



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)
Discipline ou spécialité : Droit privé

Présentée et soutenue par Lucie DEGOY
Le 31 mai 2013

Titre :

ESSAI SUR LA NÉCESSITÉ MÉDICALE

JURY

Monsieur Bruno PY, Professeur à l'Université de Poitiers
Monsieur Daniel VIGNEAU, Professeur à l'Université de Pau
Monsieur Pierre EGEA, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Madame Claire NEIRINCK, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Ecole doctorale : Ecole doctorale Sciences Juridiques et Politiques
Unité de recherche : Institut de droit privé EA 1920
Directeur de Thèse : Claire NEIRINCK, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE
FACULTÉ DE DROIT
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

ESSAI SUR LA NÉCESSITÉ MÉDICALE

THÈSE
pour le doctorat en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 31 mai 2013 par

Lucie DEGOY

MEMBRES DU JURY

Directeur de thèse :

Madame Claire NEIRINCK, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Rapporteurs :

Monsieur Bruno PY, Professeur à l'Université de Poitiers

Monsieur Daniel VIGNEAU, Professeur à l'Université de Pau

Assesseur :

Monsieur Pierre EGEA, Professeur à l'Université de Toulouse

L'Université n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation
aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à remercier tout particulièrement Madame le Professeur Claire Neirinck pour m'avoir offert de traiter ce sujet, pour m'avoir soutenu dans les moments difficiles, et pour sa bienveillance naturelle qui n'a pas d'égal. À son image, j'ai essayé, dans ce travail, de m'approcher du mieux possible de l'honnêteté et de la rigueur scientifique qui la caractérisent.

Mes pensées vont également à ma famille, pivot de mon existence et donc de mon travail, et à mes amis, pour leur indéfectible soutien. La générosité et l'implication de chacun resteront gravées dans ma mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	14
1^{ERE} PARTIE : LA POTENTIALITE DE LA NECESSITE MEDICALE	31
TITRE 1 : LA DECOMPOSITION DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	33
CHAPITRE 1 : LA POLYSEMIE DE LA NECESSITE	34
<i>Section 1 : Les sens extra-juridiques</i>	34
<i>Section 2 : Les déclinaisons juridiques de la nécessité</i>	65
CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU TERME « MEDICAL »	102
<i>Section 1 : L'ambiguïté du terme « médical »</i>	102
<i>Section 2 : Les incidences en matière de responsabilité</i>	147
TITRE 2 : LA RECOMPOSITION DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	158
CHAPITRE 1 : LE DOMAINE INITIAL DE LA NOTION : L'ARTICLE 16-3 DU CODE CIVIL.....	159
<i>Section 1 : La nécessité médicale, fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité du corps humain</i>	161
<i>Section 2 : La nécessité médicale, notion phare de l'ordre public corporel</i>	192
CHAPITRE 2 : LE DOMAINE ETENDU DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	210
<i>Section 1 : Un domaine apparenté au domaine naturel</i>	211
<i>Section 2 : Un domaine étranger au domaine naturel</i>	231
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	264
2^{NDE} PARTIE : L'EFFECTIVITE DE LA NECESSITE MEDICALE	270
TITRE 1 : L'UTILISATION INDESIRABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	273
CHAPITRE 1 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL DE VIOLATION DE L'INTEGRITE CORPORELLE.....	273
<i>Section 1 : Les hypothèses légales aménageant la violation de l'intégrité corporelle sans consentement</i>	275
<i>Section 2 : Les hypothèses contra legem de violation de l'intégrité corporelle sans consentement</i>	301
CHAPITRE 2 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL PERMISSIF DE DISPONIBILITE DU CORPS HUMAIN.....	327
<i>Section 1 : Le contournement légal de l'exigence de nécessité médicale : les hypothèses dérogatoires autorisées</i>	330
<i>Section 2 : Le contournement encore prohibé de l'exigence de nécessité médicale : les hypothèses non autorisées</i>	385
TITRE 2 : L'UTILISATION SOUHAITABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	421
CHAPITRE 1 : LA CONSERVATION PREALABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE.....	421
<i>Section 1 : L'hypothèse du changement pour le critère de la « nécessité thérapeutique » ou un retour en arrière insatisfaisant</i>	422
<i>Section 2 : L'hypothèse du changement pour le critère d'intérêt médical</i>	436
CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DE LA NECESSITE MEDICALE DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES PROFESSIONNELS DE SANTE	443
<i>Section 1 : Un rôle mineur dans le contentieux non indemnitaire</i>	443
<i>Section 2 : Un rôle majeur dans la sanction indemnitaire</i>	462
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	484
CONCLUSION GÉNÉRALE	488
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	506
<u>INDEX</u>	528

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
ARS	Agence régionale de santé
Art.	Article
Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
B.O.	Bulletin officiel
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
C.A.D.A.	Commission d'accès aux documents administratifs
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Chron.	Chronique
Civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Arrêt de la Cour de cassation, 1ère, 2ème, 3ème chambres civiles
CNAM	Caisse nationale d'assurance maladie
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNOM	Conseil national de l'Ordre des médecins
Coll.	Collection
Com.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. constit.	Décision du Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Contraire
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Dr. Fam.	Revue de droit de la famille
D.P.	Recueil Dalloz périodique
Doctr.	Doctrine

Dr. pénal	Revue Droit pénal
Dr. Soc.	Revue Droit social
Droit & Patrimoine	Revue Droit et patrimoine
éd.	Edition
EDCE	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
éd. Hospitalières	Edition les Etudes Hospitalières
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HAS	Haute Autorité de Santé
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
I.R.	Informations rapides
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>In</i>	À tel endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.C.P.	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.O.	Journal officiel de la République française
Journ. Intern. de bioéthique	Journal international de bioéthique
Jurisp.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie de droit et de jurisprudence
Litec	Librairie technique
LPA	Les petites affiches
<i>Mélanges</i>	Mélanges en l'honneur de
O.M.S.	Organisation mondiale de la santé
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
P.U.F.	Presses universitaires de France
Préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif

R.P.D.P.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
R.G.D.M.	Revue générale de droit médical
Rev. intern. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. trim. dr. sanit. soc.	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
Revue admin.	Revue administrative
S.	Recueil Sirey
s.	Suivants
SAS	Section des assurances sociales
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaires commentés
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.G.I.	Tribunal de grande instance, décision du tribunal de grande instance
UNCAM	Union nationale des Caisses d'assurance maladie
V.	Voyez

INTRODUCTION

1. « *Qui ne croirait, à nous voir composer toutes choses d'esprit et de corps, que ce mélange-là nous serait très compréhensible ? C'est néanmoins la chose qu'on comprend le moins. L'homme est à lui-même le plus prodigieux objet de la nature ; car il ne peut concevoir ce que c'est que corps, et encore moins ce que c'est qu'esprit, et moins qu'aucune chose comme un corps peut être uni avec un esprit. C'est là le comble de ses difficultés, et cependant c'est son propre être : Modus quo corporibus adhaerent spiritus comprehendi ab hominibus non potest, et hoc tamen homo est*¹ ». Selon Blaise PASCAL, « la manière dont l'esprit adhère au corps ne peut être comprise par les hommes, et cependant ceci est l'homme ».

Cet extrait des *Pensées* illustre parfaitement le rapport complexe que l'homme entretient avec son corps et la représentation qu'il en a. Deux points importants sont mis au jour dans ce passage : d'abord le constat selon lequel le corps et l'esprit de l'homme seraient unis et indissociables, « *le corps n'est non plus vivant sans le chef que le chef sans le corps*² » ; ensuite, l'impossible compréhension de cette unité, notamment face à la naissance ou à la mort.

2. Depuis le 20^{ième} siècle, les progrès de la médecine et l'évolution des mœurs sont tels que la conception unitaire de l'homme a laissé la place à une seconde conception, celle de la personne et de son corps comme deux entités distinctes. Le rapport de l'homme à son corps peut ainsi être dépeint selon deux théories, l'une unitaire, l'autre reposant sur une représentation duale de l'homme. Le caractère désormais détachable de certains éléments du corps humain en est une explication ; tout comme l'essor de la législation relative au corps humain lui-même.

