

Médecine et droit : Le devoir de conscience

Christian Byk

Volume 27, Number 3, September 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035781ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035781ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Byk, C. (1996). Médecine et droit : Le devoir de conscience. *Revue générale de droit*, 27(3), 323–348. <https://doi.org/10.7202/1035781ar>

Article abstract

The powers of medicine, as well as the faith put into it, endows the doctor a particular place within our social organisation. Possessor of its knowledge on the actions on the bodies, its power interferes with that of the society elites which imposes limits as well as obligations to profit the search of individual and collective well being.

The doctor, magician or therapist, incites fear from the moment he attributes his powers only on the basis of his knowledge. We therefore have to consider him on the same level as the rest of society and while recognizing the special role of his profession, make sure that he is aware that he is not above the law, that he is linked to each of his patients due to the trust that they place in him. But this contract between two individuals is as well, and increasingly a social contract which places the medical practice in the complex game of social relations, even if at times it is seen on a more economic level. And that is why it is important to insert another social limit that would remind the doctor that his interventions affect the human body, and therefore the respect of a person and her identity and integrity. A medical science that is too proud or paternalistic, cannot keep to itself the mastery of new biomedical technology. It must be shared with his patients who now have a new role in healthcare, as holders of subjective rights.

Should not the new "drama" of medical science, rather than imposing limits on some promoters of "promethene" medicine, be that of reinforcing the obligations doctors have in general to serve their purpose towards social, collective and individual means that so often don't inspire the trust that should be linked to conscience?

Slave of a collective healthcare system, the doctor should still feel useful if his freedom to serve those that he helps is preserved. This does not necessarily mean that his participation in establishing certain social norms is impossible, however, it requires a definition of those issues that are relevant to the medical function. This search towards equilibrium, however ambiguous, and some even say impossible, appears to be even more acute in the sphere of biomedical practices. The monopoly conserved—and even reinforced—of the physician to protect the individuals at the beginning or at the end of their life, is added to a doctor's burden, to a certain extent, of the weight of all the individual's desires, of contradictory interests, and desire to do all that is possible in a world with real limitation. We therefore have to admit that his conscience can allow him to decline care to the patients that require it when he cannot or does not want to change their wishes. But even by acting this way, and that is why the clause of conscience distinguishes itself from contractual liberty, the doctor who refuses the administration of care must continue to have compassion towards his patients. So we can now wager, based on what we have just stated, that the medical practice will be a contributing factor in making law conform to the role that Aguesseau wanted for justice: "*Juger humainement des choses humaines*".

Médecine et droit : Le devoir de conscience*

CHRISTIAN BYK

Magistrat, Professeur associé à l'Université de Poitiers, France

RÉSUMÉ

Les pouvoirs de la médecine autant que les espoirs qui sont mis en elle confèrent au médecin une place particulière dans l'organisation sociale. Détenteur par son savoir d'une action sur les corps, son pouvoir interfère avec celui des maîtres de la Cité qui lui imposent des limites mais aussi l'obligation d'exercer son « ministère » au profit d'une quête individuelle et collective du bien-être.

Le médecin, magicien ou thérapeute, fait peur dès lors qu'il n'attribue ses pouvoirs qu'à ses connaissances. Il faut donc le rattacher à la Cité des hommes et, tout en reconnaissant la particularité de son activité, lui signifier qu'il n'est pas au-dessus de la loi, qu'il est lié à chacun de ses patients parce que ceux-ci lui font confiance. Mais ce contrat entre deux individus est aussi et, de plus en plus, un « contrat social » qui insère l'activité médicale dans le jeu complexe des relations sociales, quitte à ce qu'il subisse parfois les « dérives » trop économes de

ABSTRACT

The powers of medicine, as well as the faith put into it, endows the doctor a particular place within our social organisation. Possessor of its knowledge on the actions on the bodies, its power interferes with that of the society elites which imposes limits as well as obligations to profit the search of individual and collective well being.

The doctor, magician or therapist, incites fear from the moment he attributes his powers only on the basis of his knowledge. We therefore have to consider him on the same level as the rest of society and while recognizing the special role of his profession, make sure that he is aware that he is not above the law, that he is linked to each of his patients due to the trust that they place in him. But this contract between two individuals is as well, and increasingly a social contract which places the medical practice in the complex game of social relations, even if at times it is seen on a more economic level. And that is why it is important to insert another

* Ce texte reprend pour l'essentiel notre intervention au colloque organisé les 29 et 30 septembre 1995 à Paris par l'Ordre national des médecins. Il est publié ici grâce à l'immense courtoisie du président B. Glorion. Lorsque ce n'est pas précisé autrement, les références sont celles des juridictions, codes [...] français.

celles-ci. D'où l'intérêt d'une autre limite sociale, celle qui lui rappelle que ses interventions, parce qu'elles portent sur le corps, supposent le respect de la personne d'autrui dans son autonomie, dans son identité. Une médecine trop orgueilleuse, trop hautaine, voire simplement trop paternaliste, ne peut plus conserver pour elle seule la maîtrise des nouvelles technologies biomédicales. Il lui faut la partager avec les patients, devenus des acteurs de santé, titulaires de droits subjectifs. Le nouveau « drame » de la médecine n'est-ce pas alors, moins que les limites imposées à quelques promoteurs d'une médecine « prométhéenne », les obligations faites à l'ensemble des médecins de prêter leur concours à servir des fins sociales collectives ou individuelles qui ne laissent souvent plus rien percevoir de cette « confiance qui rejoint une conscience » ?

Serviteur de l'action sanitaire de la collectivité, le médecin pourra encore se sentir utile dès lors que sa liberté de relation à l'égard de ceux qu'il assiste sera préservée. Cela ne rend pas forcément impossible sa participation à certaines formes de « contrôle social » mais exige la définition de modalités qui respectent substantiellement la fonction médicale. Cette recherche d'un équilibre, ambiguë voire impossible diront certains, apparaît de façon encore plus aiguë dans le cadre des pratiques biomédicales. Le monopole conservé, voire renforcé, du médecin pour protéger l'individu au début ou en fin de vie, lui fait aussi porter, d'une certaine manière, le poids de tous désirs individuels, des intérêts contradictoires, de la tentation de franchir les limites du possible, de l'interdit. Il faut alors

social limit that would remind the doctor that his interventions affect the human body, and therefore the respect of a person and her identity and integrity. A medical science that is too proud or paternalistic, cannot keep to itself the mastery of new biomedical technology. It must be shared with his patients who now have a new role in healthcare, as holders of subjective rights.

Should not the new "drama" of medical science, rather than imposing limits on some promoters of "promethene" medicine, be that of reinforcing the obligations doctors have in general to serve their purpose towards social, collective and individual means that so often don't inspire the trust that should be linked to conscience?

Slave of a collective healthcare system, the doctor should still feel useful if his freedom to serve those that he helps is preserved. This does not necessarily mean that his participation in establishing certain social norms is impossible, however, it requires a definition of those issues that are relevant to the medical fonction. This search towards equilibrium, however ambiguous, and some even say impossible, appears to be even more acute in the sphere of biomedical practices. The monopoly conserved — and even reinforced — of the physician to protect the individuals at the beginning or at the end of their life, is added to a doctor's burden, to a certain extent, of the weight of all the individual's desires, of contradictory interests, and desire to do all that is possible in a world with real limitation. We therefore have to admit that his conscience can allow him to decline care to the patients that require it when he cannot or does not want to change their wishes. But even

admettre que sa conscience puisse lui permettre, lorsqu'il ne peut pas ou ne veut modifier la volonté de ceux qui le requièrent, de décliner son concours. Mais, même en agissant ainsi, et c'est pour cela que la clause de conscience se distingue de la liberté de contracter, le médecin qui refuse d'administrer tel acte, ne devra pas cesser de compatir avec celui qui lui fait face.

Gageons qu'ainsi comprise, la pratique médicale contribuera à rendre le droit qui s'y applique conforme au rôle que d'Aguesseau voulut pour la justice : « juger humainement des choses humaines ».

by acting this way, and that is why the clause of conscience distinguishes itself from contractual liberty, the doctor who refuses the administration of care must continue to have compassion towards his patients. So we can now wager, based on what we have just stated, that the medical practice will be a contributing factor in making law conform to the role that Aguesseau wanted for justice : "Juger humainement des choses humaines".

SOMMAIRE

Introduction	326
I. Les limites juridiques de l'exercice médical	328
A. Les limites tenant à la nature contractuelle de la relation thérapeutique.....	328
1. Le contrat médical : un contrat spécifique	328
a) <i>Le contrat</i>	329
b) <i>Un contrat Sui generis</i>	329
2. Du contrat médical à la prestation de service?.....	329
a) <i>Une nécessité de l'organisation sociale?</i>	329
b) <i>Le droit du consommateur</i>	330
B. Les limites tenant à la nature « corporelle » de l'acte médical.....	331
1. Le consentement à l'acte médical	332
a) <i>Pour l'histoire</i>	332
b) <i>Le domaine du consentement</i>	332
2. Des limites fixées à la médecine « prométhéenne »	333
a) <i>Le corps, élément co-substantiel de la personne humaine</i>	333
b) <i>Le droit pénal et les limites de l'activité biomédicale</i>	334
II. Les nouvelles contraintes juridiques du monopole professionnel	335
A. Le médecin et l'activité administrative sanitaire	336
1. L'acte thérapeutique face aux contraintes administratives	337
a) <i>Le traitement obligatoire</i>	337
b) <i>Les restrictions à la liberté d'action du médecin</i>	338

2. L'acte médical au service de l'intérêt collectif.....	339
a) <i>L'intérêt de la santé publique</i>	339
(i) La médecine de prévention.....	339
(ii) La protection de l'enfance	340
(iii) La médecine du travail	340
(iv) La médecine de recherche	340
b) <i>Le contrôle social comme intérêt collectif</i>	341
(i) La médecine de contrôle des prestations de santé.....	341
(ii) Le médecin auxiliaire de la justice répressive	342
B. Le médecin et les pratiques biomédicales	343
1. Le monopole médical à l'égard des pratiques biomédicales.....	343
a) <i>L'homme, « objet » de recherche</i>	343
b) <i>La maîtrise de la vie et de la mort</i>	344
(i) L'aide à la maîtrise de la procréation	344
(ii) L'assistance aux personnes en fin de vie	345
2. La clause de conscience, sauvegarde de la spécificité de l'acte médical	347
a) <i>Le fondement de la clause de conscience</i>	347
b) <i>La consécration de la clause de conscience</i>	347
Conclusion	348

INTRODUCTION

Médecine et droit ont en commun un profond enracinement dans l'histoire des sociétés humaines en même temps que leur constant développement les révèle comme des éléments essentiels de la réalité sociale contemporaine. Aussi au cours de cette longue histoire, médecine et droit ne se sont-ils pas ignorés. Tout d'abord parce que pratique médicale et règles d'organisation sociale ont été très longtemps tributaires d'un environnement dominé par la religion et les dieux.

