?, *D.* 2012, p. 141.

ALFANDARI E., PEDROT P., *La fin de vie et la loi du 22 avril 2005*, *RDSS* 2005, p. 751.

ALT-MAES F., *Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel*, *RSC* 1998, p. 301.

ALT-MAES F., *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical*, *JCP G* 2004, I, 184, spéc. n°6.

AMBOISE-CASTEROT C. La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, *RDSS* 2008, p. 66.

ANASTASOVA V., RIAL-SEBBAG E., Les tests génétiques en accès libre : quelle protection pour le consommateur européen?, *RDSS* 2012, p. 817.

ATIAS C., Les références médicales opposables : révolution ou continuité ? *RDSS* 1995, p. 21.

AUBERTIN J., Réflexions critiques sur le pouvoir de suspension d'urgence des praticiens hospitaliers reconnu aux directeurs d'établissements de santé, *RDSS* 2015, p. 506.

AYNES L., Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

AZINCOURT J.-D., DEVELAY M., Chronique de jurisprudence, *Méd. & Droit* 2006, p. 159.

BADEL M., La convention médicale de 2011 : la montagne a-t-elle accouché d'une souris ?, *RDSS* 2012, p. 520.

BARON-LAFORET S., CASANOVA A., L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté, *AJ Pénal* 2014, p. 111.

BATTEUR A., Recherche d'une articulation entre le code de la santé publique et le code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 5.

BELLIVIER F., Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique, *LPA*, 18 févr. 2005, p. 12.

BELLIVIER F., ROCHFELD J., Droits des malades – Qualité du système de santé, *RTD civ.* 2002, p. 574.

BELRHOMARI N., Fin de vie, ce que la loi du 2 février 2016 change, *DP Santé, bioéthique, biotechnologies* 2016, n°268-1, p. 8.

BERG J.W., APPELBAUM P.S., GRISSO T., Constructing competence: formulating standards of legal competence to make medical decisions, *Rutgers Law Rev* 1996, 48, p. 345.

BERGOIGNAN-ESPER C., Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation, *RDSS* 2009, p. 806.

BERGOIGNAN-ESPER C., La loi du 2 février 2016 : quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie ? *RDSS* 2016, p. 296.

BERT A., Feu l'arrêt Mercier !, *D.* 2010, p. 1801.

BLUSTEIN J., Choosing for others as continuing a life story : the problem of personal identity revisited, *J Med Law Ethics* 1999, 27, p. 20.

BONNICI B., La maîtrise des dépenses de santé. Réflexions sur la problématique, *RDSS* 1993, p. 411.

BORGHETTI J.-S., Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique, *D.* 2013, p. 2315.

BOUGHRIET N., Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine. L'accès du médecin à la connaissance juridique, *RGDM* 2013, p. 15.

BOUISSON S., L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience, *AJFP* 2003, p. 34.

BOULMIER D., Droit de grève et réquisition des grévistes dans les secteurs sanitaire, social et médico-social : brèves réflexions autour de deux arrêts récents, *RDSS* 2004, p. 298.

BOURDAIRE-MIGNOT C., Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés, *RGDM* 2015, p. 117.

BOUVET R., LE GUEUT M., La prescription hors AMM après la loi du 29 décembre 2011, *Rev. Droit & Santé* 2012, p. 569.

BOUVET R., LE GUEUT M., La portée normative des avis d'expert dans l'élaboration de la décision administrative en matière de sécurité sanitaire, *Méd. & Droit* 2012, p. 182.

BOUVET R., LE GUEUT M., Expertise et sécurité sanitaire du médicament, *RGDM* 2013, p. 349.

BOUVET R., L'Ordre des médecins, la fin de vie et l'assistance à mourir. A propos de l'avis du Conseil national rendu le 8 février 2013, *Revue de Médecine légale* 2013, p. 105.

BOUVET R., LE GUEUT M., La médecine légale au XXI^e siècle : une nouvelle étape historique, *Droit, déontologie et soin* 2013, p. 59.

BOUVET R., ABONDO M., LE GUEUT M., Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspectives quinze ans après la loi du 17 juin 1998, *AJ Pénal* 2014, p. 275.

BOUVET R., DESMARAIS P., MINVIELLE E., Legal and organizational barriers to the development of eHealth in France, *Med. & Law* 2015, 34(3), p. 361.

BOUVET R., MINVIELLE E., DESMARAIS P., e-Health development in France outstrips evolution of law, *eHealth Law & Policy* 2014, 1(6), p.10.

BOUVET R., L'indépendance de l'expert, *Rev. jur. Ouest* 2015, n° spécial, 61-72.

BOUVIER F., La responsabilité médicale, *Gaz. Pal.* 13 juin 1984, p. 285.

BYK C., Les neurosciences, une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social? *RDSS* 2012, p. 800.

CAHEN J., De la liberté de prescription des médecins à l'hôpital en dehors du cadre des autorisations de mise sur la marché des médicaments, *RDSS* 2008, p. 96.

CAIRE A.-B., L'homme augmenté et le droit. L'éthique juridique entre *charis* et *hubris*, *Revue de la recherche juridique*, 2014, n°2, p. 655.

CALANDRI L., Le régime contentieux des recommandations de la Haute autorité de santé, *RGDM* 2010, p. 285.

CHAMOT C., la notion d'obstination déraisonnable en matière de réanimation néonatale, concl. sur CAA Marseille, 12 mars 2015, n°10MA03054, *RFDA* 2015, p. 574.

CHAPUS R., De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *D.* 1966.

CHEYNET DE BEAUPRE A., Le bébé du double espoir, *D.* 2011, p. 603.

CHNEIWEISS H., Cerveau préservé, réparé, amélioré, *Méd. & Droit* 2011, p. 48.

CIMAR L., La situation juridique du patient inconscient en fin de vie, *RDSS* 2006, p. 470.

CIMAR L., Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie, *Méd. & Droit* 2012, p. 99.

CLAVEL E., La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 n°75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JCP G* 1978, I, 2915.

CLAVEL E., Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi n°79-1204 du 31 décembre 1979, *JCP G* 1985, I, 3192.

COCHE A., Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?, *RSC* 2011, p. 21.

CORMIER C., La chirurgie esthétique, *RDSS* 2002, p. 724.

COUTURIER M., La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique?, *RDSS* 2014, p. 120.

CUIF P.-F., Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, *RTD com.* 2005, 1.

DABURON C., Médecine prédictive: les dangers d'un nouveau pouvoir, *RDSS* 2001, p. 453.

DANET J., Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait-robot génétique » (mais approximatif) est validé, *RSC* 2014, p. 95.

DEBARRE J.-M., Sémantique des « données acquises de la science » comparée aux « connaissances médicales avérées ». Pour une obligation du médecin à respecter les « connaissances médicales avérées ou acquises », *Méd. & Droit* 2012, p. 22.

DEBOST C., L'appréhension juridique de la relation de soin au prisme des nouvelles technologies, *Jurisdoctoria* 2012, n°8, p. 103.

DEGOS L., Bilan de la loi du 13 août 2004, le rôle de la Haute autorité de santé, *RDSS* 2009, p. 635.

DEGUERGUE M., Droits des malades et qualité du système de santé, *AJDA* 2002, p. 508.

DEL SOL M., Médecine libérale et permanence des soins de ville, *RDSS* 2004, p. 261.

DELAGE P.-J., L'interdiction de créer des embryons transgéniques ou chimériques, *Méd. & Droit* 2012, p. 111.

DESMARAIS P., Les protocoles de coopération entre professionnels de santé : un dispositif à peaufiner, *RDSS* 2012, p. 513.

DOMINO X., BRETONNEAU A., Miscellanées contentieuses, *AJDA* 2012, p. 2373.