Madame GIUDICELLI-DELAGE écrit à ce propos : « *On a beau dire que les lois bioéthiques ont proclamé la primauté de la personne, la dissociation formelle donne au biologique une place à part qui, loin de le tenir sous le boisseau, lui donne une identité propre. Si le corps est la personne, le biologique s'y fonde et se soumet aux règles du droit des*

¹ *Pensées*, Blaise Pascal, éd. Flammarion, 1976, II, 72-199, *Disproportion de l'homme*, texte établi par Léon Brunschvicg, éd. Hachette, 1897, Paris.

² *Ibid.*

personnes. Si le corps n'est pas la personne, le biologique refait surface et peut revendiquer des règles autonomes³ ». L'auteur semble déduire de l'existence de règles spécifiques appliquées au corps humain que les deux concepts de corps et de personne sont désormais dissociés par leur régime juridique.

3. Toutefois, une partie de la doctrine juridique s'accorde pour dire que, malgré cette apparence de dualité, la conception unitaire de l'homme et de son corps demeure la seule possible⁴. Selon Monsieur Xavier BIOY, « l'idée d'unité de la personne, comme indivisibilité du corps et de l'esprit, ou, en termes plus juridiques, l'union de la volonté et du corps, peut se réclamer d'une longue tradition. Elle reste la mieux admise et la plus largement partagée ». En effet, selon CARBONNIER, « le corps c'est la personne et de ce qu'il est la personne elle-même, le corps tire sa place toute particulière dans le droit. Il a en quelque manière un caractère sacré⁵ ».

CARBONNIER a également écrit que : « le corps est le médiateur de l'âme et le truchement nécessaire de toute vie spirituelle, intellectuelle, affective, sensorielle, professionnelle ou matérielle⁶ ». Plus qu'un intermédiaire indispensable, le corps est la condition nécessaire à la vie des personnes. On n'a encore vu aucune vie humaine en dehors d'un corps.

4. Le développement du concept de « personne humaine » a d'ailleurs permis de désigner à la fois le sujet de droit et le corps humain⁷. En effet, Monsieur BIOY écrit que « le système juridique recherche dans le concept de personne cette unité du sujet menacée par les pratiques biomédicales qui tendent à séparer esprit et corps, à les traiter séparément, l'un indépendamment de l'autre ».

5. Pourtant, certains auteurs ne sont pas du même avis et vont même jusqu'à considérer que de nos jours, le corps est détachable de la personne dans les faits, et qu'il conviendrait pour le droit d'en tenir compte. Ainsi, Monsieur Xavier LABBE écrit : « Les juristes ont longtemps été horrifiés par la réification du corps humain simplement parce qu'ils ont toujours associé ce mot à la propriété. Cette notion est porteuse de la toute puissance du

³ « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », Geneviève Giudicelli-Delage, RSC, 1996, p. 26.

⁴ Cela semble être une idée satisfaisante sous la condition que cela n'induisse pas que la volonté de la personne gouverne totalement la disposition du corps.

⁵ J. Carbonnier, « Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales », Paris, D. 2000, n° 4.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF Thémis, 22^{ème} éd., n° 210.

⁷ V. « Le concept de personne humaine en droit public- Recherches sur le sujet des droits fondamentaux », Xavier Bioy, thèse de doctorat, Toulouse, 2001.

propriétaire qui peut vendre son bien et même le détruire. Or le corps humain est traditionnellement hors du commerce, indisponible, inviolable à l'image de la qualité de "sujet de droits" qui stigmatise la personne. C'est pourquoi on a préféré nier la dissociation de la personne et de son corps et ne pas voir la réalité, affirmant que "le corps c'est la personne". Cet amalgame un peu hypocrite a été entretenu pendant les soixante-dix premières années du XXe siècle comme l'a si bien montré Jean-Pierre Baud dans son livre "La main volée"⁸. On a préféré masquer l'évidence, affirmer que le corps est protégé par un "droit de la personnalité"... jusqu'au jour où les progrès de la médecine et de la science ont été tels qu'il n'a plus été sérieusement possible de nier la dissociabilité du corps et de la personne. Le corps n'est pas la personne. Il n'est qu'un accessoire mis au service de la personne dont il est détachable. C'est donc une chose. Faut-il pour autant parler de "propriété" ? Peut-être pas. Pourquoi ? »⁹.

6. Matériellement, il est inexact de considérer que le corps humain est détachable de la personne. On a encore vu aucune personne exister en dehors d'un corps. Ce ne sont que

⁸ Dans le texte : V. également A. Leca, *Corpus id est persona* : Les cahiers de droit du sud est, n° 2, PUAM, p. 37 et s. qui fait l'inventaire des "doctrines orthodoxes identifiant le corps à la personne".

⁹ L'auteur poursuit : « Aujourd'hui, bon nombre d'auteurs ravivent une très ancienne analyse qui dit que l'homme entretient sur son corps un droit de propriété (V. par ex., B. Lemennicier, *Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi* : Droits 1991, n° 13. – J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique* : Thèse Bordeaux, 1990. – J.-P. Baud, *La main volée* : Éd. Seuil. – Et plus généralement, JCl. Civil Code, Art. 16 à 16-3, fasc. 50, n° 16 s.). Cette analyse est en totale rupture avec la doctrine des soixante-dix premières années du XXe siècle qui refusait de dissocier le corps de la personne et qui affirmait que le corps est la personne. Bien sûr, le corps est une chose et la référence au droit de propriété permet de comprendre certains caractères du droit sur le corps humain. De même que le droit de propriété est opposable à tous, de même "chacun a droit au respect de son corps". Et puis le qualificatif "inviolable" employé par le législateur en 1994 à propos du corps humain évoque bien le droit de propriété, "inviolable et sacré" selon la Déclaration des Droits de l'Homme. Enfin, le caractère absolu du droit de propriété permettrait de comprendre l'impunité du suicide, ultime expression de l'abus. Il en irait de même pour l'IVG qui ressemble effectivement à une banale automutilation.

(...) En dépit de la volonté déclarée du législateur de 1975 qui voulait en réserver la pratique à des situations "sans issue", l'IVG est devenue dans les faits une opération banale. On recense environ 200 000 IVG par an (A. Villain, M. Collet, M. Moisy, *Les IVG en France en 2007* : [www. Sante.gouv.fr](http://www.Sante.gouv.fr)). Et donc en trente ans environ six millions d'opérations... Il ne s'agit donc pas d'une pratique d'exception. (...)

Le nouveau Code pénal ne s'est pas contenté de rebaptiser l'avortement en "interruption volontaire de grossesse" pour déculpabiliser la candidate à l'opération. D'abord, une loi discrète du 27 janvier 1993 (L. n° 93-121, 27 janv. 1993 : *Journal Officiel* 23 Avril 1993) a supprimé purement et simplement l'incrimination de l'auto avortement. La femme qui pratique l'interruption de grossesse sur elle-même est impunie. (...) Cette loi a aussi créé un nouveau délit, non moins significatif : le délit d'entrave à l'IVG dont le dispositif pénal sera remanié un peu plus tard. La femme a donc le droit de faire ce qu'elle veut de son corps et personne ne doit l'en empêcher. Ce droit absolu évoquerait l'abus du propriétaire(...) Dans un tel paysage, il est impossible d'évoquer une "personnalité" (même potentielle) de l'enfant in utero dont le sort évoque davantage celui d'un organe dont la femme cherche à se séparer plutôt que celui d'un enfant. Le mot "automutilation" apparaît donc assez juste pour qualifier l'opération. Faut-il pour autant conclure brutalement à la "propriété de soi-même" ? La tentation est forte et pourtant l'analyse nous paraît excessive. », Xavier LABBE, JCl. Civil Code, Art. 16 à 16-3, fasc. 54, n° 4 et s.

certaines éléments du corps humain qui sont détachables du corps. Il semble que le raccourci opéré entre certains éléments du corps et le corps lui-même soit féroce inopportun.