C'est en Mésopotamie ancienne qu'apparaît ce lien entre la maladie, dont sont responsables de nombreux génies, et la religion. Toute infraction aux règles édictées par la religion suscite le courroux des génies, gardiens des corps. La maladie devient alors un châtement révélant un péché¹. Les médecins acquièrent donc un rôle social reconnu pour autant qu'ils se soumettent aux liens sacrés de la loi, sinon ils engagent leur responsabilité².

1. « L'impureté m'a atteint. Juge ma cause, prends une décision à mon sujet, extirpe la maladie mauvaise de mon corps, détruis tout mal dans ma chair et dans mes muscles [...] » d'après des tablettes de pronostics et de diagnostics vers 2000 av. J.C.

2. À Babylone, en Mésopotamie, le *Code de Hammurabi*, qui date du XVIII^e siècle avant J.C. consacre neuf articles à l'exercice de la médecine; en Égypte, les médecins devraient suivre les préceptes du « Livre Sacré » et après trois jours de soins, leur responsabilité était engagée.

C'est en Grèce pour la médecine, à Rome pour le droit que l'une et l'autre de ces disciplines acquièrent les bases de leur émancipation, de leur autonomie.

En imposant au médecin, détenteur de connaissances et de techniques bénéfiques à l'homme, de les transmettre aux générations suivantes, « le serment d'Hippocrate » rompt avec le mystère inhérent au religieux³. En proclamant les devoirs du médecin à l'égard des malades, tous égaux devant la souffrance, il propose un « contrat social » dont la portée universelle est encore sensible aujourd'hui⁴.

Parallèlement, Rome érige le droit en un système vivant dont les concepts et les catégories, à la base d'un droit civil et d'un droit des gens, soustraits à la physionomie, plus rituelle que juridique du droit romain des origines, gouvernent encore très largement notre ordre juridique⁵.

Partageant une histoire commune, médecine et droit n'ont cependant pas toujours vécu cette communauté sans conflits. Ceux-ci eurent souvent pour objet de savoir si, émancipée de la religion, la médecine pouvait l'être également du droit⁶. L'universalité de la mission du médecin, tout faire — et donc élargir les connaissances — pour combattre la maladie et soulager la souffrance, ainsi que le respect dû au malade qui se confie à lui — c'est le sens du secret médical — peut-il toujours se satisfaire de la temporalité des lois de la cité et du souci du collectif qu'elles manifestent ?

L'accomplissement de l'acte médical, l'essor de la médecine ont ainsi pu être contraints par un droit, expression d'un ordre social rigoureux : c'est la sacralité du corps qui limite les investigations du médecin, c'est l'appui que trouvent les défenseurs de l'ordre social dans la superstition et la peur des châtiments divins qui rejette la rationalité scientifique, c'est la nécessité politique de contrôler les comportements socialement dangereux qui transforme au XVII^e siècle l'institution hospitalière en lieu d'enfermement. Les succès de la médecine et la manière dont nos sociétés ont intégré le développement des connaissances et les techniques nouvelles qui en découlent pourraient laisser croire que la plénitude de l'exercice médical n'est plus aujourd'hui contestable dans son principe ; tout au plus serait-elle contingente au contexte économique. Cela serait vrai si la finalité de l'acte médical ne s'était elle-même profondément transformée : posé en vue de guérir ou de soulager autrui, cet acte s'entend aujourd'hui, par suite de l'essor des sciences biomédicales, du « privilège de travailler à même le corps humain » ou « sur l'esprit en tant qu'il dépend du corps ». Par là-même, cette nouvelle dimension de l'exercice médical, dont certains craignent que façonnée par la logique économique ou celle de la connaissance, elle ne se réalise aux dépens de l'homme, ne conduit-elle pas à affirmer que la véritable question qui se pose aujourd'hui à la communauté médicale est celle des limites juridiques à l'exercice de la médecine ? (I)

3. « Je ferai part des préceptes, des leçons morales et du reste de l'enseignement à mon fils, à ceux de mon maître, et aux disciples liés par un engagement et un serment suivant la loi médicale, mais à nul autre ».

4. Même si c'est pour la contester : cf. H.M. SASS et J.M. THEVOZ, *Journal international 1995 de bioéthique*, 1995 vol. 6, n° 1, p. 5.

5. R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977.

6. « On avait jadis pensé, rappelle G. Mémeteau, que l'acte médical était sur ce point en dehors du droit, que nul contrat ne pouvait lier le médecin à son client », « Fascicule Acte médical n° 4 » in *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Montrouge, Éd. Législatives, 1994.

Mais, si le droit doit interroger la médecine au nom de la légitimité sociale, il doit — et les médecins savent le lui rappeler — protéger cet exercice dès lors qu'il est socialement reconnu : la contrepartie des devoirs du médecin ne tient-elle pas à son statut ? C'est parce qu'il a l'obligation de mettre son art et ses compétences au service de la communauté des hommes que l'acte médical lui est réservé par la puissance publique. Toutefois, le monopole accordé au médecin par le droit n'est-il pas, parfois, facteur de dénaturation de l'acte médical ?

La question n'est certes pas neuve, mais elle reste au cœur de controverses contemporaines qui conduisent à s'inquiéter d'une « fonctionnarisation » de la médecine ou à dénoncer le dévoiement du rôle du médecin à l'égard de certaines pratiques (interruptions de grossesse, aide au suicide, assistance à la procréation) (II).

I. LES LIMITES JURIDIQUES DE L'EXERCICE MÉDICAL

Le débat bioéthique de la décennie 80⁷ a largement mis en exergue les questions soulevées par la « Révolution biomédicale » au regard des pouvoirs du médecin. Des choix ont été faits par le législateur et il nous reviendra de réfléchir sur les conséquences qu'ils entraînent pour l'exercice de la médecine (B). Mais, par ailleurs, ce débat a quelque peu occulté une évolution elle aussi importante de l'exercice médical : l'acte médical est l'objet d'un contrat aux obligations de plus en plus rigoureuses (A).

A. LES LIMITES TENANT À LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA RELATION THÉRAPEUTIQUE

À peine sortie de l'emprise du sacré, l'activité médicale devait-elle tomber sous celle du droit civil ? À défaut, le patient, injustement lésé par l'action du médecin, devait-il faire son deuil de toute réparation du dommage subi ? C'est ainsi que la question de la responsabilité médicale allait amener à trancher le point de savoir si l'activité médicale était ou non hors du droit (civil)⁸.

Soucieux de ne pas esquiver la question, le juge a défini clairement, bien que récemment, la nature de la relation médecin-patient comme un contrat *sui generis* (1), spécificité dont on devra se demander si les tendances actuelles de notre droit ne la remettent pas en cause (2).

1. Le contrat médical : un contrat spécifique

Le chose n'était pas évidente car « la relation thérapeutique engage la confiance du patient et la conscience du médecin à une telle radicalité qu'il est difficile, pour en rendre compte, de tenir jusqu'au bout la logique contractuelle »⁹.

7. *Revue Droits*, numéro spécial, *Biologie, personne et droits*, n° 13/1991, Paris, P.U.F.; *Revue Pouvoirs*, numéro spécial « Bioéthique », n° 56, 1991.

8. Ce n'est qu'en 1835 que la Cour de cassation a, pour la première fois, engagé la responsabilité d'un praticien, *Cass. req. 18 juin 1835*, S. 1835, 1-403.

9. X. DIJON, *Le sujet de droit, en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 11.

C'est pourtant celle-ci que la Cour de cassation devait choisir en 1936 avec toutes ses conséquences¹⁰.

a) *Le contrat*

La relation thérapeutique en médecine libérale relève alors d'un droit civil commun quant à sa formation et à ses principaux caractères :

- le contrat médical du droit civil fait naître des obligations réciproques et inter-dépendantes¹¹ : donner des soins et assurer le paiement d'honoraires. C'est donc en principe un contrat à titre onéreux¹²;
- le contrat est consensuel, c'est-à-dire qu'il se forme par et dès l'échange des consentements.

b) *Un contrat Sui generis*

Il l'est parce qu'il ne correspond pas aux qualifications des différentes catégories de contrat (louage de services, mandat, contrat d'entreprise)¹³. En effet, le contrat médical est un contrat *intuitu personae* conclu en fonction de la confiance accordée par le patient à « son » médecin¹⁴.

Le contrat médical ne crée pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens : celle de « donner des soins consciencieux, attentifs [...] et conformes aux données acquises de la science »¹⁵. On doit toutefois se demander si l'évolution de la pratique médicale, conjuguée à une appréhension de l'acte médical considéré comme un acte d'entreprise, ne tend pas à diminuer cette spécificité.

2. Du contrat médical à la prestation de service?

Certains n'hésitent pas à affirmer qu'une analyse de l'acte médical comme acte de prestation de service, comme les nécessités de notre société semblent y conduire, aboutirait à une dénaturation de l'exercice médical.

a) *Une nécessité de l'organisation sociale ?*

Profession libérale, la médecine ne doit-elle pas, « pour le meilleur et pour le pire », accepter les conséquences d'un droit commun applicable à toutes les professions libérales ?

10. C'est le fameux arrêt *Mercier*, Cass. 20 mai 1936, D.P. 1936. 1. 88 concl. Matter, rapport Jossierand, note E.P.

11. Art. 1102, *Code civil*.

12. Art. 1106, *Code civil*.

13. G. Mémeteau estime cependant que la qualification de contrat d'entreprise convient bien au rapport médecin-patient, *loc. cit.*, note 6.

14. Corollaire du principe du libre choix du médecin, l'*intuitu personae* implique que le médecin doit exécuter personnellement ses obligations (Cass. civ. I, 5 janv. 1965, *Bull. civ. I*, n° 9).