DONDERO B., Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux, *D.* 2012, p. 1686.

DORSNER-DOLIVET A., Le consentement à l'acte médical : une liberté fondamentale en demi-teinte, *RFDA* 2003, p. 528.

DREIFUSS-NETTER F., Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ?, *RCA* 2002, n°10, chron. 17.

DUBOUIS L., La maîtrise des dépenses de santé et la loi du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, *RDSS* 1993, p. 421.

DUBOUIS L., Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ?, *RDSS* 2002, p. 41.

DUPONT M., Libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002, *RDSS* 2007, p. 759.

FAVIER Y., Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées, *RDSS* 2015, p. 702.

FRAYSSINET J., PEDROT P., La loi du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, *JCP G* 1994, I, 3810.

FRISON-ROCHE M.-A., Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* 1995, p. 573.

GALLOUX J.-C., Les empreintes génétiques : la preuve parfaite ?, *JCP G* 1991, I, 3497.

GALLOUX J.-C., GAUMONT-PRAT H., Droits et libertés corporels, *D.* 2014, p. 843.

GARAY A., La gestion juridique du risque médical, outil stratégique au service des médecins, *RGDM* 2014, p. 153.

GARAY A., GONI P., La valeur juridique de l'attestation de refus de transfusion sanguine, *LPA*, 13 août 1993, n°97, p. 15.

GAUMONT-PRAT H., La permanence de l'obligation d'information du patient, *RGDM* 2006, numéro spécial *La permanence des soins*.

GHICA-LEMARCHAND C., La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel, *RDSS* 2015, p. 419.

GIBERT S., Les frontières de l'indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale, *RDSS* 2010, n° hors-série *Assurance, responsabilité et santé*, p. 29.

GRUBIN D., L'utilisation de médicaments pour traiter la délinquance sexuelle, *AJ Pénal* 2012, p. 622.

GUERY C., Le défaut de protection de l'enfant : un nouveau délit ? *D.* 2001, p. 3293.

GUILHEM J., La réception juridique de l'incertitude médicale, *Méd & Droit* 2009, p. 131.

HARICHAUX M., L'obligation du médecin de respecter les données de la science. A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : bilan d'une jurisprudence, *JCP G* 1987, n°47, doct. 3306.

HARICHAUX M., Vers un tournant de la médecine libérale en France ? *RDSS* 1994, p. 226.

HARICHAUX M., Contrat médical et option conventionnelle, *RGDM* 1999, p. 71.

HENNION S., BESNARD E., Les conditions du partage en matière de prévention de la délinquance, *RDSS* 2015, p. 409.

HENNION-JACQUET P., Le paradigme de la nécessité médicale, *RDSS* 2007, p. 1038.

HENNION-JACQUET P., Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? *RDSS* 2008, p. 1061.

HERZOG-EVANS M., Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique, *AJ Pénal* 2012, p.75.

HOGEDZ I., Contours et limites de l'obstination déraisonnable dans la réanimation néonatale, *AJDA* 2015, p. 861.

JACOTOT D., Le nouveau mode d'exercice d'une profession de santé : le contrat de collaboration libérale, *RDSS* 2006, p. 485.

JOURDAIN P., Le changement de nature de la responsabilité médicale, *RTD civ.* 2011, p. 128.

JOYAU M., Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie, *RFDA* 1999, p. 47.

KAMKAR C., Concilier secret professionnel et non-assistance à personne en danger, *Droit, déontologie & soin* 2004, n°4, p. 205.

KELLER R., Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement, concl. sur CE, 14 févr. 2014, n°375081, *RFDA* 2014, p. 255.

KOPELMAN L., The best interests standard for incompetent or incapacitated persons of all ages, *J Law Med Ethics* 2007, 35, p. 187.

KRZISCH D., Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale, *RDSS* 2014, p. 1087.

KUCZEWSKI M.G., Commentary: narrative views of personal identity and substitutes judgement in surrogate decision making, *J Med Law Ethics* 1999, 27, p. 32.

LAMEYRE X., Pour une éthique des soins pénalement obligés, *RSC* 2001, p. 521.

LANDAIS C., Recevabilité d'un recours dirigé contre les recommandations de bonne pratique professionnelle de la Haute autorité de santé, *AJDA* 2011, p. 1326.

LAPEROU-SCHENEIDER B., PHILIPPE C., Parents, enfants et maltraitance, *AJfam.* 2013, p. 570.

LARRIERU P., La réception des neurosciences par le droit, *AJ Pénal* 2011, p. 231.

LARRIERU P., Les enjeux éthiques de la neuroamélioration, *Méd. & Droit* 2014, p. 61.

LAUDE A., La force juridique des références médicales opposables, *Méd & Droit* 1998, p. 1.

LAUDE A., Le patient, nouvel acteur de santé ?, *D.* 2007, p. 1151.

LAUDE A., La nouvelle régulation des produits de santé. A propos de la loi du 29 décembre 2011, *JCP G* 2012, 123.

LAUDE A., Le code de déontologie médicale enfin modifié !, *D.* 2012, p. 1694.

LAUDE A., La nouvelle régulation des produits de santé. A propos de la loi du 29 décembre 2011, *JCP G* 2012, 123.

LAUDE A., La judiciarisation de la santé, *Questions de santé publique* 2013, n°20.

LAVAUD-LEGENDRE B., La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS* 2010, p. 520.

LAVERDET C., Les enjeux juridiques de l'Internet des objets, *JCP G* 2014, n°23, 670.

LE BAUT-FERRARESE B., La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins, *AJDA* 2003, p. 1383.

LEMOYNE DE FORGES J.-M., Le statut du malade à l'hôpital public, *RTD sanit. soc.* 1974, p. 163.

LEPAGE A., Droit pénal et conscience, *Dr. pénal* 1999, étude n°1.

LEROYER A.-M., ROCHFELD J., Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie, *RTD civ.* 2005, p. 646.

LHERNOULD J.-P., La prise en charge de soins transfrontaliers dispensés dans un hôpital privé britannique, *RDSS* 2007, p. 633.

LOKIEC P., La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641.

LOKIEC P., La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS* 2006, p. 865.

LOKIEC P., La décision et le droit privé, *D.* 2008, p. 2293.

MAILLOLS-PERROY A.-C., HENIN C., La prescription hors AMM : une liberté conditionnelle, *RGDM* 2011, p. 169.

MALAURIE P., Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie, *Deffrénois* 2005, n°18, p. 1385.

MANAOUIL C., DAURY-FAUVEAU M., Regards croisés sur le médecin face au partenaire d'un patient séropositif, *Méd. & Droit* 2008, p. 144.

MARGNEAUD J.-P., Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs, *RTD civ.* 2012, p. 697.

MARIE R., Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux, *RDSS* 2013, p. 615.

MARKUS J.-P., Nature juridique des recommandations de bonnes pratiques médicales, *AJDA* 2006, p. 308.

MARKUS J.-P., Conflits d'intérêts et déontologies : l'échec des déontologies existantes et l'improbable (?) succès de la loi, *Méd. & Droit* 2014, p. 9.

MARTINENT E., Les droits de l'homme malade aux soins et le droit des professionnels de refuser de soigner : une question de et pour la justice, *RDSS* 2013, p. 183.

MARVILLE L., HAYE I., Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire, *D.* 2011, p. 2215.

MASCRET C., Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires, *Méd & Droit* 2008, p. 165.

MASCRET C., Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, *LPA* 2011, n°187.

MAUGÛE C., Le contrôle de l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *RFDA* 1997, p. 474.

MELENNEC L., Le préjudice sexuel, *Gaz. Pal.* 3 nov. 1977, p. 255.

MEMETEAU G., A l'abordage ! (de l'article 16-3, C. civ.), *LPA* 1994, n°149.