7. Concilier les deux visions doctrinales semble admissible en considérant que la dualité est d'ordre formel ou catégoriel alors que l'unité serait de l'ordre des principes fondamentaux. Comme l'écrit Madame Stéphanie HENETTE-VAUCHEZ : « *Il s'agit à présent de déterminer l'influence des ces représentations dualistes du corps et de la personne sur le discours juridique. Une des premières traces de cette influence réside dans l'autonomisation progressive du corps par rapport à la personne, qui débouche notamment sur le fait qu'il devient une catégorie juridique à part entière. Pour autant, cette autonomisation catégorielle, de structure, n'empêche pas la pérennité principielle, fondamentale, de l'assertion selon laquelle le corps et la personne sont indissociés*¹⁰ ». Ainsi, le caractère indissociable du corps humain et du sujet du droit ne doit pas faire de doute dans la théorie juridique : c'est un principe pérenne.

Il est vrai, lorsque le code pénal prévoit de réprimer les atteintes à la « personne humaine », il s'agit en partie de sanctionner les atteintes à l'intégrité physique de la personne. De même, le code civil prévoit que chacun a droit au respect de son corps et que celui-ci est inviolable dans sa partie relative aux personnes. L'un et l'autre apparaissent comme intrinsèquement liés dans les textes de lois.

8. La question de savoir si le corps et la personne forment un tout indissociable ou non ne n'est posée qu'à partir de l'instant où les possibilités de détachement et d'exploitation de parties ou d'éléments du corps ont acquis un enjeu de taille. Avant le 20^{ème} siècle, les possibilités restaient anecdotiques¹¹. C'est avec la réalisation de prélèvements de cornée¹² et le développement des transfusions sanguines que la doctrine juridique s'est véritablement posée la question du statut du corps humain. Avant que la science médicale n'évolue sur ce point, le statut du corps humain ne suscitait pas ces interrogations. Ainsi, dès le milieu du 20^{ème} siècle, la doctrine juridique a cherché à rappeler le caractère indissociable du corps et de la personne, dans un but de protection de celui-ci.

¹⁰ « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* », Stéphanie Hennette-Vauchez, préface d'Etienne Picard, texte remanié de thèse de doctorat, éd. L'Harmattan, collection logiques juridiques, 2004.

¹¹ Le don de lait maternel est l'exemple le plus ancien. Certaines règles régissant les nourrices se retrouvent dans le Code d'Hammurabi, rédigé vers 1760 avant Jésus-Christ. V. Marie-Joseph Seux, *Lois de l'Ancien Orient*, Paris, éd. Le Cerf, coll. « Cahiers Évangile », 1986.

9. Assurément, le questionnement relatif au « statut » juridique du corps humain n'a d'intérêt qu'au regard de la protection qui en découle. Associer le corps à la personne juridique implique une protection plus optimale. En effet, séparer le corps humain de la notion de personne juridique aboutirait à le faire entrer dans la catégorie des choses, selon *la suma divisio*, ou à tout le moins à le priver du régime protecteur du sujet de droit. C'est d'ailleurs ce que certains auteurs prétendent concernant les éléments détachables du corps humain, en les qualifiant de « choses humaines¹³ ». Séparer une partie de son corps du corps lui-même aurait pour conséquence de faire basculer l'élément corporel dans la catégorie juridique des choses et non plus des personnes, modifiant alors son régime juridique.

10. Toutefois, à l'origine, la partie du corps humain qui a été détachée faisait partie intégrante de celui-ci. L'élément détachable est donc soumis, au départ, aux règles de protection du corps humain. Ainsi, avant de tomber sous le joug du régime spécifique des éléments et produits du corps humain, l'organe ou le produit doit logiquement être protégé par les règles applicables au corps humain et donc à la personne humaine.

11. La question de l'intégrité corporelle prend alors tout son sens. L'intégrité se définit comme la qualité de ce qui est entier : « *l'état d'une chose qui a toutes ses parties, qui n'a pas subi d'altération* ». Appliquée au corps, l'intégrité désigne un corps qui n'a pas subi d'altération, qui a toutes ses parties, qui est entier. Lorsqu'on protège l'intégrité du corps humain, on cherche inévitablement à empêcher les atteintes et donc à éviter, notamment, le détachement de certains éléments¹⁴.

Comment expliquer alors que le droit proclame d'un côté le droit à l'intégrité corporelle comme un droit fondamental et que coexistent en parallèle des possibilités multiples de porter atteinte au corps humain et d'en détacher des éléments ? La personne humaine est-elle efficacement protégée par le droit ?

¹² Première greffe de cornée en 1887 par Von Hippel.

¹³ V. « *Les choses humaines* », Elodie Bayer, Thèse, Toulouse, 2003.

¹⁴ Hormis les hypothèses de détachement, la blessure injustifiée est bien évidemment source de responsabilité pour le professionnel de santé. V. l'arrêt récemment rendu par la Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 12-13.900 : L'atteinte à un organe ou à une partie du corps non visé par une intervention constitue en soi une faute.

Pour tenter de répondre à cette interrogation de première importance, il faut d'abord se demander quelles sont les règles de protection du corps humain et quelles sont leurs raisons d'être.

12. Traditionnellement, le droit pénal est le premier à poursuivre la protection du corps humain à travers l'édiction des infractions contre les personnes. C'est notamment la protection de l'intégrité physique qui est recherchée, à travers les diverses incriminations d'agressions sexuelles, de violences, de tortures et actes de barbarie, et d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne. Au sein des « atteintes à la personne humaine », le code pénal traite également des « atteintes à la vie de la personne ». On voit clairement que protéger le corps humain revient à protéger la vie humaine. Malgré l'évidence que cela peut constituer, il est important de souligner que la raison d'être principale des règles de protection du corps humain tient à la protection de la vie des personnes.

13. En dehors des hypothèses d'actes délictuels ou criminels visant à blesser ou attenter à la vie d'une personne, existe-t-il d'autres cas dans lesquels le corps d'une personne peut être altéré par autrui ?

14. L'activité médicale engendre quotidiennement des atteintes au corps humain qui semblent *a priori* être exclues du champ d'application du droit pénal. La protection du corps humain et de son intégrité se réalise alors à travers d'autres règles de droit, inscrites notamment au sein du code civil et du code de la santé publique, et aux termes desquelles des critères d'atteintes sont posés.

Ces critères constituent une autorisation expresse de la loi de porter atteinte au corps humain, dans certains cas, sous condition du respect du consentement de la personne. Avant de les exposer, rappelons que ces critères d'atteintes sont récents puisque la première loi à faire état d'un critère général est celle du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Ce texte a créé les articles 16 à 16-9 du code civil constituant un chapitre intitulé « du respect du corps humain » dont l'ensemble des dispositions sont d'ordre public.

Le respect du corps humain et l'inviolabilité de celui-ci sont parmi les premières prescriptions de la loi du 29 juillet 1994. L'inviolabilité est une « forme d'intangibilité »¹⁵. Intangibilité signifie, selon sa racine latine, qu'on ne peut toucher. Le corps humain intouchable ? Intouchable selon certaines règles, selon les rites et les mœurs d'une

¹⁵ Selon le *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, Association Henri Capitant, éd. puf quadrige, 2010.

civilisation. On comprend mieux le sens du principe d'inviolabilité en considérant l'infime quantité de subjectivité qu'il apporte à l'intangibilité. En effet, « inviolabilité » est une forme dérivée de la racine *violare*, ayant à l'origine une signification tout à fait physique (la qualité de ce qui n'est pas « violable »). Avec le temps, le sens figuré, empruntant le respect dû à quelque chose ou à quelqu'un, est devenu le fait de ne pas outrager ou porter atteinte à la « chose » inviolable. Le caractère sacré s'est quelque peu immiscé dans la notion. Ainsi, le corps « violé », au sens étymologique du terme, est le corps sur lequel est pratiquée une violence, c'est-à-dire un acte non consenti. Le principe d'inviolabilité du corps, c'est-à-dire un état du corps inviolable et inviolé, permet d'introduire une notion porteuse de subjectivité : la volonté.