15. Arrêt *Mercier*, *supra*, note 10; aujourd'hui, la jurisprudence, plus rigoureuse, a remplacé le qualificatif d'acquis par celui d'actuel.

« Pour le meilleur », du point de vue médical, s'entend faire du contrat médical un contrat d'entreprise, permettant la délégation et mettant de ce fait fin à l'*intuitu personae*, n'est-ce pas reconnaître, voire favoriser, la « médecine de groupe » ? L'avenir incertain, pour des raisons économiques, des principes du libre choix, dont l'*intuitu personae* n'est que le corollaire, pourrait d'ailleurs rendre le débat sans objet à cet égard.

« Pour le pire » — mais cela est discutable — on sait que le droit économique (la législation sur les prix — pour mémoire — le droit de la concurrence, celui des consommateurs) pèse sur le professionnel de santé. Mais, pèse-t-il plus que les conventions engageant volontairement 90 % du corps médical et négociées au niveau national entre organisations professionnelles représentatives et la Caisse nationale d'assurance-maladie ? Pèse-t-il plus que les engagements de modération pris par les professionnels et auxquels ceux-ci sont désormais tenus ?

Les nécessités de l'organisation sociale, et pour tout dire du système d'assurance-maladie, dont les beaux jours ont cependant comblé de satisfaction ceux qui y participent, n'ont-elles pas paradoxalement ouvert la voie à un mal plus grand encore ? Si l'acte médical est une prestation de service en droit économique, il devient aussi une exigence, un droit dont le consommateur peut réclamer qu'il soit satisfait¹⁶.

b) Le droit du consommateur

La jurisprudence interne, nous l'avons rappelé à propos du droit économique, a déjà eu l'occasion de juger que là où les textes n'établissent pas de distinction selon la nature ou l'objet des différentes activités de services, l'activité médicale est soumise au droit commun. Ainsi, en est-il de la possibilité pour une association de consommateurs d'exercer une action civile à l'encontre d'un médecin à qui il était reproché d'avoir irrégulièrement prescrit des préparations magistrales.

La Cour de cassation a considéré « que les personnes avec lesquelles un médecin conclut un [...] contrat (médical) doivent être considérées [...] comme consommateurs desdits services »¹⁷.

Mais surtout, si la prestation de l'acte médical est en principe libre, il n'est plus interdit de se demander si le refus de prestation de service peut être sanctionné. Pour la profession pharmaceutique, la Cour de cassation n'a pas, en tout cas, contesté l'applicabilité de l'ordonnance de 1945¹⁸.

Le droit européen offre, à cet égard, et s'il en était besoin, encore plus de certitudes.

L'acte médical, y compris l'interruption de la grossesse, est qualifié par la Cour de Justice de Luxembourg de prestation de services¹⁹. En outre, le principe général de la libre prestation des services et la liberté d'établissement s'appliquent,

16. Si la prise en compte des « désirs » du patient est évidente avec par exemple la procréation médicalement assistée, on doit cependant se demander dans quelle mesure le rôle de l'intervention médicale n'est pas aussi de « traiter » cet aspect des choses, la psychologie du patient étant un élément important de sa santé.

17. Cass. Crim. 15 mai 1984, D. 1986, 106 (note G. MÉMETEAU) et Cass. crim. 6 juil. 1994, 12-13 juil. 1995, Gaz. Pal. 1995, p. 68.

18. Cass. crim. 10 juil. 1978, 1979. II. éd. G. 19125 (obs. CHAPUT).

19. Résolution CEE, 12 mars 1990 et CJCE 4 oct. 1991, Rev. dr. san. et soc. 1992, 49 (note L. DUBOUIS).

sous les conditions de reconnaissance des diplômes et de soumission aux règles locales de déontologie, à l'exercice médical. De même, cet exercice n'échappe pas au droit commun issu des directives communautaires comme en matière de responsabilité civile des prestations de services²⁰.

L'acte médical deviendra-t-il alors un acte imposé sauf à pouvoir invoquer par le « prestataire » un motif légitime?

On comprend d'autant mieux l'inquiétude de celui-ci que cette exigence, grandissante du consommateur, se double du désir de ne pas avoir à supporter les risques de l'activité médicale. La reconnaissance jurisprudentielle d'une obligation de résultat pour certains actes médicaux (examens de laboratoire)²¹, voire plus explicitement d'une responsabilité sans faute (dans le cadre de la responsabilité des établissements publics de soins pour l'utilisation d'une thérapie nouvelle²²) ou pour la création d'un risque exceptionnel²³, et les réflexions menées sur la « socialisation du risque thérapeutique » en sont quelques illustrations²⁴. Quant au projet de directive européenne précité, il se proposait initialement de mettre en place une responsabilité sur le fondement de la faute présumée.

Cette évolution est-elle susceptible de briser la confiance nécessaire entre le médecin et son patient, voire de créer une animosité contentieuse excessive à l'égard de la profession médicale²⁵? Masque-t-elle, au contraire, un « rééquilibrage » des rapports et des pouvoirs entre le médecin et le patient, dont on peut certes regretter qu'il se fasse à partir du champ économique, mais vers lequel semble également conduire une réflexion qui aurait comme fondement l'éthique médicale et les principes des droits de l'homme?

B. LES LIMITES TENANT À LA NATURE « CORPORELLE » DE L'ACTE MÉDICAL

Par nature, l'acte médical est une intervention sur le corps de la personne.

Accompli dans une perspective thérapeutique, l'acte médical bénéficie d'un motif légitime mais celui-ci ne saurait, en principe, suffire sans être consolidé par le consentement du patient à l'acte médical, consentement qui ne se confond pas avec le consentement initial au contrat médical et dément ainsi la doctrine du « blanc-seing » donné au médecin (1).

Sous cette réserve, la liberté du médecin à l'égard des mesures liées à l'établissement d'un diagnostic ou à l'instauration d'une thérapie est très grande, sans pour autant être absolue. Cette liberté peut-elle encore se justifier en l'absence

20. Depuis l'arrêt *Luisi et Carbone* du 31 janvier 1984 (*J.C.P.* 1984, n° 27, 3153), les activités médicales relèvent, en effet, du Traité de Rome.

21. Lorsqu'il s'agit d'analyses courantes, le biologiste est tenu d'une obligation de résultat car il doit garantir la fiabilité de celui-ci (*Toulouse 19 déc. 1959, J.C.P.* 1960. II. éd. G. 11402.) (note R. SAVATIER).

22. *C. adm. appel Lyon, 21 déc. 1990*, (Gomez) *Rev. dr. san. et soc.* 1991, 258 (note R.M. MEDOUZE.)

23. *C.E. 9 avril 1993*, (Bianchi) *R.D.P.* 1993, 1110.

24. R. EWALD, « Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions », *La Documentation française*, Paris, 1992, et *École nationale de la magistrature*, « La responsabilité médicale : de la faute au risque », session de formation, Paris, 1995.

25. Si les procès contre les médecins ont augmenté de 30 % en France entre 1991 et 1992 (560 cas contre 729), toutefois, une grande partie de cette augmentation des contentieux est liée à la contamination des transfusés pour le virus du sida, statistiques, ministère de la Justice.

d'une finalité thérapeutique ou, avec la perspective d'une telle finalité, mais en présence d'une médecine « prométhéenne » ? (2)

1. Le consentement à l'acte médical

Élément clé de la validité de l'acte médical, l'exigence juridique du consentement trouve sa genèse dans la jurisprudence plus que dans la déontologie; elle est aujourd'hui consacrée par la loi.

a) Pour l'histoire

En premier lieu, terminons-en avec le mythe que tout nous serait venu d'Amérique : la bioéthique et le droit, et au premier chef, le principe du consentement libre et éclairé. À ceux qui voient dans l'affaire *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* de 1914 la décision inaugurale en ce domaine²⁶, rappelons quelques jalons européens et français : le 15 décembre 1859, le Tribunal correctionnel de Lyon condamnait des médecins ayant commis des actes de pure expérimentation au motif que les faits reprochés « se sont accomplis sur un enfant incapable de tout consentement libre »²⁷. En 1889, la Cour d'appel de Liège évoquait « l'autorisation dont l'homme de l'art ne peut jamais se passer, sauf en cas d'urgence »²⁸.

Enfin, la Cour de cassation, faisant suite à un arrêt de la Cour de Bordeaux, devait poser en principe, le 28 janvier 1942²⁹, l'autonomie du consentement à l'acte médical, exigée même en l'absence de contrat, « le médecin d'un service hospitalier étant 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 ».

La jurisprudence ne devait plus jamais démentir la constante de ce principe qui allait pourtant attendre le déclin d'une approche paternaliste des relations médecin-patient pour être intégré dans la déontologie médicale³⁰.

b) Le domaine du consentement

Dès lors que le consentement, dont la jurisprudence précisait qu'il doit porter sur le principe même de l'acte médical mais aussi sur ses modalités de réalisation, semblait être devenu une réalité acceptée³¹, le législateur allait expressément en consacrer la portée à l'occasion du vote des lois dites de bioéthique³².

L'article 16-3 nouveau du *Code civil* prévoit, en effet, qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

26. *Schoendorff v. Society of New York Hospital*, (1914) 211 NY 125; 105 NE 92,93 (NY Ct Appeals).

27. *Trib. corr. Lyon, 15 déc. 1859, D.P. 1859. 3. 88.*

28. *C.A. Liège, 30 juil. 1890, D.P. 1891. 2. 281.*

29. *Cass. réq. 28 janv. 1942, D.C. 1942 63.*

30. Lire à ce propos B. HOERNI, *L'autonomie en médecine, Nouvelles relations entre les personnes malades et les personnes soignantes*, Paris, Payot, 1991.

31. F. BOUVIER, *Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives*, J.C.P. Semaine juridique édit. générale 1986, I 3249.

32. Pour une critique de cette « consécration », lire G. MÉMETEAU, « À l'abordage », *les Petites Affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, 841.

« Le consentement de l'intéressé doit [alors] être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire l'intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Ce faisant, le législateur de 1994 a clairement établi une distinction concernant les exceptions au principe d'inviolabilité du corps humain, rappelé par l'article 16-1 nouveau du *Code civil*. Seule, la nécessité thérapeutique constitue une clause générale d'exception à ce principe et n'est subordonnée à aucune autre condition que l'exigence du consentement.