MEMETEAU G., Responsabilité médicale : le moyen qui se réfère à la notion, erronée, de données actuelles, est inopérant, *JCP G* 2001, n°1, II, 10447.

MEMETEAU G., La codification de l'acte médical, *RGDM* 2007, p. 127.

MEMETEAU G., Clinique privée : compétence du médecin et obligation d'information, *D.* 2010, p. 363.

MEMETEAU G., Le juge ignorant la médecine ? *Gaz. Pal.* 2014, n°39, p. 12.

MESCHERIAKOFF A.-S., La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, p. 596.

MISTRETTA P., De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n°2016-87 du 2 février 2016, *JCP G* 2016, n°8, doct. 240.

MOISDON-CHATAIGNER S., Le partage du secret entre professionnels de la protection de l'enfance, *RDSS* 2015, p. 403.

MOISSON S., Administration de la preuve et exigence du secret professionnel, *Méd. & Droit* 1997, p. 4.

MOQUET-ANGER M.-L., La validation contestable par le Conseil d'Etat de la rémunération au mérite des praticiens hospitaliers, *AJDA* 2010, p. 1276.

MOQUET-ANGER M.-L., Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de Santé, *JCP A* 2011, n°42, 2321.

MOQUET-ANGER M.-L., Santé et Constitution : l'exemple français, *RDSS* 2013, hors-série *Constitutions et santé*, p. 127.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., L'acte personnel de la personne vulnérable, *RTD civ.* 2012, p. 21.

MORET-BAILLY J., Règles déontologiques et fautes civiles, *D.* 2002, p. 2820.

MORET-BAILLY J., Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire, *RDSS* 2004, p. 855.

MORET-BAILLY J., Définir les conflits d'intérêts, *D.* 2011, p. 1100.

MORET-BAILLY J., RODWIN M.A., La qualification des conflits d'intérêts des médecins en France et aux Etats-Unis, *RDSS* 2012, p. 501.

NOIVILLE C., SUPLOT E., *Big pharma, big data* et recherche génétique en santé, *RDC* 2015, n°2, p. 352.

PANFILI J.-M., L'indépendance des praticiens hospitaliers dans l'exercice de l'art médical face à l'administration hospitalière, *Droit, déontologie & soin* 2015, p. 265.

PARICARD S., La recherche médicale et le droit: une relation ambivalente, *RDSS* 2009, p. 98.

PASCAL O., SCHLENK A., L'empreinte génétique, le spectre de la preuve absolue, *AJ Pénal* 2004, p.24

PEDROT P., Maîtrise médicale des dépenses de santé, *RDSS* 1997, p. 169.

PEIGNE J., L'annulation d'une recommandation de la Haute autorité de santé pour conflits d'intérêts, *RDSS* 2011, p. 483.

PEIGNE J., Bataille juridique autour d'un médicament sous surveillance renforcée, *RDSS* 2013, p. 1078.

PELLET R., Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne, *RDSS* 2013, hors-série *Constitutions et santé*, p. 85.

PENNEAU J., Le respect, par la convention, du libre choix du médecin par le patient est laissé à l'appréciation des juges du fond, *D.* 2001, p. 3081.

PENNEAU J., L'expertise des accidents médicaux, *RDSS* 2002, p. 797.

PENNEAU M., PENNEAU J., Recommandations professionnelles et responsabilité médicale, *Méd & Droit* 1998, p. 4.

PIAZZON T., Chronique de droit privé, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/1, n°42, p.161.

PIERRE P., Derniers développements de la responsabilité médicale, *Bull. d'information du CDOM d'Ille-et-Vilaine* 2015, n°58, p. 7.

PRETOT X., La convention nationale des médecins de 2005 et l'accès au secteur des honoraires libres, *Dr. soc.* 2011, p. 829.

PROTHAIS A., Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *RSC* 2000, p. 39.

PROTHAIS A., Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie, *JCP G* 2011, n°18, 536.

RADE C., Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique, *D.* 2012, p. 112.

RAVOUX V., Maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé, *Dr. soc.* 1994, p. 578.

REBECQ G., Le choix du médecin traitant et le principe d'exercice exclusif de la spécialité, *RDSS* 2005, p. 602.

REGIS C., LARGENTE L., Les registres de déclaration obligatoire de liens d'intérêts en matière pharmaceutique en France et au Québec : des outils de bonne gouvernance du système de santé ? *RDSS* 2016, p. 285.

RENAUT M.-H., L'évolution de l'acte médical, *RDSS* 1999, p. 45.

RICŒUR P., La prise de décision judiciaire et médicale. Le juste et l'éthique médicale, *Méd. & Droit* 1999, p. 1.

RICHARD J., CYTERMANN L., Le droit souple, quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? *AJDA* 2013, p. 1884.

ROMAN D., Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? *RDSS* 2005, p. 423.

ROUSSEL F., Le contentieux des obligations de l'expert, *AJDA* 2014, p. 1370.

ROUSSET G., L'accompagnement des patients atteints de cancer : quelle place accorder aux aidants ?, *RDSS* 2014, p. 115.

ROUSSET G., Du début de la vie à la fin de la vie, la clause de conscience au cœur des débats, *Rev. Droit & Santé* 2015, p. 371.

SABLIÈRE P., Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents », *AJDA* 2007, p. 66.

SAISON J., Le donneur vivant, *AJDA* 2015, p. 563.

SALVAGE-GEREST P., Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.-L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. fam.* 2009, chron. 17.

SAN JULIAN PUIG V., Les directives anticipées en France et en Espagne, *RDSS* 2007, p. 86.

SARGOS P., Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, *D.* 1996, p. 365.

SARGOS P., Rapport sur Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, n°95-19609, *JCP* 1997, II, 22942

SARGOS P., Références médicales opposables et responsabilité des médecins, *Méd & Droit* 1998, p. 9.

SARGOS P., Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin / patient, *JCP G* 2000, I, 226.

SARGOS P., L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral, *D.* 2008, p. 192.

SARGOS P., Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information, *D.* 2010, p. 1522.

SAVATIER R., Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, *D.* 1955, p.98.

SAVONITTO F., Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé, *RFDA* 2012, p. 471.

SCHMIDT D., Essai de systématisation des conflits d'intérêts, *D.* 2013, p. 446

SCHULTZ T., Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt, *Dirrito & Questioni pubblica*, 2003, p. 299.

SCHÜTZE T., BOUVET R., LE GUEUT M., Du préjudice sexuel en droit positif, *RGDM* 2015, p. 221.

SENON J.-L., MANZANERA C., L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive, *AJ Pénal* 2007, p. 367.

SERIAUX A., Le « testament de vie » à la française : une institution à parachever, *D.* 2012, p. 1195

SERRA Y., L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude, *D.* 2001, p. 2295.

SORDINO M.-C., Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience...?, *AJ Pénal* 2014, p. 58.

TABUTEAU D., Code de la santé publique ou code de la santé ?, *RDSS* 2008, p. 416.

TABUTEAU D., L'expert et la décision en santé publique, *Les tribunes de la santé* 2010, n°27, p. 33.

TAGLIONE C., La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ? Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain, *RGDM* 2005, p. 397.

TAILLEFAIT A., Le développement contemporain des régimes juridiques des conflits d'intérêts : l'exemple du secteur de la santé, *Méd. & Droit* 2014, p. 3.

TAPIE J., Les recommandations de bonne pratique et les références médicales opposables, des outils à généraliser, *Dr. soc.* 1997, p. 828.

TARUFFO M., La justification des décisions fondées sur des standards, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1988, p. 1123.

THIERRY D., La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS* 2012, p. 839.

THOUVENIN D., De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle, *D.* 1991, p. 221.

THOUVENIN D., Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil, *D.* 2000, p. 485.