Le caractère non patrimonial du corps, de ses éléments et de ses produits est ensuite affirmé¹⁶. Enfin, c'est l'article 16-3 du code civil qui prévoit qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne » ; et son alinéa 2 poursuit : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

15. Bien évidemment, ces principes préexistaient à l'adoption de la loi de 1994 mais n'étaient pas explicitement formulés. Notamment, et sans que ces exemples soient exhaustifs, le corps était hors du commerce juridique¹⁷ et la jurisprudence condamnait, de longue date, les médecins qui portaient atteinte à l'intégrité d'une personne en dehors d'une indication thérapeutique¹⁸. Avant l'adoption de cette première loi « bioéthique¹⁹ », l'activité médicale bénéficiait donc déjà d'une impunité au regard des règles du droit pénal. Comme l'a démontré Monsieur Bruno PY²⁰, l'activité médicale était alors justifiée par une autorisation tacite de la loi tenant à l'utilité thérapeutique de l'acte pratiqué, c'est-à-dire à la poursuite d'un but curatif

¹⁶ En outre, depuis une loi du 19 décembre 2008, il a été précisé que le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, à l'article 16-1-1 du code civil.

¹⁷ Article 1128 du code civil « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » sur le fondement duquel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a qualifié d'illicite la convention de mère porteuse comme contrevenant aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes.

¹⁸ Par exemple, à propos du transsexualisme : CA, Aix-en-Provence, 23 avril 1990, JCP, 1991, II, 21270, note Gérard Memeteau.

¹⁹ Le terme n'était pas encore employé en 1994. Il ne l'a été que pour la réforme des lois de 1994, en 2004 (loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique).

²⁰ Bruno Py, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Thèse de doctorat, Nancy II, 1993.

pour la personne²¹. Cette autorisation implicite découlait notamment de l'organisation par la loi de la profession médicale qui attribuait au médecin la mission de « *prendre part habituellement (...) à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement des maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées*²² ». De façon parfaitement logique, les membres du corps médical ne pouvaient qu'être implicitement autorisés à pratiquer les actes permettant de diagnostiquer ou traiter les maladies ou affections. En outre, une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, prévoit les actes professionnels que le médecin régulièrement diplômé est amené à accomplir. Pour les actes ne pouvant être qualifiés de « thérapeutiques », une autorisation expresse de la loi était alors indispensable ; le cas, par exemple, de l'avortement à travers la loi de 1975.

16. Pour reprendre l'expression de CARBONNIER, « *toute loi est en soi un mal* » puisqu'en venant affirmer ces principes, l'intention du législateur était de pouvoir y porter atteinte en créant concomitamment des dérogations majeures. Une seconde loi du 29 juillet 1994²³, insérée dans le code de la santé publique, est venue régir le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain ainsi que l'assistance médicale à la procréation et le diagnostic prénatal. Il s'agissait donc de dérogations expresses à l'exigence posée à l'article 16-3 du code civil : l'hypothèse de la nécessité thérapeutique pour la personne.

17. De façon inattendue, pour le moins discrète, le critère fondamental permettant de déterminer la limite au-delà de laquelle les actes attentatoires au corps humain ne sont plus licites, a été modifié. L'importance de cette modification a été gravement minimisée et l'impact à venir volontairement éludé. C'est, en effet, à travers la loi du 27 juillet 1999²⁴ créant la couverture maladie universelle que la permission de la loi d'attenter au corps humain s'est muée en « nécessité médicale », faisant à jamais disparaître le critère de la nécessité thérapeutique. De l'aveu même des parlementaires, cette loi « fourre-tout » a, au dernier moment, prévu de réformer le principe de l'article 16-3 du code civil. L'exception à

²¹ La proposition d'autorisation formulée par M. Py revêt également les caractères suivants : un acte avec un but curatif, de bonne qualité, et répondant à la règle de la raison proportionnée : « *N'est pas pénalement responsable le médecin qui pour améliorer la santé d'une personne accomplit sur le corps de cette personne un acte médical de qualité, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et l'intérêt de la santé de la personne* », Thèse, op.cit., p. 267.

²² Article L. 4161-1 du code de la santé publique (ancien L. 372-1 du même code).

²³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

l'inviolabilité du corps humain a donc été réformée dans le cadre d'une loi relative à la sécurité sociale. Il est permis de se demander s'il est un plus grand principe que celui de l'inviolabilité du corps humain ; celui-ci participant directement à la protection de l'intégrité corporelle, donc à la protection de la personne comme nous venons de l'exposer, et finalement à la protection de la vie humaine. Or, à la lecture des historiques officiels des lois dites « bioéthiques »²⁵, la loi du 27 juillet 1999 n'apparaît jamais puisque précisément elle n'en est pas une, son but étant tout autre. Pourtant, elle a modifié un des principes fondamentaux de la bioéthique : celui qui rend licite l'action des professionnels de santé sur le corps humain.

18. Fort heureusement, d'autres principes juridiques sont au fondement de la protection du corps humain. Parallèlement aux dispositions légales protectrices du corps humain, qui viennent d'être énoncées, deux grandes notions permettent de fonder et d'expliquer l'ensemble des règles de protection du corps humain. La recherche de sauvegarde de la dignité humaine et la notion d'ordre public constituent à la fois un soubassement de la protection du corps humain et l'inspiration de celle-ci.

19. Pour illustrer ce propos, il suffit d'étudier l'arrêt très commenté, rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 18 octobre 2011²⁶, dans l'affaire *Brüstle contre Greenpeace*. Celui-ci est, en outre, une preuve assez claire de la reconnaissance et de l'intérêt que présente la théorie de l'unité du corps et de la personne.

Dans le cadre d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de la directive sur la brevetabilité des biotechnologies, il était question de savoir si l'embryon humain et d'autres cellules dérivées de celui-ci pouvaient faire l'objet d'un brevet. La Cour a dû se demander ce qu'était l'embryon humain et quelles règles s'appliquaient à lui. Il s'agissait donc de qualifier des éléments détachables du corps humain et de déterminer leurs régimes juridiques. Dans sa solution, la Cour assimile l'embryon humain au corps humain afin de lui donner une protection optimale, suivant en cela les conclusions de l'Avocat Général. La Cour donne de l'embryon humain une définition uniforme et large, qui tient compte de l'interprétation de la Grande chambre de recours de l'Office européen des brevets. Cette définition, la première à

²⁴ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

²⁵ Celui de la documentation française notamment :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/historique-lois-bioethique.shtml>

²⁶ CJUE, grande chambre, 18 octobre 2011, affaire C-34/10., *Brüstle c/ Greenpeace*.

être donnée en Europe, a une portée bien supérieure à celle du droit des brevets, notamment dans le domaine de la recherche et de l'éthique biomédicale.

Selon la Cour, « *il ressort de l'exposé des motifs de la directive que si celle-ci vise à encourager les investissements dans le domaine de la biotechnologie, l'exploitation de la matière biologique d'origine humaine doit s'inscrire dans le respect des droits fondamentaux et, en particulier, de la dignité humaine. Le seizième considérant de la directive, en particulier, souligne que « le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme »*²⁷.

Mais surtout, la Cour rappelle l'interdiction de principe posée par l'article 5 de la directive : le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ne peut constituer une invention brevetable. En outre, elle analyse l'article 6 2 c), interprété au regard du 38^{ème} considérant de la directive (qui précise que tous les procédés dont l'application porte atteinte à la dignité humaine doivent être exclus de la brevetabilité) comme y apportant une sécurité additionnelle. La Cour estime alors que « *le contexte et le but de la directive révèlent ainsi que le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité, dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté* »²⁸.