Il n'en va pas de même lorsque l'acte d'intervention du médecin n'a pas encore acquis un caractère exclusivement thérapeutique (expérimentation), ne saurait l'acquérir (procréation assistée), voire révèle une maîtrise sur la vie (hérédité, cerveau...) ou un commerce de celle-ci.

2. Des limites fixées à la médecine « prométhéenne »

Faut-il vraiment considérer que jamais les savants n'auront suscité, à ce point, le qualificatif « d'apprentis sorciers »³³? Pour le moins, peut-on constater que les perspectives nouvelles des soins et les recherches qui y sont liées conduisent à faire dépendre nombre d'interventions de la disposition d'organes, de cellules et de produits du corps humain ou d'investigations sur le corps et son génome? Le sujet humain, la personne, devient par l'usage qui est fait de son corps, un agrégat d'éléments biologiques et génétiques, une source inépuisable (?) de matériaux.

« La véritable question posée par les nouvelles technologies médicales serait alors la délimitation [...] entre le prohibé et le permis [...] » — C'est en tout cas cette approche qui a dicté, à l'issue d'un processus long d'une décennie, le choix du législateur de renforcer la protection du corps humain à travers le modèle du sujet de droit hérité du *Code civil* (a))³⁴.

Le droit pénal, bien que loin d'être absent de ces nouvelles dispositions, n'en est cependant pas le vecteur essentiel (b)).

a) *Le corps, élément co-substantiel de la personne humaine*

La personne humaine ne saurait être désincarnée. Cette évidence du droit civil semblait échapper à une lecture littérale du *Code civil* sans doute parce que le corps ou ses éléments ne pouvant, pour les auteurs du Code, donner lieu à une circulation juridique, la présence du corps dans le droit était plus visiblement assurée par le *Code pénal*, lorsqu'il était porté atteinte au corps d'autrui. C'est le développement des sciences biomédicales qui a conduit à expliciter en droit positif cette histoire de l'unicité de la personne juridique en élaborant un statut du corps³⁵.

Paradoxalement, inscrire celui-ci dans le *Code civil*, c'est aussi reconnaître que le corps humain n'est plus seulement régi par la règle du *Noli me tangere*

33. G. MÉMETEAU, « Rapport national (France) in Colloque AIDP, Fribourg », *Droit pénal et techniques biomédicales modernes*, 1987, RIDP 1988, p. 888.

34. J.-L. BAUDOUIN, « Rapport National (Canada) », *id.*, p. 690.

35. Lire sur ce point J.P. BRAUD, *L'histoire de la main volée*, Paris, Seuil, 1993.

et ses exceptions, mais par un régime juridique complexe qui fait place à un commerce juridique réglementé du corps et de ses éléments.

Tel est le sens des dérogations légales spécifiques au principe du respect du corps — réaffirmé par l'article 16-1 du *Code civil* — et de ses deux corollaires principaux : inviolabilité et indisponibilité.

Le médecin et la science ont obtenu la reconnaissance de la légitimité d'atteintes au corps non justifiées par l'intérêt thérapeutique du sujet : la recherche biomédicale (dès 1988)³⁶, le prélèvement d'organes et de tissus, l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et l'identification d'une personne par des empreintes génétiques (1994)³⁷.

Mais la reconnaissance de cette nécessaire contribution du corps au développement du savoir et de la médecine s'est faite en contrepartie, non de la seule réaffirmation d'une éthique médicale, mais de la primauté du droit à réglementer, au nom des valeurs sociales — la dignité humaine, dont découle l'interdiction de traiter le corps comme un objet marchand³⁸ — l'exercice de la médecine et la pratique de la recherche. Pour conjurer la peur engendrée par une médecine perçue comme prométhéenne ou simplement dangereuse parce que technicienne, le droit fait alors feu de tous bois : interdictions (de l'eugénisme³⁹, des recherches sur l'embryon⁴⁰, de tout acte de patrimonialité relatif au corps⁴¹), limitations, à raison de certaines finalités et en fonction de certaines modalités, contrôles (des actes et des personnes) par des organismes publics (Agence du médicament, Agence du sang, Établissement français des greffes, Commission nationale de biologie et de médecine de la reproduction et du diagnostic prénatal, Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé), voire par l'autorité judiciaire (protectrice contre toute atteinte illicite au corps mais aussi garante de l'accueil de l'enfant à naître *via* l'assistance médicale à la procréation).

Il entraine alors dans la logique d'un tel dispositif d'élargir le champ d'intervention du droit pénal dans le domaine médical.

b) Le droit pénal et les limites de l'activité biomédicale

À l'acte médical compris comme un acte thérapeutique, « le droit pénal s'appliquait, mais bénévolement puisque ses qualifications étaient mesurées, compréhensives, celles des infractions d'imprudence. Les manquements du médecin à ses obligations de soins s'analysent [alors] en infraction des articles 319 et 320 du *Code pénal* » (article 221-6 et 222-19 du nouveau *Code pénal*). « En revanche, l'intervention médicale, même consentie, tombe sous le coup de la loi pénale réprimant les faits volontaires à partir du moment où son mobile n'est plus curatif, c'est-à-dire lorsque le médecin n'agit plus en vue de conserver la santé individuelle de son patient »⁴².

36. Loi 88-1138 du 20 décembre 1988, J.O., 22 déc. 1988.

37. Lois 94-653 et 94-654 du 29 juil. 1994, J.O., 30 juillet 1994.

38. Cf. à ce propos Cons. const. décision 94-343-344, D.C., 27 juillet 1994, J.O., 30 juillet 1994.

39. Art. 511-1 du nouveau *Code pénal*.

40. Art. 511-18 et 511-19 du nouveau *Code pénal*.

41. Art. 16-1 nouveau du *Code civil*.

42. G. MÉMETEAU, « Rapport national », *loc. cit.*, note 33, p. 885.

À cette simplicité de situations, qui se satisfait du recours aux dispositions du droit pénal général, répond aujourd'hui la diversité des régimes juridiques établis pour les différentes techniques biomédicales. Il n'est plus possible de faire application des textes sur les atteintes volontaires au corps dès lors que l'atteinte est licite mais que seules les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas respectées. À l'inverse, il peut paraître insuffisant, lorsque, par exemple, le consentement n'aura pas été obtenu, de réprimer cette violation comme une simple atteinte involontaire au corps.

Les conditions à respecter étant multiples, leur violation implique alors, au regard du principe de légalité du droit pénal, une stricte définition des incriminations. C'est ainsi que se crée un droit pénal spécial, différencié, qui pèsera sans doute demain sur l'exercice de la médecine au point de ramener rétrospectivement à de plus justes proportions les reproches aujourd'hui exprimés sur le « poids intolérable » du procès pénal médical⁴³.

Ainsi, ce ne sont plus les erreurs ou les contours de l'activité médicale qui se trouvent soumis au droit pénal mais nombre de ses modalités d'exercice car elles mettent en cause, non plus le corps d'un individu malade, mais aussi celui de personnes sans relation contractuelle avec le médecin et, au-delà de celles-ci, le statut du corps, voire la protection de l'espèce humaine. La clarté et la rigueur des obligations contractuelles qui enserrent la relation thérapeutique n'apparaîtront-elles pas alors comme une contrepartie bien légère du monopole de l'exercice médical conféré aux médecins, à moins que celui-ci, par son évolution, ne soit aussi facteur de nouvelles contraintes ?

II. LES NOUVELLES CONTRAINTES JURIDIQUES DU MONOPOLE PROFESSIONNEL

Si l'acte médical se caractérise par le fait qu'il consiste en une intervention, ayant un rapport avec la santé, sur le corps d'une personne, il est aussi l'acte d'un médecin et, pour être pleinement un acte protecteur, il est même acte de monopole par la compétence de son auteur. Il n'y a là rien en soi de bien nouveau relativement au statut du médecin⁴⁴.

L'exercice médical fait l'objet depuis plusieurs siècles d'une protection dont l'organisation, dans la forme que nous lui connaissons, date du 1^{er} Empire⁴⁵. Je ne rappellerai donc que pour mémoire l'œuvre essentielle et continue de la jurisprudence pour préciser ce qui relève du monopole des seuls médecins depuis la disparition des officiers de santé⁴⁶.

43. « Devra-t-on un jour en France franchir à nouveau les frontières... pour obtenir une fécondation *in vitro* ? Verra-t-on à nouveau des médecins et des couples poursuivis et condamnés, non pour avoir évité une grossesse mais pour l'avoir suscitée ? Devrons-nous alors attendre un ministre courageux... pour qu'en France enfin soit dépenalisée la procréation ? » pouvait s'interroger le professeur Cl. SUREAU devant un prétoire de médecins et de juristes. « Aspects éthiques et juridiques de la procréation médicalement assistée », *Actes du colloque organisé par l'Ordre des avocats à la Cour de Paris et L'Ordre national des médecins*, Paris, 5 mars 1994.

44. Voir A. DEMICHER, *Droit médical*, Paris, Berger-Levrault, 1983, et J.-M. AUBY, fascicules : « La profession médicale : généralités. Les fonctions du médecin, le monopole médical : contenu et limites » in *Traité de droit médical et hospitalier*, Paris, Éd. Litec, 1988, fasc. 24.

45. C'est la loi du 19 Ventôse de l'an XI, 10 mai 1803.

46. G. MÉMETEAU, *Le droit médical — Jurisprudence française*, Paris, Éd. Litec, 1985 : *Sur l'exercice illégal de la médecine*, n° 184.

Ce monopole, qui repose sur la compétence de son auteur, aujourd'hui bien différente de celle des médecins de Molière, se comprend et se justifie aisément par la confiance que requiert l'acte de soin. Nul ne le conteste plus d'ailleurs dans nos sociétés industrielles⁴⁷, ce qui n'exclut néanmoins pas des évolutions substantielles comme celles résultant de la liberté d'établissement des ressortissants communautaires. Mais cela consiste plus à harmoniser des monopoles nationaux qu'à les supprimer.

Je n'évoquerai donc pas la pérennité du monopole sous son aspect classique. En revanche, je voudrais souligner les interrogations que ce modèle médical pose aujourd'hui à la fonction, et j'ajouterais sans abuser du terme, à l'éthique du médecin.