THOUVENIN D., L'arrêt de traitement mettant fin à la vie d'un patient hors d'état de s'exprimer, *RDSS* 2014, p. 506.

TILMAN L., De l'information au consentement : quel processus décisionnel ?, *RGDM* 2015, n°57, p. 17.

TRUCHET D., La décision médicale et le droit, *AJDA* 1995, p. 611.

TRUCHET D., L'urgence sanitaire, *RDSS* 2007, p. 411.

TRUCHET D., Découverte d'une anomalie génétique et information de la parentèle, *Laennec* 2014, n°4, p. 18.

TRUCHET D., L'affaire *Lambert*, *AJDA* 2014, p. 1669.

TRUDEL P., La programmation de haute qualité : repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1988, p. 989.

TUNC A., Standards juridiques et unification du droit, *Revue internationale de droit comparé* 1970, p. 247.

VACARIE I., Examens génétiques et médecine prédictive, *RDSS* 1993, p. 429.

VACARIE I., Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques, *RDSS* 2005, p. 195.

VERON P., L'évolution du contrôle des recommandations de bonne pratique, *Méd & Droit* 2015, p. 53.

VIALLA F., Droits des malades en fin de vie, *D.* 2005, p. 1797.

VIALLA F., Prolégomènes sur les notions de permanence des soins, de continuité des soins et de continuité du service public, *RDSS* 2006, p. 11.

VIALLA F., Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique, *Méd. & Droit* 2009, p. 2.

VIALLA F., BOURRET R., Tout ça pour ça ?, *Rev. Droit & Santé* 2015, p. 763.

VIALLA F., Fin de vie : surprenant rejet par le Sénat de la proposition de loi, *D.* 2015, p. 1372.

VIENNOIS J.-P., Le médecin collaborateur libéral, *JCP G* 2005, I, 198.

VIGOUROUX C., RICHARD J., Du droit « mou » au droit « souple », *AJDA* 2013, p. 1825.

Rapports et avis

ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, Les banques de sang de cordon autologue, Rapport du 19 nov. 2002.

AGENCE NATIONALE D'ACCREDITATION ET D'EVALUATION EN SANTE, *Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, 1998.

BIENCOURT M., et al., *L'indépendance de la décision médicale*, Rapport CNOM 2010.

BIGNON J., *Rapport Ass. nat.* 1994, n°1062.

BOURCIER D., TAUZIAC V., *Du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux*, Rapport final, Mission de recherche droit et justice, 1995.

CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, rapport*, n°58 du 12 juin 1998.

CCNE, *Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention*, n°46 du 30 oct. 1995.

CCNE, *Avis sur Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, n°63 du 27 janv. 2000.

CCNE, *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale*, n°65 du 14 sept. 2000.

CCNE, *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*, n°74, 12 déc. 2002.

CCNE, *Utilisation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, du cordon lui-même et du placenta et leur conservation en biobanque*, n°117 du 19 avr. 2012.

CCNE, *Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*, n°121 du 13 juin 2013.

CCNE, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuroamélioration »*, n°122, 12 déc. 2013.

CCNE, *Conférence de citoyens sur la fin de vie. Avis citoyen*, 14 déc. 2013.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France du 28 novembre au 10 décembre 2010*, 2012, p. 74.

COMMISSION DE REFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITE DANS LA REPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République*, 2003.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, 26 sept. 2013.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents*, 17 mars 2016.

CONSEIL D'ÉTAT, La révision des lois bioéthiques, *La Documentation française* 2009.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossier thématique 2015.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie*, mai 2014.

CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, Avis du 15 févr. 2011 relatif à certaines modalités d'hospitalisation d'office, *JORF* du 20 mars 2011.

CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, Dalloz 2016.

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2007*, 3^e partie, La Documentation française 2008.

COUR DES COMPTES, *Le médecin traitant et le parcours de soins coordonnés : une réforme inaboutie*, in : Rapport public annuel 2013, févr. 2013.

DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport d'activité 2013*, 2014.

DEFENSEUR DES DROITS, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, La Documentation française, 2014.

DEUMIER P., Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets, in : CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple, étude annuelle 2013*, Documentation française 2013, p. 247.

FAROUDJA J.-M., *Clause de conscience du médecin*, Rapport CNOM 2011.

GENISSON C., MILON A., Rapport n°318 fait au nom de la commission des Affaires sociales, 28 janv. 2014.

GIRAUD F., DERIOT G., LORRAIN J.-L., Rapport n°174 (2001-2002) fait au nom de la commission des Affaires sociales, 16 janv. 2002.

MERCAT F.-X., *Tact mesure dans la fixation des honoraires*, Rapport CNOM 1998.

MERCAT F.-X., *L'indépendance technique des médecins salariés*, Rapport CNOM 1999.

RECOURS A., *Rapport Ass. nat.* 1999, n°1684, t. 2.

ROBILIARD D., *Rapport Ass. nat.* 2013, n°1662, p. 35.

THE LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, Cm 3803, 1997.

THE LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Making decisions, The Government's proposals for making decisions on behalf on mentally incapacitated adults*, Cm 4465, 1999.

Ressources électroniques

<https://www.macsf-exerciceprofessionnel.fr/Rapport-annuel-sur-le-risque-en-sante/Decisions-de-justice-et-avis-CCI-2015>.

MALBEC J.-C., *Missions du médecin coordonnateur*, disponible à : www.ehpad.org.

SOURCES NON JURIDIQUES

Ouvrages, mémoires

- BERNARD C., *Principes de médecine expérimentale, ou de l'expérimentation appliquée à la physiologie, à la pathologie et à la thérapeutique*, PUF 1947, p. 194.
- BERNARD J., *La bioéthique*, Flammarion 1994.
- BICHAT M.-F.-X., *Recherches physiologiques sur la vie et sur la mort*, Masson 1852.
- CALLON M., LASCOUMES P., BARTHE Y., *Agir dans un monde incertain, essai sur la démocratie technique*, Seuil, 2001.
- CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, 12^e éd. PUF 2013.
- CHNEIWEISS H., *L'homme réparé*, Plon 2012.
- DEROBERT L., *Médecine légale*, Flammarion 1974.
- DUMESNIL J., Implications éthiques d'une « protocollisation » croissante... de la pratique médicale, in : HIRSCH E., *Traité de bioéthique*, ERES 2010.
- FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil 2004.
- GRUNBERG F., MASSE G., LALONDE P., AUBUT J., Psychiatrie bio-psycho-sociale, In : LALONDE P., AUBUT J., GRUNBERG F., et al. (Ed.), *Psychiatrie clinique, une approche bio-psycho-sociale*, t. 1 : *Introduction et syndromes cliniques*, Gaëtan Morin éditeur, 1999.
- KLEINPETER E. (dir.), *L'humain augmenté*, CNRS éditions 2013.
- LACASSAGNE A., MARTIN E., *Précis de médecine légale*, Masson 1909.
- LE MENTEC M., *Isolement et contention en psychiatrie, « thérapies de la docilité »*, Mémoire EHES 2011, p. 53.
- LOCARD E., *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, Flammarion 1920.
- MAGNON R., DECHANOZ G., LEPESQUEUX M., *Dictionnaire des soins infirmiers*, Éditions AMIEC, 2002.
- MARGUERITTE E., BACCINO E., *Maltraitance envers les personnes âgées*, in : BACCINO E. (éd.), *Médecine légale clinique*, Elsevier Masson 2014.
- MARZANO M., *La philosophie du corps*, PUF 2007.
- MEYER P., TRIADON P., *Leçons d'histoire de la pensée médicale*, Odile Jacob 1996.
- PORTES L., Du consentement à l'acte médical, in : *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson/PUF 1964.
- RICŒUR P., Préface au *Code de déontologie médicale*, Seuil, 1996.
- RICOEUR P., *Le Juste 2*, Seuil 2001.
- ROTHMAN S., ROTHMAN D., *The pursuit of perfection: the promise and perils of medical enhancement*, Pantheon 2003, p. XIII.
- RUFFIE J., *Naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob 1993.
- SENON J.-L., SECHTER D., RICHARD D., *Thérapeutique psychiatrique*, Hermann 1995.
- SIMON M., *Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, Baillière, Paris, 1845.
- TORTORA G., DERRICKSON B., *Principes d'anatomie et de physiologie*, 4^e éd., De Boeck 2007.