Le droit des brevets ne peut s'exercer que dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'homme.

20. L'exclusion de la brevetabilité se fait sur le fondement du respect de la dignité humaine et de l'intégrité corporelle, notions intimement liées.

Selon l'Avocat général, cette limitation législative, dont la dimension est universelle, traduit aussi, malgré la divergence des États membres sur la définition de l'embryon, une réalité profonde, à savoir que les « *notions d'ordre public et de bonnes mœurs correspondent, notamment, à des principes éthiques ou moraux reconnus dans un État membre, dont le respect s'impose tout particulièrement en matière de biotechnologie*²⁹ ». Comme le souligne Monsieur Christian BYK, le fondement de cette solution tenant au respect de l'ordre public est conforté par « *les accords nationaux pertinents*³⁰ ».

²⁷ Arrêt précité, point 32.

²⁸ Arrêt précité, point 34.

²⁹ Avocat général, conclusions, point 77.

³⁰ « *L'article 27, paragraphe 2, de l'accord ADPIC stipule que les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale pour protéger l'ordre public et la moralité. De même, l'article 53, sous a), de la convention de Munich indique que les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne sont pas brevetables. On sait, à cet égard, que la Cour a tenu à ne pas s'éloigner de la position adoptée en 2008 par La Grande Chambre*

Enfin, la solution de la Cour ne porte pas seulement sur l'embryon lui-même. Il s'agit de la notion d'élément « *de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain* ». Tout élément, qui met en route le processus de la vie humaine, doit ainsi être considéré comme entrant dans la définition de l'embryon humain. Les autres cellules en cause³¹ sont donc également protégées par le régime applicable au corps humain dans la directive, puisque celui-ci ne peut, aux différents stades de sa constitution et de son développement, constituer une invention brevetable.

La protection n'est pas revendiquée au nom d'une identité personnelle de l'embryon toujours difficile à reconnaître, mais au nom du simple fait que l'on est en présence d'un corps humain vivant.

21. La seconde inspiration des règles de protection du corps humain est constituée par l'ordre public, parfaitement imbriqué dans la notion de dignité humaine, et parfois qualifié d'ordre public « corporel » ou encore d'ordre public « de protection ».

La Cour de cassation l'a récemment rappelé au sujet de l'exposition très controversée « Our body, à corps ouverts ». Le litige opposait une société ayant organisé une exposition de cadavres humains « plastinés » ouverts ou disséqués, installés, pour certains, dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports, et montrant ainsi le fonctionnement des muscles selon l'effort physique fourni, et les associations "Ensemble contre la peine de mort" et "Solidarité Chine", qui alléguaient un trouble manifestement illicite au regard des articles 16 et suivants du code civil, L. 1232-1 du code de la santé publique et 225-17 du code pénal, et soupçonnaient par ailleurs un trafic de cadavres de ressortissants chinois prisonniers ou condamnés à mort. Pour interdire cette exposition, la Cour d'appel s'était notamment fondée sur l'absence de preuve de consentement des personnes ainsi exposées, alors que la Cour de cassation s'est fondée sur la contrariété du contrat à l'ordre public français. En effet, elle a

de recours de l'Office européen des brevets dans l'affaire WARF précitée, l'article 28 c) de la Convention sur le brevet européen reprenant les termes de l'article 6 2 c de la directive. », Christian Byk, Directive 98/44/CE. - Inventions biotechnologiques. - Cellules souches embryonnaires humaines – Brevetabilité, Journal du droit international (Clunet), n° 1, janvier 2013, p. 5.

³¹ La Cour déduit de son raisonnement que « tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré, comme un « embryon humain » et que « doivent également se voir reconnaître cette qualification l'ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté, et l'ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse ». Le seul doute concerne les cellules souches obtenues à partir d'un embryon humain au stade de « blastocyte », pour lesquelles la CJUE renvoie à l'interprétation du juge national le soin : « *de déterminer, à la lumière des développements de la science, si elles sont de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain et relèvent, par conséquent, de la notion d'« embryon humain » au sens et pour l'application de l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive* ».

jugé que l'exposition des cadavres humains poursuivait des fins commerciales et, ce faisant, était contraire à l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, imposant de traiter les restes des personnes décédées avec respect, dignité et décence. Il ressort de ces décisions une confrontation entre deux conceptions de la protection du cadavre avec d'un côté une logique individuelle et libérale basée sur le consentement de la personne et de l'autre une logique collective et absolue fondée sur l'ordre public. La Cour de cassation a tranché en faveur d'une conception Kantienne³² de la question. Dans le même ordre d'idées, depuis la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, une personne ne peut décider en pleine liberté de la destinée de ses cendres. Conformément à l'article L. 2223-18-2 du Code général des collectivités territoriales, plusieurs solutions s'offrent à la personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles³³. En effet, elle peut décider de conserver l'urne ou de répandre les cendres. Dans le premier cas, les urnes funéraires sont déposées dans un cimetière ou un site cinéraire communal, puisque la loi maintient l'interdiction des sites privés³⁴. Dans le second, la liberté est plus grande car les cendres peuvent être dispersées soit dans l'enceinte d'un cimetière ou d'un site cinéraire (jardin du souvenir), soit en pleine nature, sauf sur les voies publiques. Il peut alors s'agir d'un lieu public ou privé³⁵.

22. Qu'il s'agisse de la question des cellules embryonnaires ou de celle du cadavre humain, la protection qui leur est apportée par le droit se justifie par le fait que ceux-ci ont été la personne ou vont devenir une personne. Le fait que la personne ait habité ce corps ou le fait que ces cellules deviennent une personne expliquent la protection dont ils font l'objet. C'est donc bien la protection de la personne qui est recherchée à travers la protection du corps humain. Dès lors, pourquoi parler de dissociation des concepts ? La dissociation apparaît comme étant seulement matérielle ou physique.

³² Inspirée du droit romain mais aussi de Rousseau et de Kant, la représentation française de l'autonomie a un sens beaucoup plus étroit que la conception anglo-saxonne : c'est la capacité de poser et respecter des devoirs universels, des lois, envers les autres et envers soi-même comme membre de l'humanité. Selon cette idée, un être autonome ne peut vouloir rationnellement un comportement qui n'est pas universalisable. Dans cette conception, la notion de dignité n'est pas synonyme de liberté autonome. Elle comporte une dimension objective, qui se fonde sur l'appartenance de l'individu à l'humanité, qui amène à faire prévaloir, quand est en cause une valeur propre à la condition humaine, l'universel sur les préférences singulières.

³³ Dans un premier temps, et dans l'attente d'une décision relative à la destination des cendres, l'urne cinéraire peut être conservée au crématorium pendant une période qui ne peut excéder un an ou dans un lieu de culte, avec l'accord de l'association chargée de l'exercice du culte.

³⁴ V. Isabelle Corpart, *Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008*, Droit de la famille n° 3, Mars 2009, étude 15.

³⁵ Il faudra que les détenteurs de l'urne fassent une déclaration à la mairie de la commune du lieu de naissance du défunt pour indiquer le sort qu'ils réservent aux cendres (art. L. 2223-18 du code général des collectivités territoriales).

23. Comme certains l'ont écrit, il faut prendre garde du danger que constitue aujourd'hui la réapparition possible de « l'inhumain » dans les sociétés démocratiques d'aujourd'hui. Madame Catherine SEVELY-FOURNIE³⁶ appelle à la vigilance, malgré l'existence de l'Etat de droit, de la pyramide des normes, du contrôle de constitutionnalité et du recours effectif à la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'il convient de garder face aux progrès de la médecine, de la génétique et de la biologie ; dans la crainte que « *les belles paroles ne soient pas étayées par de bonnes raisons*³⁷ ».