Je m'explique : le monopole médical apparaît un modèle si rassurant — au regard de la compétence du médecin et de la confiance que le patient lui accorde — que l'autorité publique, répondant d'ailleurs à certaines demandes au nombre desquelles on trouve parfois celles de médecins — a considérablement étendu les actes réservés à ceux-ci, et ce, en dehors même de l'activité thérapeutique ou à la frontière de celle-ci⁴⁸.

Le médecin, comme le juge dans d'autres circonstances, est ainsi perçu comme un « intermédiaire naturel » — c'est sans doute là le reflet de l'étymologie commune des termes médiation et médecine entendue comme ce qui ramène à la norme un trouble défini. Il est aussi, par son statut, garant d'une certaine indépendance d'intervention et détenteur d'un savoir technique dont les applications vont au-delà du domaine médical.

La tentation est, dès lors, grande de faire assumer au médecin une responsabilité dans la mise en œuvre de l'action administrative sanitaire (A). Mais, proche des préoccupations de son patient, le médecin est aussi sollicité par celui-ci pour intervenir dans sa vie privée et, avec l'accord des autorités publiques, il devient parfois l'intermédiaire obligé de certaines pratiques qui, hors son intervention, ne seraient pas licites (B).

A. LE MÉDECIN ET L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE SANITAIRE

Qu'on nous permette tout d'abord d'écarter de notre interrogation ce que l'on pourrait qualifier d'actes médicaux par ricochet : le certificat médical, constatation scientifique de l'état du sujet, et l'ordonnance, acte prescriptif de médicaments nécessaires pour permettre au patient de retrouver le plein bénéfice de sa santé⁴⁹.

Il convient, en revanche, que nous nous attardions sur deux types de situations : celle qui oblige le médecin à exercer son ministère thérapeutique dans des circonstances de contraintes administratives ; celle qui le conduit à devoir exercer une activité médicale non thérapeutique au service d'un intérêt collectif. Dans les deux cas, existent des ambiguïtés sur la nature de l'activité médicale.

47. Ce n'est pas pour autant que les non-médecins aux activités parallèles se font moins nombreux, mais leur pratique ne constitue pas forcément, à elle seule, une atteinte au monopole.

48. Au point que certains auteurs, G. MÉMETEAU notamment, n'hésitent pas à parler à ce propos « d'actes disqualifiés », *loc. cit.*, note 6, n° 23.

49. « Ne mérite vraiment d'être dit acte médical qu'un certificat engageant la confiance et la conscience à l'occasion d'une recherche par le patient de sa vérité ce qui constitue en même temps un dire sur l'intensité de sa vie privée », *ibid.*

1. L'acte thérapeutique face aux contraintes administratives

Comment cette convention entre une « confiance qui rejoint une conscience » peut-elle être sauvegardée si le patient est contraint de se soigner ou si la liberté thérapeutique du médecin se trouve réduite ?

a) *Le traitement obligatoire*

Le cas de figure n'est pas nouveau. Il existe des maladies qui, à raison de leur gravité et de leur mode de transmission ou de leurs conséquences sur le comportement physique, constituent de véritables fléaux pour la santé publique. Aussi, afin d'en prévenir l'expansion, n'est-il pas injustifié — cela est même permis par la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁰ — de prendre des mesures contraignantes à l'égard des personnes qui, atteintes par ces maladies, persévéraient dans un comportement dangereux pour autrui⁵¹. Si la licéité de telles mesures peut parfois être sujette à caution au regard des principes fondamentaux des droits de l'homme, un équilibre entre droit de la personne et intérêt collectif peut néanmoins toujours être trouvé dès lors qu'est respectée la double règle de finalité légitime et de stricte proportionnalité des mesures considérées⁵².

Est-il certain, en revanche, que, ce cadre juridique étant défini, un médecin puisse soigner de force une personne qui n'accepterait pas l'injonction que lui fait la loi ?

Sans aller jusqu'à envisager la contrainte physique⁵³, que vaudrait une contrainte morale — se soigner ou être pénalement sanctionné⁵⁴ — sur l'adhésion pleine et entière du patient au choix thérapeutique proposé — faut-il dire imposé ? — par le médecin⁵⁵ ?

Bien entendu, à supposer que la loi ne l'ait pas voulu ainsi, la déontologie et la conscience du médecin lui font le devoir de ne pas lui-même enjoindre au patient délinquant d'avoir à choisir entre thérapie et répression. Mais cela suffit-il à

50. L'article 5-1^{er} de la *CEDH* autorise en effet la privation de liberté lorsqu'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un « vagabond » !

51. Art. L. 275 *Code de la santé publique* pour les maladies vénériennes, art. L. 355-2 pour les alcooliques dangereux et art. L. 355-19 pour les toxicomanes.

52. Voir sur ce point, et pour les divergences entre la Commission et la Cour, l'affaire *Herzegovina c/ Autriche* : décision de la *Comm.*, 10 mars 1988 (Rapport du 1^{er} mars 1991 publié dans la série des décisions et rapports de la Commission, D.R. 1991) ; arrêt de la *Cour* 48/1991/300/371, 24 sept. 1992, Cour européenne des droits de l'homme, série A, n° 244.

53. Le droit pénal français l'admettrait-il désormais puisque lorsqu'elle est ordonnée dans le cadre d'une procédure pénale (art. 16-11 al. 2 nouveau *Code civil* issu de la *Loi 94-653 du 29 juil. 1994*) l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne suppose pas son assentiment ?

54. C'est l'injonction thérapeutique de l'article L. 628-1 *Code de la santé publique* dont le Procureur de la République peut faire usage à l'égard d'un toxicomane, mais une telle mesure pourrait aussi être prononcée comme une condition d'un contrôle judiciaire ou d'une mise à l'épreuve.

55. Bien que cette approche ait été contestée par des médecins s'occupant des toxicomanes, elle pourrait néanmoins être indispensable, soulignent d'autres médecins, pour assurer le suivi médical des délinquants sexuels qui, sans cette contrainte, refuseraient de se soigner. On signalera également l'avant-projet de loi renforçant la prévention et la répression des atteintes sexuelles contre les mineurs qui vise à établir une peine de suivi médico-social des délinquants sexuels (document du ministère de la justice, version du 5 nov. 1996).

préserver, ou plus exactement, à créer une relation médecin-patient exempte de toute ambiguïté quant au rôle du médecin⁵⁶?

L'histoire du droit sanitaire aurait sans doute suffi à montrer le peu d'intérêt pratique des mesures de ce type⁵⁷ s'il n'y avait eu la pérennité des problèmes posés par l'usage des stupéfiants — les usagers étant soumis à une injonction thérapeutique — et le désir de certains, à l'occasion de l'apparition du sida, d'appliquer des mesures de contrainte vis-à-vis de cette affection, alors même qu'on ne peut parler ici de traitement mettant fin au risque de contamination⁵⁸.

L'acuité des problèmes posés par la toxicomanie et le sida aura sans doute eu pour utile contrepartie de rendre public ce débat difficile, ce qui n'est pas toujours le cas à propos du poids d'autres contraintes administratives sur la liberté du médecin.

b) Les restrictions à la liberté d'action du médecin

Les unes résultent de l'environnement dans lequel s'inscrit la relation avec le patient, les autres des contraintes de l'organisation du système de protection sociale.

La pratique de la médecine en prison est une illustration non contestable du premier cas de figure. Le détenu ne peut en effet choisir son médecin et l'*intuitu personae*, élément essentiel du contrat médical, fait ici défaut. Le médecin, quant à lui, est souvent le garant, involontaire mais conscient, du maintien d'une certaine paix sociale intérieure à l'établissement. L'usage abondant de certains médicaments réduit et apaise les tensions, les angoisses qu'au demeurant n'ignorent pas non plus ceux qui ont la difficile tâche d'assurer la surveillance.

Par sa qualité d'intervenant privilégié, le médecin va alors assumer des rôles que d'autres s'empressent de lui reconnaître : la réinsertion du détenu, y compris par la collecte de produits sanguins, c'est lui⁵⁹; la prévention de la transmission du sida, c'est lui⁶⁰; le maintien des liens familiaux, le cas échéant, en acceptant la procréation assistée du conjoint libre avec le sperme du détenu, c'est lui⁶¹; la libération de détenus signalés, par la grâce médicale, c'est ou c'était encore lui.

Dans ces conditions, on ne peut que se réjouir qu'il n'existe plus de médecine pénitentiaire en tant que corps administratif qui maintenait le médecin de la prison dans une dépendance directe avec l'Administration pénitentiaire. Il reste,

56. On fera toutefois remarquer que l'injonction n'est pas le fait du médecin mais d'une personnalité extérieure à la relation de soins.

57. J.-B. BRUNET, « Le sida et la Communauté européenne : à propos des politiques de lutte contre l'infection à VIH », *Agora*, 1989, 12, p. 53.

58. C. BYK, « Le sida (mesures de santé publique et protection des droits individuels) », *J.C.P. 1991. I. éd. G. 3541*.

59. Cela fit l'objet d'une note interne (combien contestée) du directeur de l'administration pénitentiaire, à l'attention des directeurs régionaux et chefs d'établissement (note M131/J44 du 13 janvier 1984 relative aux collectes de sang par le Centre national de transfusion sanguine).

60. Circulaire du 17 mai 1989 (non publiée).

61. Diverses réponses de l'administration pénitentiaire à des requêtes individuelles de détenus ont à chaque fois précisé que le médecin appréciera, conformément aux règles de la déontologie médicale, si une telle méthode peut être mise en application. Voir aussi Ph. POIRET, « Le recours aux procréations médicalement assistées pour les détenus : une aberration? », *Esprit*, n° 9, sept. 1991, pp. 129-132.

en revanche, beaucoup à accomplir, ne serait-ce que sur le plan matériel et humain, pour que l'exercice de la médecine en prison perde ce caractère de précarité qui nuit tant à la relation médecin-patient⁶².

Une autre forme de précarité, essentiellement économique celle-là, est celle qui résulte de l'évolution des systèmes de santé. La profession médicale est incitée — et comment faire autrement face à une situation de ressources limitées ? — à s'engager dans une politique de maîtrise des dépenses. Individuellement, chaque médecin qui a accepté la convention avec les organismes de Sécurité sociale, peut se voir, sous peine de sanctions économiques et administratives, opposer des « références médicales »⁶³.