Articles

- ALLEMAND H., JOURDAN M.-F., Sécurité sociale et références médicales opposables, *Revue médicale de l'Assurance maladie* 2000, n°3, p. 47.
- AMALBERTI R., Je maîtrise le colloque pluriel, *Concours médical* 2012, n°9, p. 751.
- AMALBERTI R., Intérêt et limites des modèles de décision médicale. Eléments d'histoire et situation actuelle, *Revue Laennec* 2014, n°4, p. 14.
- ANGLOD A., Seclusion, *The British journal of psychiatry* 1989, n°154, p. 437.
- APPELBAUM P.S., GRISSO T., Assessing patients' capacities to consent to treatment, *N Engl J Med* 1988, 319, p. 1635.
- APPELBAUM P.S., Assessment of patients' competence to consent to treatment, *N Engl J Med* 2007, 357, p. 1834.
- AZOULAY E. et al., Risk of post-traumatic stress symptoms in family members of intensive care unit patients, *Am J Respir Crit Care Med* 2005, n°171(9), p. 987.
- AZRIA E., L'humain face à la standardisation du soin médical, *La Vie des idées*, 26 juin 2012.
- AZRIA E., Le soignant et la standardisation des pratiques médicales, *Laennec* 2013, p. 32
- BARBOUR V., How ghost-writing threatens the credibility of medical knowledge and medical journals, *Haematologica* 2010, 95, p. 1.

BEACH M.C., SUGARMAN J., JOHNSON R.L., ARBELAEZ J.J., DUGAN P.S., COOPER L.A., Do patients treated with dignity report their higher satisfaction, adherence, and receipt of preventive care? *Ann Fam Med* 2005, 3(4), p. 331.

BENAROUS X., CONSOLI A., RAFFIN M., COHEN D., Abus maltraitance et négligences (1) : épidémiologie et retentissements psychiques, somatiques et sociaux, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 2014, n°62, p. 299.

BOSCHETTI Y., LECLERCQ C., ARNOUX S., BROBECKER C., DELACROIX M.-C., FRIEH C., Vous avez dit continuité des soins ?, *Med Pal* 2006, p. 78.

BOUDIER F., BENSEBAA F., JABLANCZY A., L'émergence du patient-expert : une perturbation innovante, *Innovations* 2012/3, n°39, p. 13.

BRISS P., *et al.*, Promoting informed decisions about cancer screening in communities and healthcare systems, *Am J Prev Med* 2004, 26, p. 67.

BROCK D.W., The ideal of shared decision-making between physicians and patients, *Kennedy Institute Ethics Journal* 2011, 1, p. 28.

BUCHAILLET C., JOUSSET N., ROUGE-MAILLART C., Réponses aux demandes de certificats post-mortem par les ayants droit à l'issue d'autopsies médico-légales. État des lieux national, *Revue de médecine légale* 2016, p. 9.

BUTCHER H.K., HOLKUP P.A., PARK M., MAAS M., Thematic analysis of the experience of making a decision to place a family member with Alzheimer's disease in a special care unit, *Res Nurs Health* 2001, n°24(6), p. 470.

CARTUYVELS Y., CHAMPETIER B., WYVEKENS A., La défense sociale en Belgique, entre soin et sécurité. Une approche empirique, *Déviante & Société, Médecine et Hygiène* 2010, 34 (4), p. 615.

CASTEL P., ROBELET M., Comment rationaliser sans standardiser la médecine? Production et usages des recommandations de pratiques cliniques, *Journal d'économie médicale* 2009, p. 98.

CHABANNES J.-P., Contention, in : PELICIER Y., *Les objets de la psychiatrie*, L'esprit du temps 1997.

CHAKROUN R., MILHABET I., Conflits d'intérêts des leaders d'opinion médicaux : effets sur la confiance du grand public et des médecins généralistes, *Revue d'épidémiologie et de santé publique* 2011, 59, p. 233.

CHANIAL P., Le *New Public Management* est-il bon pour la santé ? Bref plaidoyer pour l'inestimable dans la relation de soin, *Revue du MAUSS* 2010, p. 135.

CHAPPOZ Y., PUPION P.-C., Le *New Public Management*, *Gestion et management public* 2012, p. 1.

CHARLES C., GAFNI A., WHELAN T., Shared decision-making in the medical encounter: what does it mean? (or it takes at least two to tango), *Social Science & Medicine* 1997, 44, p. 681.

CHOUAÏD C., L'injonction thérapeutique peut-elle être justifiée en pathologie respiratoire ? *Info Respiration* 2004, n°63, p. 11.

COLDEFY M., LE FUR Ph., LUCAS-GABRIELLI V., MOUSQUES J., Cinquante ans de sectorisation psychiatrique en France : des inégalités persistantes de moyens et d'organisation, *Questions d'économie de la santé* 2009, n°145.

CORVOL P., POSTEL-VINAY N., Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ? *Les Tribunes de la santé* 2009, p. 27.

CUPA D., Le silence des organes n'est pas la santé, *Revue française de psychosomatique* 2009, n°36, p. 192.

DANIS M., GARRETT J., HARRIS R., PATRICK D.L., Stability of choices about life-sustaining treatments, *Ann Intern Med* 1994, n°120(7), p. 567.

DE LAITRE V., LEFRANT J.-Y., JABER S., BAUDOT J., PAPAZIAN L., MULLER L., MERCIER G., FABBRO-PERAY P., RIPART J., ELEDJAM J.-J., de LA COUSSAYE J.-E., Relations entre médecin traitant et médecin réanimateur : l'opinion des réanimateurs de huit départements du sud de la France, *Ann Fr Anesth Reanim* 2006, n°25, p. 493.

DEGOS L., Gérer les conflits d'intérêts pour plus de confiance, *Presse med* 2010, 39, p. 743.

DEHARO G., La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle?, *Journal international de bioéthique* 2006, 17, p. 33.

DELEPINE N., Des dangers de la protocolisation en médecine, *JIM*, 24 mai 2014.

DERANCOURT C., DEVOS P., MOORE N., ROUVILLAIN J.-L., Modèle de valorisation des publications médicales scientifiques : le logiciel SIGAPS, *Annales de dermatologie et de vénéréologie* 2014, 141, p. 531.

DUFFY S.T., The power of detention in the management of non-compliance with tuberculosis treatment: a survey of Irish practitioners and analysis of potential legal liability, *Public Health* 2009, n°123, p. 81.

DUROCHER A., Les conférences de consensus : méthodologie et apports, *Thérapie* 1994, p. 185.

EMANUEL E.J., EMANUEL L.L., Proxy decision making for incompetent patients. An ethical empirical analysis, *JAMA* 1992, n°267(15), p. 2067.

EPSTEIN R.M., STREET R.L., The values and value of patient-centered care, *Ann Fam Med* 2011, n°9(2), p. 100.

FAYE O., *et al.*, Prise en charge du paludisme grave de l'enfant dans un pays en développement : élaboration d'un protocole d'évaluation médico-économique, *Médecine tropicale* 1999, p. 283.

FLORET D., Faut-il abroger les obligations vaccinales ?, *Archives de pédiatrie* 2006, p. 423.