Madame SEVELY-FOURNIE interpelle les consciences en écrivant: « *L'humanité est une espèce inventive, l'histoire est son laboratoire, avec à l'horizon le risque permanent de voir surgir des apprentis sorciers qui confisquent la loi et s'approprient la définition de ce que doivent être l'Homme et le Monde. Mais si l'inhumain du siècle passé était en effet essentiellement le résultat d'un projet politique ou idéologique d'Homme nouveau, le problème se pose aujourd'hui en des termes inédits, car c'est justement aujourd'hui « avec les manipulations génétiques, qu'on s'apprête à changer réellement l'homme, à modifier l'espèce », et ce, alors même qu'il n'y a plus de projet*³⁸, et qu'il faut craindre qu'une sacralisation de la technique ou la loi du marché trop prompt à négocier la dignité ne s'immiscent sournoisement dans cette vacance³⁹. L'auteur craint que la sacralisation de la technique médicale ou la loi du marché (c'est par exemple la question de la brevetabilité de l'embryon), ne viennent constituer des prétextes et des justifications à la réalisation d'actes contraires à la dignité et confinant à « l'inhumain », selon l'excellente définition qu'elle en donne.

24. Le droit positif résultant des successives lois, dites de « bioéthiques », et du changement du critère constituant l'autorisation de la loi de porter atteinte à l'intégrité

³⁶ « *Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité* », Catherine Sévely-Fournié, RSC, 2005, p.483.

³⁷ Primo Levi, *Les naufragés et les rescapés*, Paris, 1986, Gallimard, p. 197.

³⁸ Le terme « projet » est italique dans le texte et la référence est la suivante : « A. Badiou, *Le siècle, L'ordre philosophique*, Seuil, 2005, p. 21. Aujourd'hui, c'est la technique qui devient son propre projet et qui fait loi. Cette tendance des biotechnologies ou des nouvelles technologies de l'information et de la communication à réduire l'humain à un simple matériau rend plus que jamais nécessaire le rappel de la fonction anthropologique du Droit. V. à ce sujet le bel essai d'A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, La coulours des idées, Seuil, 2005 ».

³⁹ L'auteur écrit en référence : « Ce nouveau pouvoir sur le vivant nous fait toucher du doigt « les dangers des utopies du bien » (C. Labrusse-Riou, *L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne*, Droits, n° 13, Biologie, personne et droit, p.19 et s). Comme le note très justement Christian Lavalie : « C'est en effet l'inviolabilité de la personne humaine, voire même sa définition qui sont aujourd'hui menacées par les exceptionnelles manipulations techniques générées par le développement de la recherche scientifique et

corporelle, donc nécessairement à l'inviolabilité du corps et à la dignité humaine assure-t-il une protection efficiente du corps et donc de la personne humaine ?

Le cœur de cette réflexion réside inévitablement dans la notion permettant de justifier les atteintes à l'intégrité du corps humain. La nécessité médicale remplit-elle le rôle qui lui a été assigné ? S'agit-il d'une notion saisissable ? Comment la définir ? Il convient, à cette fin, de se demander quels sont les changements apportés par le choix de cette notion. Il est également indispensable d'examiner les véritables raisons de la réforme de la notion de nécessité thérapeutique. Comme l'a rappelé la Cour de Justice de l'Union Européenne, dans l'arrêt rendu le 18 octobre 2011 sur la brevetabilité de l'embryon humain, le choix sémantique, dans ce domaine, est d'une importance toute particulière. *« L'arrêt de la Cour relève par deux fois l'exigence d'une rigueur de langage et de raisonnement (...) Dans ces deux cas, la Cour remonte aux sources de l'éthique philosophique. Celle-ci s'est en effet élevée contre l'habileté langagière des sophistes qui aboutissait à l'injustice et à la violence en se déroband à la rigueur du raisonnement. Il est bon de rappeler l'exigence de vérité comme règle éthique de tout langage, d'autant plus dans les débats parfois passionnés concernant la biomédecine. Certains mots n'apportent pas de précision scientifique mais sont créés pour se dédouaner d'une instrumentalisation du corps humain ⁴⁰ ».*

Avant même la formulation expresse du critère contenu à l'article 16-3 du code civil, Monsieur Bruno PY relevait déjà le caractère inadapté du terme « médical » en tant qu'élément constitutif d'une cause objective d'irresponsabilité pénale : *« La notion d'intérêt médical englobe-t-elle l'intérêt du médecin ou de la médecine ? La formation du médecin, l'expérimentation d'un médicament ont un intérêt médical, pourtant il ne s'agit pas d'actes à but curatif ».* Il en déduit que *« l'imprécision de ces notions empêche d'en faire un réel critère de licéité de l'acte médical ».*

25. Ainsi, l'étude du sens de la notion se révèle indispensable. L'accolement des termes « nécessité » et « médicale » n'est pas originelle ; elle résulte d'un accident de parcours. Cette notion ne préexistait pas à son édicition en 1999. Elle n'a pas fait non plus l'objet d'une quelconque étude lors de son adoption. Que signifie donc le terme « nécessité » ? Que signifie réellement le terme « médical » ? Mais surtout, la fusion des deux termes engendre-t-elle une

favorisées par les logiques du désir et du profit » (C. Laviaille, « De la difficulté de légiférer sur le vivant », in De la bioéthique au biodroit, sous la dir. de C. Neirinck, LGDJ, coll. Droit et société, n° 8, 1994, p.13). »

⁴⁰ Brice de Malherbe, Jean-Christophe Galloux, « L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », Propriété industrielle n° 9, Septembre 2012, étude 15.

notion homogène et cohérente ? Ce qui qualifiait la nécessité a été modifié. Les conséquences du changement de qualificatif de la nécessité sont inévitables. Par ailleurs, s'agit-il de l'état de nécessité utilisé en droit pénal pour exonérer de responsabilité l'auteur d'un acte incriminable ? Il s'agit de présenter et d'exploiter le potentiel de définition de la notion de nécessité médicale et d'exposer ses manifestations dans les textes en vigueur. La potentialité désigne l'état de ce qui existe en puissance, virtuellement. Il s'agit donc d'analyser la notion de nécessité médicale telle qu'elle existe en puissance, virtuellement, en décomposant la notion pour la recomposer ensuite.

26. À l'essai d'analyse sémantique et juridique de la notion de nécessité médicale doit logiquement succéder la présentation et l'analyse de son usage. Il semble, en effet, que le droit existe pour se réaliser, encore faut-il savoir de quelle manière il se réalise⁴¹. Etudier l'effectivité de la nécessité médicale implique d'analyser la réalité incontestable de la notion, les effets réels et tangibles qu'elle engendre.

Après avoir observé les sens possibles du terme et les domaines du droit positif dans lesquels elle existe, il est alors envisageable d'étudier son usage par le juge et par les professionnels de santé, mais aussi par le législateur dans certains cas, à la lumière des conclusions de la première partie de l'étude. De quelle manière la nécessité médicale est-elle utilisée ? Cela correspond-il aux objectifs affichés lors de son élaboration législative ? Il convient en effet de se demander quelles sont les finalités réellement poursuivies par la mise en œuvre de la notion ? La mise au jour de la signification des éléments composant la notion et de la notion elle-même permet, en effet, de comprendre la réalité de l'usage de la notion. L'utilisation effective de la notion semble être à l'image des circonstances de son élaboration : à parfaire. Le fort potentiel de signification de la notion de « nécessité médicale », voire son élasticité, conduit à placer une grande marge de liberté entre les mains de celui qui doit l'apprécier. Ainsi, l'étude de l'utilisation de la nécessité médicale permet de déterminer si, paradoxalement, l'usage de celle-ci n'aboutit pas à l'exact opposé des fins initialement poursuivies.

⁴¹ En cela, l'effectivité du droit est primordiale. Dans cette perspective, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, si elle n'est pas une source directe d'incriminations et de sanctions a connu une mise en œuvre effective, grâce au Protocole n° 11, en vigueur le 1^{er} novembre 1998, en créant une juridiction permanente et autonome. Cette convention est ainsi la seule convention des droits de l'homme dont l'effectivité soit juridiquement garantie par une juridiction autonome.