L'obligation d'apporter au patient des soins attentifs et loyaux, conformément à l'état reconnu de l'art médical, suppose-t-il désormais que cette reconnaissance intègre le coût économique de l'acte médical ? Et jusqu'à quel point ?

On a vu récemment, au Royaume-Uni, une commission médicale du National Health Service, refuser un traitement coûteux à une enfant de 11 ans en raison des chances limitées (10 %) de succès de cette thérapie⁶⁴.

Certes, le système français n'a pas encore sur ce point « glissé » vers un système de décision totalement administratif. Il n'en rend que plus nécessaire la préservation d'une part irréductible de liberté d'action au médecin afin que celui-ci puisse échapper, dans sa mission de soins, à toute injonction administrative, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque l'action du médecin s'intègre directement dans l'activité administrative.

2. L'acte médical au service de l'intérêt collectif

Si on trouve souvent dans cet exercice au service de l'intérêt collectif le souci de la santé, de la santé publique, il n'en est pas toujours ainsi et c'est parfois l'intérêt du contrôle social qui prévaut.

a) L'intérêt de la santé publique

Nées de la nécessité de lutter contre les épidémies qui décimaient les forces vives du pays et affaiblissaient l'État, les politiques de santé publique sont aujourd'hui un acquis non contesté du rôle social de l'État, apparu à la fin du XIX^e siècle⁶⁵. D'abord inscrites dans une logique de prévention, ces politiques de santé publique se sont, par la suite, développées dans le domaine de recherche.

(i) La médecine de prévention

S'il est à l'évidence un domaine où le souci de l'individuel et du collectif se conjugue, c'est bien celui de la médecine de prévention.

62. *Le Monde*, 11 mars 1991.

63. *Guides des références médicales opposables*, Caisse nationale d'assurance maladie, Paris, 1995.

64. Et la Court of Appeals of England approuva cette décision, (A. c. *Cambridge Health Authority*, partie B[a minor], 1995. 6 Med. Law. Rep., p. 250; All England Law Rep. 1992, vol. 2, p. 129).

65. V.P. COMITI, « Histoire du droit sanitaire en France », *Que Sais-Je ?*, n° 2831, Paris, PUF, 1994.

Aussi, la mise en place de services publics spécialisés, notamment dans les domaines relatifs à la protection de l'enfance ou du travailleur, apparaît-elle « naturelle » même si les obligations imposées aux patients et le statut des médecins chargés d'appliquer les politiques de prévention appellent quelques remarques.

(ii) La protection de l'enfance

On se souviendra des réticences suscitées au nom de la liberté individuelle, par la question de la vaccination obligatoire⁶⁶, les effets secondaires de certaines vaccinations, contre la variole notamment, étant redoutés plus que la maladie elle-même.

Toutefois, l'aspect délicat de la médecine de prévention chez l'enfant se trouve ailleurs : dans la possibilité donnée au médecin d'observer l'enfant dans son milieu familial et ainsi, de relever le lien entre les troubles éventuels de l'enfant et la santé de celui-ci. Jusqu'à quel point l'intérêt de la santé de l'enfant permet-il alors de considérer que le médecin est relevé de l'obligation au secret professionnel⁶⁷? Jusqu'à quel point également le signalement précoce et systématique de certains faits n'est-il pas à même d'aller à l'encontre de cet intérêt en stigmatisant l'enfant aux yeux de la société?

On comprend, dès lors, pourquoi la question du statut professionnel des médecins est importante. S'ils sont souvent des fonctionnaires, s'agissant d'un service public⁶⁸, ils doivent cependant conserver dans l'exécution de leur mission la liberté de jugement nécessaire pour que la médecine de prévention ne devienne pas le rouage d'un processus de normalisation sociale⁶⁹.

(iii) La médecine du travail

La médecine du travail pose, elle aussi, la question de la liberté du médecin. Mais ici, il semble que les choses soient plus claires. D'une part, l'État — sauf lorsqu'il est employeur — n'intervient pas directement et le médecin du travail ne lui est pas subordonné. D'autre part, l'organisation collective de la médecine du travail — non par entreprise mais par branche d'entreprises — et le statut légal des médecins confèrent une réelle indépendance à l'activité médicale⁷⁰.

(iv) La médecine de recherche

La médecine de recherche doit aussi être considérée aujourd'hui comme un prolongement normal de l'activité médicale tant il est vrai qu'il n'y a pas d'avancées médicales significatives sans recherche.

Le médecin y est engagé de deux manières vis-à-vis de son patient.

66. Cahiers LAENNEC 1959, n° 1, « Les vaccinations ». Sur la politique en matière de vaccinations obligatoires voir J.O., *Déb. Sén.*, 5 juin 1979.

67. L'article 226-14 nouveau du *Code pénal* exempte de l'obligation au secret professionnel « celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de 15 ans [...] ».

68. Le médecin public dispensant les mêmes services qu'un médecin libéral, son activité est la prestation du même acte médical dans le respect d'une même déontologie.

69. Le décret 92-785 du 6 août 1992, relatif à la protection maternelle et infantile est muet sur cet aspect du statut des médecins du service J.O., 12 août 1992.

70. Loi 46-2195 du 11 oct. 1946 sur l'organisation des services de la médecine du travail J.O. 12 oct. 1946.

Il y est engagé dans le cadre de son activité thérapeutique courante puisqu'il peut proposer à son patient de le faire bénéficier d'un traitement innovant, voire expérimental au sens de la *Loi du 20 décembre 1988*⁷¹. Il peut aussi, s'il participe à un réseau de recherches, transmettre, par exception au secret médical et sauf opposition du patient, des données nominatives à des fins de recherche dans le domaine de la santé comme l'y autorise la *Loi 94-548 du 1^{er} juillet 1994*⁷².

Il y est également engagé comme protecteur des personnes qui participent à des recherches biomédicales dans la mesure où c'est au médecin que la *Loi du 20 décembre 1988* confie la responsabilité de la surveillance clinique de ces personnes⁷³. C'est pourquoi son indépendance à l'égard du promoteur de la recherche comme de l'investigateur doit être pleinement garantie.

Ainsi, placé dans une perspective de santé publique, le médecin est encore dans son rôle dès lors que son statut lui garantit une liberté de jugement. Est-on certain qu'il en soit encore de même lorsque le médecin participe à une activité de contrôle social?

b) Le contrôle social comme intérêt collectif

Nous évoquerons essentiellement deux situations : la médecine de contrôle en matière de prestations de santé et la médecine au service de la justice répressive.

(i) La médecine de contrôle des prestations de santé

Bien qu'ayant également un rôle de conseil — ils portent d'ailleurs le nom de médecins conseils — les médecins salariés, par les Caisses d'assurance-maladie ont, avant tout, une mission de contrôle médical particulièrement importante compte tenu des dépenses considérables assumées par les caisses et de l'impératif d'une plus grande maîtrise de celles-ci⁷⁴.

C'est ainsi qu'ils peuvent notamment formuler des appréciations sur le jugement fait par le médecin traitant de l'état de santé et de la capacité de travail des bénéficiaires de la législation de sécurité sociale et sur les moyens thérapeutiques mis en œuvre. Ils contrôlent donc les abus en matière de soins et de congés de maladie.

C'est la même recherche d'abus — mais pas uniquement — que vise le recours au médecin par la compagnie d'assurance en cas de mise en jeu d'une police d'assurance-maladie ou d'accidents corporels.

(ii) Le médecin auxiliaire de la justice répressive

La recherche de preuve en matière pénale a de plus en plus recours à la médecine et à des techniques particulièrement sophistiquées. Mais, simple — col-

71. Art. L. 209-1 et s. *Code de la santé publique*.

72. J. FRAYSSINET et PH. PEDROT, « La loi du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé », *J.C.P. 1994. J. éd. G. 3810*.

73. Toutefois, pour les recherches odontologiques, cela peut être un chirurgien-dentiste. En outre, l'article 1^{er} de la *Loi 94-630 du 25 juillet 1994* a prévu que « dans les sciences du comportement humain, une personne qualifiée, conjointement avec l'investigateur, peut exercer la direction de la recherche » (art. L. 209-3 *Code de la santé publique*).

74. F. PERDREL, « Réflexions sur le contrôle médical de la sécurité sociale », *Rev. dr. san. et soc.*, 1984, p. 135.

lecter un échantillon sanguin — ou plus complexe — procéder à des analyses d'identification génétique —, l'intervention médicale peut-elle se faire sous la contrainte ou à partir d'un acte de contrainte?

Certes, il importe, avant tout, que si contrainte il y a, elle soit autorisée par la loi et que le médecin chargé des investigations ne puisse être la personne qui aura effectué de force ce prélèvement⁷⁵. Mais ne convient-il pas de veiller à ne jamais mettre un médecin dans une situation où il aurait à user de contrainte?

En outre, se pose la question de la saisie d'échantillons biologiques, détenus par un médecin à des fins médicales ou scientifiques, alors que la preuve qu'ils pourraient permettre de rapporter dans le domaine pénal serait apposée à la personne sur qui ils auraient été prélevés⁷⁶.

Plus clair me semble, en revanche, quant à l'attitude à adopter par le médecin, la situation pour laquelle la loi ferait de celui-ci l'exécuteur de certaines peines.

Cela vaut pour l'exécution capitale⁷⁷, lorsqu'elle est accomplie par l'utilisation de substances toxiques supposant un dosage précis, cela vaut également pour les mutilations, légales dans certains pays. Le médecin ne saurait y prendre part, dans aucune circonstance; sa présence n'est d'ailleurs nécessaire que pour constater le décès ou prodiguer après l'application de la condamnation, les soins nécessaires s'il y a lieu. On sait cependant que, rompant avec leur serment, des médecins ont mis dans certains pays leur savoir au service de la répression « d'activités subversives », (cette répression fût-elle même licite)⁷⁸.

À ce déshonneur suprême répond heureusement l'action de la communauté médicale à dénoncer ces crimes et le rôle essentiel joué par les médecins pour faire reconnaître la réalité d'un droit international humanitaire⁷⁹. Mais cette vigilance du médecin à l'égard des dévoiements possibles de son rôle ne doit-elle pas également s'exercer au quotidien? C'est ce à quoi invite à penser le recours de plus en plus fréquent au médecin pour intervenir dans le cours du processus du développement de l'être humain.