FRIPIAT L., L'amélioration technique de l'être humain : introduction aux différents courants du débat, *Journal international de bioéthique*, 2011/3-4, n°22, p. 33.

GASNER M.R., *et al.*, The use of legal action in New York City to ensure treatment of tuberculosis, *N Engl J Med* 1999, n°340, p. 359.

GERBER S., Entre pratique et théorie médicale, *Le Coq-héron* 2004/1, n°176, p. 116.

GONÇALVES A., MORETTA J., EISINGER F., BERTUCCI F., Médecine personnalisée et cancer du sein : médecine anticipatoire, évaluation pronostique et ciblage thérapeutique, *Bulletin du cancer* 2013, p. 1295.

GORDON G.H., Care not cure: dialogues at the transition, *Patient education and counseling* 2003, 50, p. 95.

GRAVEL K., LÉGARÉ F., GRAHAM I.D., Barriers and facilitators to implementing shared decision-making in clinical practice: a systematic review of health professionals' perceptions, *Implementation Science* 2006, 1, p. 16.

GUYATT G. *et al.*, Evidence-based medicine. A new approach to teaching the practice of medicine, *JAMA* 1992, p. 2420

HANUS M., Deuils normaux, deuils difficiles, deuils compliqués et deuils pathologiques, *Annales médico-psychologiques* 2006, p. 349.

HASSENTEUFEL P., Syndicalisme et médecine libérale, le poids de l'histoire, *Les Tribunes de la santé* 2008/1, n°18, p. 21.

HÆRNI B., BOUSCHARAIN J.-P., Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942. Quelques remarques sur une décision « oubliée », *Histoire des sciences médicales* 2001, t. xxxv, n°3, p. 299.

HÆRNI B., L'éthique médicale. Principales évolutions au fil des siècles, *Histoire des sciences médicales* 2003, t. xxxvii, n°3, p. 331.

JAUNAIT A., Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient, *Raisons politiques* 2003/3, n°11, p. 59.

KARLAWISH J.H., QUILL T., MEIER D.E., A consensus-based approach to providing palliative care to patients who lack decision-making capacity. ACP-ASIM End-of-Life Care Consensus Panel. *Ann Intern Med* 1999, 130(10), p. 835.

KECK F., Vaccinés comme des bêtes ? Rumeurs autour de la grippe A/H1N1 et de la fièvre catarrhale ovine en France (1999), *Genèses* 2013/2 (n°91), p. 96.

KERLEAU M., L'hétérogénéité des pratiques médicales, enjeu des politiques de maîtrise de dépenses de santé, *Sciences sociales et santé* 1988, n°116, p. 5.

KIRK P.L., The Ontology of Criminalistics, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1963.

LASCOUMES P., L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation, *Revue française d'administration publique* 2002, p. 375.

LE BARS Y., Le nouvel âge de la décision publique, l'expertise en défaut, *Cadres CFDT* 2006, n°422, p. 41.

LE JEUNNE C., *et al.*, Prescriptions hors AMM : comment en pratique les identifier, les encadrer, les informer et les suivre ? *Thérapie* 2013, p. 225.

Le soldat augmenté. Repousser les limites pour s'adapter, *Défense et sécurité internationale* 2015, hors-série n°45.

LENEVEU M.-C., Médecine prédictive et santé parfaite : d'une visée salutaire à une visée eugénique..., *Éthique et Santé* 2009, p. 193.

LERNER B.H., Catching patients : tuberculosis and detention in the 1990s, *Chest* 1999, n°115, p. 236.

LOWY C., The doctrine of substituted judgement in medical decision making, *Bioethics* 1998, n°2(1), p. 15.

MATTEI J.-F., L'homme, la génétique et le diagnostic prénatal, *Laennec* 2015, p. 9.

NENDAZ M., CHARLIN B., LEBLANC V., BORDAGE G., Le raisonnement clinique : données issues de la recherche et implications pour l'enseignement, *Pédagogie médicale* 2005, n°6, p. 235.

O'GRADY L., JADAD A., Shifting from shared to collaborative decision-making: a change in thinking and doing, *Journal of Participatory Medicine* 2010, 2, e13.

OSCHERWITZ T., *et al.*, Detention of persistently nonadherent patients with tuberculosis, *JAMA* 1997, n°278, p. 843.

PEISAH C., SORINMADE O.A., MITCHELL L., HERTOGH C.M., Decisional capacity: toward an inclusionary approach, *Int Psychogeriatr* 2013, 25, p. 1571.

PICARD R., Médecine personnalisée : de quoi parle-t-on ? Une vision prospective, *Annales des mines, Réalités industrielles* 2014, p. 99.

PIERRON J.-P., Les trois sens du sens clinique, *Ethique et Santé* 2014, p. 38.

PORTER T., Making things quantitative, *Science in context* 1994, p. 389.

POSTEL-VINAY N., Injonction thérapeutique. L'exemple de la tuberculose, *Info Respiration* 2006, n°74, p. 17.

RICOT J., Ethique de la décision médicale. Réflexion philosophique, *Revue Laennec* 2014, n°4, p. 40.

ROLLAND C., SICOT F., Les recommandations de bonnes pratiques en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial, *Gouvernement et action publique* 2012, p. 53.

ROTILY M., MOATTI J.-P., Méthodes d'évaluation médico-économique dans le domaine de la nutrition, *Nutrition clinique et métabolisme*, 1998, p. 107.

SACKETT D.L., ROSENBERG W.M., GRAY J.A., HAYNES R.B., RICHARDSON W.S., Evidence based medicine : what it is and what it isn't, *BMJ* 1996, n°312, p. 71.

SCHÜTZE T., BOUVET R., LE GUEUT M., Vaccination hépatite B et sclérose en plaques : de l'incertitude médicale à l'indemnisation des victimes, *Revue neurologique* 2014, n°170, p. 520.

SEHGAL A., GALBRAITH A., CHESNAY M., SCHOENFELD P., CHARLES G., LO B., How strictly do dialysis patients want their advanced directives followed?, *JAMA* 1992, n°267(1), p. 59.

SHALOWITZ D.I., GARRETT-MEYER E., WENDLER D., The accuracy of surrogate decision makers: a systematic review, *Arch Intern Med* 2006, n°166(5), p. 493.

SIMON L, PREBAY D., BERETZ A., BAGOT J.-L., LOBSTEIN A., RUBINSTEIN I., SCHRAUB S., Médecines complémentaires et alternatives suivies par les patients cancéreux en France, *Bulletin du cancer* 2007, vol. 94, n°5, p. 483.

SIMONET D., Assessment of new public management in health care: the French case, *Health Research Policy and Systems* 2014, 12 : 57.

SIMONET D., The New Public Management theory in the British health care system. A critical review, *Administration & Society* 2015, p. 802.

SOUETRE E., *et al.*, Évaluation médico-économique des neuroleptiques dans la schizophrénie : amisulpride versus halopéridol, *L'Encéphale* 1992, p. 263.

SPRIET H., ABONDO M., NAUDET F., BOUVET R., LE GUEUT M., L'indication d'injonction de soins repose-t-elle sur un diagnostic médical? *L'Encéphale* 2013, p. 295.

STEICHEN O., Former à la décision médicale, *Laennec* 2014, p. 51

TORKE A.M., ALEXANDER G.C., LANTOS J., Substituted judgement: the limitations of autonomy in surrogate decision making, *J Gen Intern Med* 2008, n°23(9), p. 1514.

UBERTI T., FLOCCARD B., LAGRANGE S., HENGY B., MARTIN O., MARCOTTE G., CROZON J., BER C., GREGOIRE A., GEFFRIAUD T., RIMMELE T., Recours au médecin traitant pour les décisions de LATA en réanimation : pourquoi ne pas le faire ?, *Anesthésie et Réanimation* 2015, suppl. 1, p. A373.