« La valeur, dans le domaine du droit, ne peut être appuyée que sur une finalité à découvrir et, c'est seulement ainsi qu'elle peut constituer un élément sûr, à partir du moment où on aura reconnu les fins que le droit doit servir⁴² ». Si la fin que le droit doit servir est la protection de la vie humaine et donc de l'intégrité corporelle, il reste à découvrir si la notion de nécessité médicale et son usage poursuivent réellement cette fin.

27. Il est plus aisé de répondre à un questionnement relatif à un cas concret, précis et rattaché à l'histoire d'une personne, que de tenter de construire un principe général et fondamental encadrant toutes les hypothèses imaginables et futures, et détaché de toute considération personnelle ou individuelle. Cette difficulté est la principale pesanteur de la notion de nécessité médicale. Le législateur a largement préféré organiser et imposer des règles dans des cas aux contours délimités, et il continue de légiférer ainsi (procréation médicalement assisté, recherche sur l'embryon humain), plutôt que de s'interroger véritablement sur le sens du seul principe général au fondement de toutes les activités touchant à l'intégrité du corps humain : la nécessité thérapeutique puis la nécessité médicale. Quels cas regroupe réellement la notion de nécessité médicale ?

Selon l'adage, « *Nécessité fait loi* » ; toutefois « *il faut prendre garde que le droit ne soit pas asservi par la science*⁴³ ».

1^{ère} partie – La potentialité de la nécessité médicale

2^{nde} partie – L'effectivité de la nécessité médicale

⁴² P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales* : Sirey, 1946, p. 268. – V. aussi J. PARRAIN-VIAL, *La nature du concept juridique et la logique*, in *Arch. De philosophie du droit*, 1966, t. XI, *La logique du droit*, p. 45.

⁴³ Gérard MÉMETEAU in *Cours de droit médical*, 4^{ième} éd., Les études Hospitalières, 2011

1^{ERE} PARTIE : LA POTENTIALITE DE LA NECESSITE MEDICALE

28. La notion de nécessité médicale est parfaitement inconnue du grand public, au sens des personnes non coutumières de la science du droit. Elle est même souvent inconnue ou méconnue par les praticiens et sachants du droit et cela pour plusieurs raisons. D'abord, parce qu'elle ne constitue pas de prime abord un droit ou un devoir qui pourrait intéresser directement le justiciable- elle ne constitue pas un droit subjectif mais bien une permission de la loi que tout un chacun ignore-. Ensuite, parce qu'elle est finalement une notion récente au regard de l'ancienneté de l'existence et de la légalité de l'action médicale. La permission préexistait à la notion ; elle n'était pas explicitement formulée par les textes de loi. Pour autant, avant 1994, les médecins disposaient bien du droit de porter atteinte à l'intégrité du corps humain lorsque cette atteinte était indispensable, pour le moins, justifiée.

Néanmoins et paradoxalement, toutes les personnes en contact avec le milieu médical se heurtent théoriquement à la nécessité médicale puisqu'elle est au cœur de la légitimité de l'action des professionnels de santé. Afin de parvenir à formuler cette permission, le législateur a fait appel à une notion juridique déjà largement utilisé en droit : « la nécessité ». Dès lors, son étude a exigé de s'interroger sur les origines de la notion, objet de cette recherche, et sur ses liens avec les autres occurrences juridiques du mot nécessité. Afin de chercher à appréhender la nécessité médicale d'une façon complète et juste, il faut séparer strictement l'étude des éléments de la notion (titre 1) pour pouvoir ensuite les réunir (titre 2). En effet, à l'origine, la permission organisée par la loi s'exprimait par le biais de l'expression « nécessité thérapeutique ». Il a été conservé le terme « nécessité ». La réunion des deux termes « nécessité » et « médicale » est donc le résultat d'une œuvre artificielle, pour le moins, d'un parcours législatif accidenté.

TITRE 1 : LA DECOMPOSITION DE LA NOTION DE

NECESSITE MEDICALE

29. C'est à l'occasion de la création des articles 16-1 et suivants du code civil, en 1994, que le législateur, après une certaine hésitation, comme en attestent les travaux préparatoires de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994⁴⁴, a choisi de retenir et de faire application de l'expression « nécessité thérapeutique » dans le corps de l'article 16-3 du code civil. De cet ancêtre de la nécessité médicale, n'a survécu que le vocable « nécessité ». L'adjectif « thérapeutique », accolé à la nécessité, a été ultérieurement remplacé par l'adjectif « médical », pour différentes raisons (chapitre 2). La scission de l'expression servant de critère à l'activité des médecins révèle l'importance du choix de ses deux mots. Les promoteurs de la réforme ayant modifié l'expression souhaitaient qu'elle passe inaperçue. Ils ont voulu opérer la transformation sans heurts ni débats. Cette démarche a, tout au contraire, révélé l'importance du choix de chacun de ses deux mots. L'attention doit par conséquent se porter sur l'étude séparée des mots. En effet, il convient de chercher et d'établir le ou les sens possible(s) de la « nécessité » (chapitre 1er) dans le but de déterminer une définition adaptée à la notion de nécessité médicale. Ces différents sens nous éclairent sur la portée de ce critère et sur les hypothèses pratiques que ce vocable est censé regrouper.

30. Enfin, l'étude des définitions potentielles du mot nécessité doit être complétée par l'étude du vocable « médical » et des conséquences qu'il peut engendrer au regard de la légalité des actes médicaux (chapitre 2).

⁴⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, art. 3 J.O. du 30 juillet 1994 dans sa version d'origine : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

CHAPITRE 1 : LA POLYSEMIE DE LA NECESSITE

31. Dans une recherche de définitions, la démarche et l'effort consistent naturellement à étayer son domaine de prospection et à regrouper ensuite ces domaines. Le premier réflexe est de chercher à dresser un tableau de la notion de nécessité en droit, à travers les manifestations de ce mot dans la loi au sens large. En effet, la nécessité est une notion juridique à part entière, que l'on retrouve dans différentes branches du droit de manière variée (section 2). Elle est une notion classique et connue en droit pénal. En droit civil, elle est une notion classique, bien que moins connue, et en droit public une notion encore différente. Cependant, avant même de s'intéresser aux multiples facettes de la nécessité en droit, il semble judicieux de procéder à l'étude du mot en dehors du droit (section 1). Il est vrai, la nécessité est une notion juridique mais pas des plus classiques qui soient. Cette notion possède un fort contenu ajuridique qui mérite qu'on s'y attarde. Elle porte en elle un fort sous-entendu de sens courant et banal, que le droit et le législateur n'ignorent pas. Afin de mieux comprendre la notion et les conséquences que le choix de son utilisation peut avoir dans le domaine médical, il faut avoir un aperçu de la signification du mot « nécessité » dans le droit et en dehors du droit. Le domaine hors droit est vaste et comprend naturellement autant de disciplines que d'époques. Force est alors de constater qu'en dehors du droit les sens sont nombreux et complexes même si l'on se limite à l'étude des domaines les plus importants.

Section 1 : Les sens extra-juridiques

32. La nécessité est un mot ambitieux à définir. Par exemple, ce mot cache à la fois une évolution historique à travers la littérature, une définition religieuse aujourd'hui légèrement obsolète et une notion philosophique majeure, à part entière. La nécessité est un mot passionné, un mot de poètes, qui sert d'excuse à tout ; mais elle est aussi un mot de logique d'une rigueur presque mathématique telle que la philosophie moderne essaie de l'expliquer. Par conséquent, il est possible d'étudier la nécessité sous deux angles, son sens commun ou

courant, qui est lui-même multiple, puis son sens philosophique, tel qu'il a été dégagé de façon méthodique par plusieurs écoles philosophiques.