B. LE MÉDECIN ET LES PRATIQUES BIOMÉDICALES

Maîtrise de la procréation, recherches biomédicales, accompagnement des malades en fin de vie, il ne s'agit plus au sens strict d'une médecine curative. S'agit-il encore d'actes médicaux? Certes, le législateur a estimé que le développement de ces pratiques rendait préférable d'en réserver les actes au médecin comme

75. La législation pénale française, si elle réprime dans certains cas (alcoolémie) un refus de prélèvement sanguin, par exemple, ne paraît pas permettre de réaliser ce prélèvement sous la contrainte (*contra* voir le nouvel art. 16-11 al. 2 *Code civil* et l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques).

76. L'article 81 du *Code de procédure pénale* donne au juge d'instruction de larges pouvoirs en matière de perquisitions et de saisies, pouvoirs qui ne semblent pas limités par le secret médical. L'article 96 du même *Code* lui impose cependant de provoquer « préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel [...] » et la jurisprudence de la Cour de cassation en déduit que le juge doit agir lui-même en présence d'un membre du Conseil de l'Ordre (*Cass. crim* 20 janv. 1976, *Bull. Crim.* 1976, 53, n° 23).

77. R. NICHOLSON, « Is Capital Punishment Ever Ethical? » *Hastings Center Report*, juil. 1995, p. 5.

78. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Medicine Betrayed*, Londres, Z Ed., 1992.

79. J. LEBAS, F. VEBER, G. BRUCHER, *Médecine humanitaire*, Paris, Flammarion, 1994.

possédant une compétence permettant de les pratiquer sans risques excessifs pour la santé publique ou individuelle et avec les meilleures garanties de réussite. Mais, cette extension du monopole médical peut-elle, pour autant, emporter toujours la contrepartie d'obliger le médecin à prêter son ministère pour leur mise en œuvre? Rien n'est moins sûr dès lors qu'un risque existe quant à un détournement de l'usage de ces pratiques.

1. Le monopole médical à l'égard des pratiques biomédicales

L'acte médical est aussi l'acte accompli par le médecin. Cette définition de l'acte médical par son auteur présente un singulier intérêt lorsque la nature de l'acte est, par elle seule, insuffisante pour permettre de le qualifier⁸⁰.

L'amélioration très sensible de l'espérance de vie depuis un siècle comme les progrès des techniques de soins ont suscité, tout au moins dans les pays industrialisés, le sentiment de l'importance d'une certaine qualité de vie, d'où la recherche de ce complet état de bien-être individuel reconnu par la constitution de l'Organisation mondiale de la santé comme étant partie intégrante de la notion de santé. Le passage d'une « médecine collective » à une « médecine individuelle », renforcé par nos capacités futures de prédiction, ne pourra qu'accentuer la place de cet élément subjectif dans la définition de l'acte médical.

Dès lors, il ne s'agit que de constater que dans le développement d'une « médecine prométhéenne », le danger existe d'une rencontre entre ce savoir aux surprenantes limites, d'un côté, la recherche à tout prix de ce complet état de bien-être... et la vision pour certains de multiples profits, d'un autre côté⁸¹. Ces confluences dénaturent-elles l'acte médical au point de réduire l'être humain à un « objet utile », voire de nier le respect de la vie?

a) L'homme, « objet » de recherche

Le premier procès pourrait être celui de la recherche biomédicale sur l'homme puisque, hors le cas du traitement innovant, celui qui y est soumis ne sera assuré d'aucun bénéfice d'ordre thérapeutique.

C'est un procès que nous ne ferons pas, de manière systématique tout au moins, car nier la nécessité de la recherche serait rejeter la possibilité du développement médical, ou pire, en faire supporter le fardeau à des groupes particuliers. Il y aurait ainsi un « prolétariat de la recherche ».

En revanche, il nous faut, pour le moins, en admettre l'ambiguïté : « la recherche est nécessairement immorale et moralement nécessaire »⁸².

Ainsi, comprenons-nous, l'implication du médecin comme investigateur de recherches non seulement parce qu'il nous semble que la recherche est

80. Sont en principe considérés comme actes réservés au médecin, l'établissement d'un diagnostic, l'application d'un traitement, que le contenu du traitement soit efficace ou non. Il revient à la loi et à la jurisprudence d'établir le « catalogue » de ces comportements.

81. Ce sont les logiques du changement dont parle M. Th. MEULDERS-KLEIN, « La production de normes en matière de bioéthique », in C.I. NEIRINCK (dir.), *De la bioéthique au biodroit*, Paris, LGDJ, 1994, p. 25.

82. L'observation est du professeur J. BERNARD, président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique.

aujourd'hui intrinsèque à l'activité médicale⁸³, mais également parce que le médecin est tenu, quelque soit l'acte qu'il accomplit, de traiter avec humanité celui auquel il s'adresse⁸⁴.

C'est le rôle et la raison d'être de l'investigateur médecin et on ne peut que se féliciter que le législateur n'ait pas admis une dérogation générale à ce principe pour les recherches comportementales. Il incombe, toutefois, de veiller à ce que la direction conjointe du médecin y soit réellement effectuée⁸⁵.

b) La maîtrise de la vie et de la mort

Le second procès a une résonance beaucoup plus vive puisqu'il accuse le médecin de violer son serment de respect de la vie en aidant à la maîtrise de la procréation ou à l'accompagnement des mourants. Les choses méritent, là encore, une clarification pour éviter amalgame et jugement indifférencié.

(i) L'aide à la maîtrise de la procréation

Derrière cette présentation, quelque peu théorique, c'est à l'évidence le rôle du médecin face à l'interruption de grossesse qui est en cause. Dénoncée, parfois avec violence, comme une activité homicide par certains⁸⁶, cette intervention mérite, toutefois, que l'on s'interroge sur ce qui justifie le rôle du médecin.

Indéniable lorsque la vie ou la santé de la mère sont gravement en danger⁸⁷, la légitimité de l'intervention médicale n'en est pas moins déjà source de difficultés, puisque le médecin devra faire le choix entre la protection de la vie d'une personne et celle d'un être non encore né.

Mais, cette légitimité devient plus aisément questionnable lorsque l'interruption de la grossesse trouve sa cause dans la prévention d'une affection grave et incurable chez l'enfant à naître. L'enfant ne vivra pas, ou peu, au-delà de la naissance et cela au prix de souffrances importantes pour lui-même et ses parents⁸⁸.

Enfin, cette légitimité est particulièrement délicate à apprécier dès lors que l'interruption de la grossesse est déterminée par l'état de détresse de la femme.

C'est encore une fois vers la logique du choix, sinon le plus approprié, en l'espèce, du moins celui susceptible de n'engendrer qu'un nombre limité d'effets négatifs, que le médecin devra se tourner. Sans doute, en faisant de lui le seul auteur possible d'une interruption de grossesse, le législateur lui rappelle-t-il,

83. S. GROMB, « La loi du 20 déc. 1988 : la fin d'une hypocrisie », *Rev. int. crim. et police technique*, 1991, p. 26.

84. R. VILLEY, « Déontologie des essais thérapeutiques », *Bull. Ordre national des médecins*, oct. 1979, p. 218.

85. Art. L. 209-3 modif. du *Code de la santé publique*.

86. La récente encyclique *Evangelium Vitae*, rendue publique le 30 mars 1995, condamne formellement « l'avortement direct, c'est-à-dire voulu comme fin ou comme moyen car il constitue un désordre moral grave, en tant que meurtre délibéré d'un être humain innocent ».

87. Les trois grandes religions monothéistes semblent admettre l'avortement dans ce cas (Cf. tableau comparatif *Impact médecin Hebdo*, 7 avril 1995, n° 275).

88. C'est l'interruption dite thérapeutique de la grossesse qui, autorisée sans limite de délai (art. L. 162-12 *Code pénal*), suppose que deux médecins attestent du péril grave pour la santé de la mère, ou de la forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une anomalie grave et incurable. 4521 avaient été pratiquées en 1978 et seulement 2084 en 1985 (« *Quest. éco.* » *J.O. Déb. Ass. nat.*, n° 3 A.N.Q., 21 janvier 1991, p. 226).

indirectement, que, sans l'aide de sa technique, de nombreuses femmes verraient leur santé, voire leur vie compromise⁸⁹.

L'intervention du médecin dans la procréation médicalement assistée est d'une toute autre nature puisqu'il s'agit ici non de prévenir une naissance mais de la favoriser. Encore, certains font-ils remarquer que, pour permettre une naissance, les médecins créent la vie humaine en laboratoire et sélectionnent les embryons qu'ils considèrent aptes à se développer⁹⁰. En outre, faire de l'assistance médicale à la procréation le palliatif de la stérilité n'est-ce-pas, à bon compte, répondre à un symptôme plutôt qu'à sa cause, à un désir — formulé sous le terme de projet parental — plutôt qu'à une réelle pathologie⁹¹?

Tout ceci est vrai dans la mesure où il n'y a aucune nécessité, autre que culturelle, dans le rôle substantiel joué ici par l'intervention médicale.

L'histoire des sociétés nous montre, en effet, qu'il est loisible aux hommes de trouver d'autres mécanismes pour pallier l'impossibilité pour certains couples d'avoir des enfants : relations hors mariage, maternité de substitution, adoption...

Si notre société a recours à l'interposition du médecin et à la pratique médicale plus qu'à la fiction purement culturelle, c'est sans doute que cette manière de faire est plus proche de notre vision de la famille et de notre conception de la morale. N'est-il pas, au demeurant, paradoxal qu'en exigeant tant des donneurs de gamètes que des auteurs du « projet parental » qu'ils constituent des couples hétérosexuels stables, le législateur français ait donné, à travers la procréation médicalement assistée, une image symbolique d'un modèle familial qui n'est plus ni celui qui est pratiqué, ni même celui qui peut se développer seul dans le cadre légal⁹²?

Sans doute, est-ce à ce prix que la souffrance des couples stériles peut-être légitimement reconnue?

Si notre culture a pu, s'agissant de favoriser la naissance, imposer au droit et au médecin un acte qui n'est pas *a priori* thérapeutique, la résistance semble, en revanche, plus forte, s'agissant de répondre à la demande des personnes en fin de vie, d'abrégé leurs souffrances.