VERSPIEREN P., Malade et médecin, partenaires, *Etudes* 2005, n°1, p. 27.

WAGNER E.H., AUSTIN B.T., VON KORFF M., Organizing care for patients with chronic illness, *Milbank Q* 1996, 74(4), p.511.

WEILER-RAVELL D., *et al.*, Compulsory detention of recalcitrant tuberculosis patients in the context of a new tuberculosis control programme in Israel, *Public Health* 2004, n°118, p. 323.

WINSLOW C.-E.A., *The evolution and significance of the modern public health campaign*, Yale University Press 1923.

Rapports

BERTRAND A., TORNAY D., *Libertés individuelles et santé collective. Une étude socio-historique de l'obligation vaccinale*, Rapport 2005,

BOISGUERIN B., *Enquête auprès des bénéficiaires de la CMU (mars 2003), Principaux résultats*, Séries statistiques n°63, DREES, 2004.

BOISGUERIN B., HAURY B., *Les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système de soins*, Etudes et résultats n°645, DREES, 2008.

CHADELAT J.-F., *Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, La Documentation française, 2006.

CONFERENCE NATIONALE DE SANTE, *Résoudre les refus de soins*, 2010.

DESPRES C., NAIDITCH M., *Analyse des attitudes de médecins et de dentistes à l'égard de patients bénéficiant de la couverture maladie universelle complémentaire. Une étude par testing dans six villes du Val-de-Marne*, DIES, 2006.

DUHAMEL G., *Le système de santé et d'assurance maladie américain. Action des médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire*, Rapport IGAS n°2002-073, 2002, p. 39.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur*, 2011.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Place de la contention et de l'isolement en psychiatrie*, 2015.

JEANTET M., LOPEZ A., DESTAIS N., *Evaluation médico-économique en santé*, Rapport IGAS 2014-066R, 2014.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *The Belmont Report. Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*, 1979.

OBSERVATOIRE REGIONAL DE LA SANTE D'AQUITAINE, *Motivations et freins à l'installation des médecins généralistes libéraux. Synthèse de la littérature*, 2011.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Comité d'experts de l'administration de la santé publique, Premier rapport*, Série de rapports techniques, n°55, 1952.

VIENNE P., LAFFONT J.-Y., Expertise sur les modalités de gestion des directives anticipées de fin de vie, *IGAS*, 2016.

Ressources électroniques

ASIP SANTE, Décryptage : le big data santé, *Le Mag* 2013, n°10, disponible à : www.esante.gouv.fr.

CISS, <http://www.leciss.org/sites/default/files/44-Exercice%20liberal%20medecine-fiche-CISS.pdf>

DESCOURS Ch., *Rapport du groupe de travail opérationnel sur la permanence des soins*, 22 janv. 2003, consultable sur : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_descours.pdf.

LALANDE F., VEBER O., *La mort à l'hôpital*, IGAS, rapport n°RM2009-124P, t. 1, 2009.

MALDAME J.-M., *Existe-t-il une vocation médicale ?*, consultable sur : <http://www.fiamc.org/bioethics/>, 2012.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN DIEGO, *Decision making capacity guidelines*, UCSD Human research protections program, disponible à : <https://irb.ucsd.edu/decisional.shtml>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Global health expenditure database, <http://apps.who.int/nha/database>.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Addictions : 285 ; 291 ; 294 ; 295.
Assistance à mourir : 36 ; 129.
Assistance médicale à la procréation : 45 ; 122 ; 148 ;
247 et s. ; 265 ; 266 ; 278 ; 279.
Autorisation de mise sur le marché : 143 ; 221 ; 335 ;
368.

B

Big data : 123.

C

Caractéristiques génétiques (examen des) : 159 ; 271 et
s. ; 309 ; 310.
Causalité : 143 ; 385.
Chirurgie esthétique : 151 ; 280.
Clause de conscience : 52 et s. ; 59 et s. ; 254.
Clientèle : 77 ; 79.
Clonage : 278.
Concertation pluridisciplinaire : 122.
Conférence de consensus : 359.
Conflits d'intérêts : 208 et s. ; 221 ; 223.
Connaissances médicales avérées : 123 ; 215 ; 231 ;
352 ; 353 ; 356 ; 357 ; 365 ; 367 ; 369 ; 375.
Consentement : 35 ; 91 ; 92 ; 99 ; 105 ; 139 ; 172 ;
185 ; 257 ; 314.
Contention : 240 et s.
Continuité des soins : 50 ; 51 ; 61 ; 78 ; 158 ; 160.
Contrat médical : 2 ; 49 ; 91 ; 238 ; 352.
Convention EDH : 58 ; 100 ; 268 ; 379.
Convention médicale : 81 ; 211 ; 219 ; 361 ; 363.

D

Diagnostic préimplantatoire : 46 ; 122 ; 267.
Diagnostic prénatal : 122 ; 266 ; 269 ; 270.
Directives anticipées : 130 ; 132 ; 168 ; 173 et s. ; 176
et s. ; 181 et s. ; 194 ; 195.
Discrimination : 51 ; 52 ; 57 et s. ; 272 ; 273.
Données acquises de la science : 143 ; 231 ; 262 ; 349
et s. ; 369 ; 376 ; 378 ; 385.
Dopage : 281.
Dossier médical : 173 ; 184 ; 194.
Douleur : 191 ; 249 ; 251.
Droit souple : 370.

E

EHPAD : 183 ; 217 ; 240.
Equipe de soins : 158 ; 160 ; 196.
Empreintes génétiques (identification par) : 309 ; 311.
Etudiant en médecine : 223 ; 224.
Evidence based medicine : 329 et s. ; 339 ; 360.
Exercice illégal de la médecine : 116.
Expert : 225 ; 306 et s. ; 317 et s. ; 373 et s. 381 et s.
Expertise : 208 ; 211 ; 292 ; 297 ; 299 ; 317 et s.

F

Fiducie : 209.
Fin de vie : 101 ; 175 ; 177 ; 184 ; 187 ; 191 et s. ;
196 ; 214 ; 251.

I

Imagerie médicale : 120 ; 283 ; 314 ; 315.
Indépendance professionnelle : 55 ; 66 ; 131 ; 200 et
s. ; 217 ; 220 ; 226 ; 300 ; 366.
Industrie des produits de santé : 209 ; 221 et s. ; 336.
Information : 50 ; 60 ; 138 et s. ; 145 ; 148 ; 158 et s. ;
194 ; 374.
Interruption de grossesse : 44 ; 52 et s. ; 249 ; 266 ;
269 ; 270.

L

Liberté de conscience : 53 ; 55.
Liberté d'installation : 66 ; 72.
Liberté de prescription : 22 ; 41 ; 42 ; 66 ; 67 ; 114 ;
204 ; 366.

M

Maîtrise médicalisée des dépenses de santé : 22 ; 360.
Majeur protégé : 92 ; 98 ; 126 ; 166 et s. ; 171 ; 172 ;
190.
Maladies chroniques : 90 ; 159.
Maladies contagieuses : 156 ; 253 et s.
Maladies génétiques : 46 ; 267 ; 269 ; 270 ; 271 et s.
Maladies mentales : 74 ; 240 et s. ; 282 ; 289 ; 290 ;
302 ; 303.
Mandat de protection future : 172.
Médecin collaborateur : 79 ; 203.
Médecin consultant : 120 ; 130 ; 160 ; 196.
Médecin coordonnateur :
- EHPAD : 124 ; 217.
- Injonction de soins : 298 et s.
Médecin militaire : 39.
Médecin remplaçant : 78 ; 203.