(ii) L'assistance aux personnes en fin de vie

Il est malheureusement des situations où les chances de guérison sont vaines, où l'intervention médicale pourrait même apparaître comme un acharnement tant le répit acquis est faible face au surcroît de souffrances imposées. Si chacun s'accorde à rejeter cette sorte d'acharnement thérapeutique par compassion pour la personne en fin de vie⁹³, ce consensus ne règle pas pour autant totalement la question de l'action du médecin.

D'une part, l'absence d'une perspective de guérison ne supprime pas totalement la nécessité d'actes thérapeutiques. Il convient, sinon de prolonger la

89. M. DRAPIER, « La loi relative à l'interruption de grossesse, dix ans après, histoire d'un compromis », *Rev. dr. publ.* 1985, 443.

90. G. MÉMETEAU, « L'embryon législatif », *D.* 1994, chr. 360.

91. G. DELAISI DE PARSEVAL, « Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi », *Esprit*, n° 156, nov. 1989, p. 86.

92. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les concubinages », *CNRS*, Lyon, 1986.

93. L'acharnement thérapeutique « apparaît comme un acte profondément antihumain et attentatoire à la dignité de la personne et à ses droits fondamentaux », J.-L. BAUDOUIN, D. BLONDEAU, « Éthique de la mort et droit à la mort », *Les voies de droit*, Paris, PUF, 1993, p. 89.

survie du patient, du moins, voire plus encore, d'alléger ses souffrances et de préserver la qualité de ses derniers instants⁹⁴. D'autre part, face à des souffrances intolérables et persistantes ou à une dégénérescence irréversible du sujet qui porte atteinte à sa dignité, on doit s'interroger pour savoir si le devoir de compassion peut conduire le médecin, en abrégant les souffrances, à abrégier la vie⁹⁵.

Entre une médecine palliative, qui assiste le mourant dans ses derniers instants, et l'acte du médecin qui délibérément accélère le processus mortel, la différence reste grande en droit⁹⁶, malgré le désir exprimé, de plus en plus ouvertement par certains, d'une aide médicale au choix du moment de la mort⁹⁷.

N'y a-t-il pas là sursaut de dignité individuelle face à une médicalisation de la mort, laquelle nous réduit à l'absence de la famille plus d'ailleurs qu'à la présence du médecin⁹⁸?

Mais, faut-il, pour permettre de dénoncer le désintérêt ou la spéculation d'une famille, obliger le médecin à manquer à son serment, et ce, d'autant que la libre détermination du patient ne sera pas toujours évidente⁹⁹?

De nombreux pays admettent que chacun puisse préalablement donner des instructions sur la manière dont il veut être soigné ou plutôt ne plus l'être dans ces circonstances¹⁰⁰. Il peut même être possible de déléguer ce pouvoir à un mandataire au cas où l'on ne serait plus à même, le moment venu, de s'exprimer à cet égard¹⁰¹. Seuls pourtant les Pays-Bas ont conduit à terme ce changement culturel en faisant échapper le médecin au joug du droit pénal lorsqu'à la demande d'un malade incurable il prodigue à celui-ci les moyens de mettre fin à ses jours¹⁰².

Aussi, lorsqu'il y a doute sur la nature médicale d'un acte d'intervention sur le corps humain, le fait d'en confier exclusivement la responsabilité à un professionnel reconnu, — le médecin —, lève juridiquement ce doute. Mais cet éclaircissement peut-être aussi un dévoiement de l'activité médicale si le recours au médecin ne signifie pas également volonté de faire appel à une éthique ou plus simplement à une conscience.

Dans ce sens, il n'y aurait de monopole médical que parce que celui-ci permettrait l'usage de la clause de conscience.

94. M. DALBECQUE, « Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie », *Rapport pour le Ministère de la santé et de l'Action humanitaire*, janv. 1993 et R. ZITTOUN, « Soins palliatifs ou curatifs : Les guides de la décision. Le médecin, le mourant et l'incurable », *Actes du Congrès international d'éthique*, Paris, mars 1991.

95. Si le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade, il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort (art. 20 *Code de déontologie*).

96. C'est la différence entre la prescription d'une dose de médicament apaisante, licite et l'administration d'une dose toxique, illicite.

97. L'Association pour le droit de mourir dans la dignité a été fondée en 1980 par le sénateur H. Caillavet.

98. Cf. J.-L. BAUDOUIN et D. BLONDEAU, *loc. cit.*, note 93.

99. Voir à ce propos B.D. COLIN, *Le droit à la mort, la tragédie de K. Quinlan*, Paris, Denoël, 1978.

100. C'est le *living will* ou « testament biologique », cf. J.-L. BAUDOUIN et D. BLONDEAU, *loc. cit.*, note 93.

101. Art. 2166-2174 *Code civil du Québec*.

102. La loi est entrée en vigueur en juin 1994, M. HARICHAUX, *La protection des libertés et droits corporels*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 200.

2. La clause de conscience, sauvegarde de la spécificité de l'acte médical

La solidité d'une confiance se mesure à la possibilité de dire non à ceux qui vous en ont investi. Pour que cet acte digne ne soit pas illicite, la loi doit en reconnaître la légitimité. Mais celle-ci doit-elle être générale, au risque de ruiner complètement la confiance accordée au médecin, ou s'appliquer seulement dans des circonstances précises ?

a) *Le fondement de la clause de conscience*

La clause de conscience n'a-t-elle pas un domaine très large puisque l'article 39 du *Code de déontologie médicale* déclare que « le médecin est toujours libre de refuser de donner des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles » ?

Sous réserve des cas d'urgence ou de manquement au devoir d'assistance, le motif de conscience pourrait donc être l'une de ces raisons professionnelles.

Il semble, toutefois, que l'article 47 du *Code de déontologie* marque une approche différente : il est l'expression de la liberté contractuelle du praticien, la contrepartie du libre choix du médecin par le patient. Par conséquent, le motif de conscience n'y apparaît pas ouvertement. Or, pour que la conscience prévale sur la loi, elle doit aspirer à une certaine autonomie pour être « dans son ordre, source de norme ». Il faut que se manifeste spécialement une véritable « objection de conscience ». Par ailleurs étant une opposition au système juridique, à la norme générale au nom du respect de certaines valeurs, la clause de conscience ne saurait être généralisée car elle est « source de désagrégation sociale ». Nécessairement autonome, la clause de conscience doit donc être logiquement réservée à certaines catégories d'actes médicaux.

b) *La consécration de la clause de conscience*

La clause de conscience en tant que motif spécifique de refus d'accomplir un acte médical n'est consacrée expressément par le législateur qu'en matière d'interruption de grossesse¹⁰³. Elle bénéficie aux médecins, tout comme aux sages-femmes, infirmiers et auxiliaires médicaux¹⁰⁴, et s'applique également à l'interruption dite thérapeutique de la grossesse¹⁰⁵.

En dehors de ce cas, on aurait pu imaginer que certaines pratiques biomédicales telles que l'assistance médicale à la procréation aient aussi réservé la possibilité d'une telle clause¹⁰⁶.

Il est intéressant de relever, à ce propos, que dès son premier avis du 22 avril 1984 sur les prélèvements sur des embryons ou des fœtus humains morts, le Comité consultatif national d'éthique avait souhaité que les praticiens et les cher-

103. Art. L. 162-8 *Code de la santé publique*.

104. Mais non au pharmacien s'agissant de la délivrance de contraceptifs (C.A. Besançon, 8 juil. 1980; *Info. Pharma*. 1980, p. 1461; C.A. Lyon, 29 fév. 1982, D. 1982, p. 455).

105. Cf. art. L. 162-13 *Code de la santé publique*.

106. Voir en ce sens le *Projet de recommandation du Conseil de l'Europe sur la procréation assistée*, « Procréation artificielle », Strasbourg, Édit. du Conseil de l'Europe, 1989.

cheurs puissent se prévaloir d'une clause de conscience pour refuser de mettre en œuvre certaines techniques. Il rappellera ce souhait lors de l'avis du 15 décembre 1986 relatif à la recherche sur l'embryon *in vitro*.

Le législateur de 1994 n'aura pas franchi ce pas. Une stricte réglementation des pratiques, voire l'interdiction de certains actes, et la nécessité pour ceux qui veulent exercer les activités réglementées d'être agréés à cette fin l'ont conduit à éluder cette extension tout comme certaines questions (*cf.* le prélèvement de tissus fœtaux) qui auraient pu y mener.

Il n'en reste pas moins que le domaine d'élection de la clause de conscience ne peut concerner que les actes médicaux qui ne sont pas strictement thérapeutiques. Seuls ceux-ci, à raison du risque d'atteinte à l'intégrité ou à la dignité de l'individu, imposent que chaque médecin « devant son propre for, se traduit et s'écoute [...] pour se juger selon sa propre loi ».

CONCLUSION

L'emprise du droit sur la médecine est incontestable¹⁰⁷. Mais cette « emprise » est d'abord, à travers la notion de contrat médical, organisatrice d'une relation sociale, celle qui se noue entre le médecin et son patient, héritière d'une tradition médicale et culturelle fort ancienne.

Le droit conforte ainsi ce mutuel respect tout en permettant aux obligations qu'il implique d'évoluer en fonction des réalités de notre époque.

L'« emprise » de la médecine sur la société n'est pas moins évidente au point que la puissance publique donne à l'activité médicale une place importante dans la mise en œuvre des politiques sociales qu'elle définit, au point que les individus voient dans le recours à la technique médicale le moyen d'accéder à la réalisation de leurs projets.

C'est cette double évolution qui explique et justifie à la fois les limites fixées à l'activité médicale ou thérapeutique et, dans le cadre de la réglementation des pratiques biomédicales, les missions nouvelles reconnues au médecin¹⁰⁸.

Le médecin est ainsi tout à la fois celui par qui le scandale peut arriver et celui dont on attend qu'il en prévienne les causes. C'est dire combien le droit médical est un droit de responsabilité qui fait appel à la conscience du médecin.

Puisse-t-il faire mentir l'aphorisme de Malraux lorsqu'il déplorait « toutes les consciences du passé sont interrogées par nous parce que nous n'en avons pas » (Introduction, Musée imaginaire de la sculpture mondiale).

Christian Byk
62, bd Port-Royal
75005 PARIS — France
Tél. : 01-44-01-89-36
Télec. : 01-43-37-47-10

107. H. NYS, *La médecine et le droit*, Belgique, Kluwer éd. Juridiques, 1995.

108. M. HARICHAUX, *op. cit.*, note 102, p. 200.