M (suite)

Médecin référent : 83.
Médecin traitant : 42 ; 78 ; 82 et s. ; 115 ; 121 ; 173 ; 182 ; 184 ; 196 ; 300.
Médecine légale : 305 et s.
Médecine prédictive : 271 et s.
Menaces sanitaires graves : 258.
Mineur : 92 ; 98 ; 106 ; 126 ; 127 ; 154 ; 166 ; 172 ; 182 ; 190.

N

Neurosciences : 282 et s. ; 312 et s.
Neutralité du service public : 57 ; 209.
New Public Management : 337.

O

Obstination déraisonnable : 36 et s. ; 129 ; 191 ; 195.
Omnivalence du diplôme : 113 et s.
Ordre des médecins : 1 ; 58 ; 59 ; 65 ; 67 ; 139 ; 154 ; 222.

P

Parcours de soins : 82 ; 83 ; 115.
Paternalisme médical : 86 ; 90.
Permanence des soins : 61 ; 75.
Personne de confiance : 130 ; 167 ; 168 ; 172 et s. ; 178 ; 179 ; 183 ; 184 ; 194.
Prélèvement d'organes : 150 ; 174 ; 184.
Principe de précaution : 320 ; 352.
Procédure collégiale : 175 ; 184 ; 194 et s.
Protecteurs naturels : 171 ; 172 ; 181.
Publications scientifiques : 215 ; 329 ; 358.

R

Rationalisation : 328 ; 332 ; 337.
Recherche médicale : 123 ; 259 et s. ; 339.
Recommandations de bonne pratique : 361 et s.
Références médicales opposables : 358 ; 360 ; 361.
Refus de soins : 93 et s. ; 168 ; 257.
Règles de l'art : 351 ; 353 ; 357 ; 360.
Rémunération : 64 ; 81 ; 203 ; 216 ; 219 et s.
Risque sanitaire : 23 ; 24 ; 143.

S

Secret professionnel : 127 ; 128 ; 156 ; 158 ; 173 ; 194.
Sédation : 191 ; 195 ; 251.
Soins palliatifs : 101 ; 245.
Soins transfrontaliers : 68 ; 70.
Stérilisation : 47 ; 52 ; 92 ; 250.

T

Transfusion sanguine : 96 ; 277.

U

Urgence : 50 ; 58 ; 60 ; 73 ; 95 et s. ; 171 ; 175 ; 257 ; 258.

V

Vaccinations : 143 ; 156 ; 254 et s. 385.
VIH : 156 ; 247.

TABLE DES MATIERES

Les numéros renvoient aux pages

Introduction	1
<u>PREMIERE PARTIE : LA PROCEDURE DE DECISION MEDICALE</u>	21
Titre 1 : L’auteur de la décision	24
Chapitre 1 : La relation médicale, préalable à la décision	25
<i>Section 1 : Le refus du médecin</i>	25
§1. Le refus obligatoire.....	25
A. Finalité.....	26
B. Conditions de réalisation.....	30
§2. Le refus facultatif.....	35
A. Conditions.....	35
B. Clause de conscience.....	38
§3. Le refus illicite.....	43
A. Refus <i>intuitu personae</i>	44
B. Refus <i>intuitu temporis</i>	50
<i>Section 2 : Le libre choix du médecin par le patient</i>	54
§1. Principe du libre choix.....	55
A. Reconnaissance du principe.....	55
B. Valeur du principe.....	58
§2. Limites du libre choix.....	62
A. Limites inhérentes au mode d’exercice du médecin.....	63
B. Limites justifiées par des motifs économiques.....	69
Chapitre 2 : L’aptitude à la décision	76
<i>Section 1 : L’aptitude du patient à la décision</i>	76
§1. Un décideur en droit.....	76
A. Principe de la codécision.....	77
B. Corollaire du refus de soins.....	83
§2. Relativité de la codécision.....	94
A. Hypothèses d’inaptitude.....	94
B. Relativité de l’aptitude.....	97
<i>Section 2 : L’aptitude du médecin à la décision</i>	100
§1. Dimension technique de la décision.....	101
A. La décision individuelle.....	101
B. La décision systémique.....	105
§2. Dimension éthique de la décision.....	113
A. Le médecin protecteur.....	113
B. Le médecin tuteur.....	117
Titre 2 : Les principes de la procédure de décision	122
Chapitre 1 : Le principe de concertation	122
<i>Section 1 : Le patient apte à la décision</i>	123
§1. L’obligation d’information.....	123
A. Fondements.....	123
B. Modalités.....	130
§2. La concertation contradictoire.....	135
A. La maîtrise de l’information par le patient.....	136
B. L’information systémique.....	141

<i>Section 2 : Le patient inapte à la décision</i>	145
§1. Volonté et représentation.....	145
A. Volonté.....	146
B. Représentation.....	147
1. Hypothèses de représentation.....	147
2. Pertinence de la représentation.....	160
§2. Intérêt et consultation.....	167
A. Intérêt.....	167
B. Consultation.....	175
Chapitre 2 : Le principe de motivation	185
<i>Section 1 : L'indépendance professionnelle garante de l'intérêt du patient</i>	186
§1. L'exigence d'indépendance.....	186
§2. L'exigence de loyauté.....	191
<i>Section 2 : La conciliation de l'intérêt du patient et des intérêts tiers</i>	196
§1. Les intérêts tiers internes à la relation médicale.....	197
A. L'intérêt du médecin.....	197
B. Les intérêts du système décisionnel.....	202
§2. Les intérêts tiers externes à la relation médicale.....	203
<u>DEUXIEME PARTIE : LE CONTENU DE LA DECISION MEDICALE</u>	213
Titre 1 : La finalité de la décision	217
Chapitre 1 : La nécessité médicale comme finalité	217
<i>Section 1 : La nécessité médicale et la protection de la santé</i>	218
§1. La santé individuelle.....	218
A. La nécessité médicale qualifiée par le médecin.....	218
B. La nécessité médicale qualifiée par le patient.....	225
§2. La santé collective.....	231
A. La lutte contre maladies contagieuses.....	232
B. La recherche médicale.....	237
<i>Section 2 : L'extension du champ de la nécessité médicale</i>	241
§1. La médecine de l'anticipation.....	242
A. La médecine anténatale.....	242
B. La médecine prédictive.....	248
§2. La médecine de l'amélioration.....	252
A. L'homme réparé.....	252
B. L'homme augmenté.....	256
Chapitre 2 : La nécessité médicale comme moyen	264
<i>Section 1 : La nécessité médicale au service de la défense sociale</i>	264
§1. Les soins pénalement ordonnés.....	265
A. L'obligation de soins.....	266
B. L'injonction thérapeutique.....	268
C. L'injonction de soins.....	270
§2. L'évaluation du risque de passage à l'acte violent.....	273
<i>Section 2 : La nécessité médicale au service d'une décision non médicale</i>	277
§1. La manifestation de la vérité.....	278
§2. La gestion des risques sanitaires.....	289
Titre 2 : La pertinence de la décision	295
Chapitre 1 : La standardisation de la décision	295
<i>Section 1 : Appréciation pratique du standard</i>	296
§1. Nécessité du standard.....	296
§2. Limites du standard.....	302
A. Limites liées à la subordination du standard aux données de la recherche.....	302
B. Limites liées à la protocolisation de l'exercice de la médecine.....	306

<i>Section 2 : Appréciation juridique du standard</i>	311
§1. Recours au standard.....	312
§2. Définition du standard.....	316
Chapitre 2 : Le contrôle de pertinence	325
<i>Section 1 : Les outils du contrôle de pertinence</i>	325
§1. La formalisation des outils.....	326
§2. La force normative des outils.....	334
<i>Section 2 : Le contrôle de conformité au standard</i>	340
§1. Office de l'expert.....	341
§2. Office du juge.....	348
Conclusion	356
Bibliographie	360
Index	374
Table des matières	376