§1. *Sens commun de la nécessité*

33. L'étude du sens commun est une étape indispensable. Cette étude peut se diviser en deux points. Tout d'abord, en classifiant les différents sens du mot en fonction de son utilisation (A). Ensuite, en comparant la notion de nécessité avec des notions voisines ou contraires (B). Effectivement, nous le verrons par la suite, le législateur emploie également des termes avoisinants de la nécessité, dans des domaines similaires de surcroît. De ce fait, il apparaît essentiel d'étudier ces notions pour arriver à saisir la raison pour laquelle le législateur a choisi le mot nécessité dans certains cas, et pourquoi, dans d'autres, il a préféré l'écartier au profit de notions proches. De même, l'explication des termes antonymiques à la nécessité permettra de mieux la cerner. En comprenant ce qu'est l'exact opposé d'une chose, on conçoit plus aisément la chose elle-même. Qui éclaire mieux ce qu'est le jour que la nuit elle-même ?

A. *Déclinaisons courantes du mot nécessité et sens qui en découlent.*

La nécessité est une notion polysémique car elle a un nombre important de sens différents en fonction de ce à quoi on l'applique, et si on l'utilise seule ou accompagnée. Il est très prégnant de voir, au final, si l'on grossit le trait, que l'étude de toutes ses déclinaisons permet de faire dire tout et son contraire au mot « nécessité ».

On peut employer le terme nécessité de façon isolé. Ce sera la nécessité seule (1). Elle a un sens propre. On peut également l'employer, avec des compléments variés ou dans une locution adverbiale ou encore au singulier ou au pluriel (2). Son sens varie alors en fonction de ses désinences.

1°) *La nécessité seule*

34. La nécessité, lorsqu'elle est utilisée avec l'article « la » comme seul accompagnement, peut désigner un ensemble de contraintes s'exerçant sur un être ou sur un système et qui détermine son état, oriente son action. Elle a un sens abstrait et général, elle incarne le caractère de ce qui s'impose irrémisiblement. ROBESPIERRE, en 1793, dans son

discours sur la Constitution⁴⁵, écrivait : « *Qu'importe que la loi rende un hommage hypocrite à l'égalité des droits, si la plus impérieuse de toutes les loix, la nécessité, force la partie la plus saine et la plus nombreuse du peuple à y renoncer* »⁴⁶. La nécessité devient alors la force qui fixe le cours des événements sans intervention possible de la volonté humaine. Elle est ainsi synonyme de destin et de fatalité, elle devient : « *L'aveugle, l'implacable, l'inflexible, l'invincible, l'irrésistible nécessité. Abandonne une résistance, et si fatigante et si vaine; plus sage et plus heureux, livre-toi doucement à l'irrévocable nécessité. Tes vœux n'arrêteront pas tes destins; laisse donc tes destins entraîner ta volonté paisible* »⁴⁷. De la sorte, elle s'oppose irrémédiablement à la volonté et à la liberté. Elle est ce que l'être humain ne peut contrôler, ce sur quoi il n'a pas d'emprise. Ce qui nous échappe et s'impose à nous. Pour SENANCOUR, elle devient même sournoise.

On retrouve cette nécessité toute puissante dans des effets de personnification. Victor HUGO, dans *les Misérables*⁴⁸, nous en livre une illustration cinglante : « *En exécutant cet homme, j'ai obéi à la nécessité; mais la nécessité est un monstre du vieux monde; la nécessité s'appelle Fatalité. Or, la loi du progrès, c'est que les monstres disparaissent devant les anges, et que la Fatalité s'évanouisse devant la fraternité.* » La nécessité n'est alors plus une notion mais devient un être qui s'impose face à l'homme. Cet emploi du mot nécessité constitue une face obscure et négative de la notion. C'est un sens des plus sombres. Il est intéressant de noter qu'ici la nécessité est opposée au progrès.

En abondant dans le même sens, on trouve dans la mythologie antique une référence intéressante. La Nécessité y est une divinité allégorique. Elle symbolise la déesse de la fatalité et de la destinée contre laquelle l'homme est impuissant⁴⁹. Fille de la fortune, elle est représentée avec des mains de bronze tenant des chevilles et des coins de fer. La Nécessité est souvent prise chez les poètes pour le Destin à qui tout obéit et elle s'écrit alors souvent avec une majuscule comme une marque de personnification.⁵⁰

Dans ce sens abstrait et général, certaines expressions courantes sont manifestes, telles que « plier sous le joug de la nécessité » ou « les dures lois de la nécessité ». Cette forme abstraite et à la fois personnifiée lui donne un contenu indéterminé et quasiment mystérieux.

⁴⁵ Maximilien de Robespierre, *Discours*, Tome 9, 1793, p.506, sur la Constitution à donner à la France, discours prononcé devant la Convention le 10 mai 1793.

⁴⁶ Et il poursuit : « Que la patrie indemnise l'homme qui vit de son travail lorsqu'il assiste aux assemblées publiques ; qu'elle salarie par la même raison d'une manière proportionnée tous les fonctionnaires publics. ».

⁴⁷ Etienne Pivert de Senancour, *Rêveries*, 1799, p.19.

⁴⁸ Victor Hugo, *Les misérables*, Tome 2, 1862, p.347.

⁴⁹ Elle est appelée *Anankè* en grec qui signifie « nécessité ».

⁵⁰ « *Le dieu des anciens dieux fut toujours le Destin ou la Nécessité, ce qui revient à dire le Monde en son*

VOLTAIRE en donne également une version semblable lorsqu'il écrit, par exemple, dans une de ses Lettres adressées à M., le 4 mai 1772 : « *Le mieux serait peut-être de n'avoir point reçu cette vie dont on se plaint si souvent et qu'on aime toujours ; mais rien n'a dépendu de nous ; nous sommes attachés, comme dit Horace, avec les gros clous de la nécessité*⁵¹ ». Dans toutes ces expressions, l'impression de poids apparaît : le joug, les clous, le bronze. Comme si la nécessité était un poids trop lourd sur les épaules de l'homme, et ceci sûrement pour exprimer sa force, son irrésistible force, que l'homme ne peut contrarier. Cela constitue certainement la métaphore d'un sentiment : l'impression de n'avoir aucune issue, aucun autre choix, et surtout la perception d'être face à quelque chose d'immensément extérieur à la volonté humaine, sur laquelle l'homme n'a aucune emprise. La nécessité ne serait-elle pas alors simplement un sentiment de totale impuissance éprouvé par l'homme ?

En outre, on y retrouve la personnification de la nécessité. La réflexion laisse la place à la perplexité. Dans une relation de médecin à patient la nécessité de celui-ci serait-elle d'affronter la maladie ? À l'origine, la nécessité de la médecine trouve sa raison d'être dans la lutte de la personne malade contre la mort. Dans le cadre de cette acception, la nécessité serait la nécessité de lutter et de vivre, à l'image d'un véritable instinct de survie : la nécessité d'agir lorsque l'on est confronté à Thanatos.

Ce sens très particulier du mot nécessité qu'est « La nécessité » a engendré des locutions adverbiales très courantes comme par exemple « de toute nécessité » ou « de nécessité ». Le législateur a-t-il souhaité faire appel à ce sens de la nécessité en choisissant cette expression ? Rien n'est moins sûr. Le questionnement ne peut s'achever à cette étape.

Il faut à présent découvrir comment le terme nécessité est accouplé à d'autres subtilités car ses subtilités lui confèrent d'autres sens. Dans ce cas, la nécessité n'est plus seule mais toujours accompagnée et appliquée à quelque chose. On trouve alors la notion au singulier mais aussi au pluriel.

2°) *La nécessité appliquée : la nécessité de quelque chose, au singulier et au pluriel*

Ce sens là correspond au caractère de ce qui est « nécessaire » (a). On est alors contraint de parler de ce qui est « nécessaire » car la nécessité, en elle-même, n'existe plus, elle est

inexplicable existence, puissant par là absolument » (Emile-Auguste Chartier dit Alain, *Propos*, 1924, p.576).

forcément, dans ces hypothèses, appliquée à quelque chose. C'est la nécessité de faire quelque chose ou la nécessité d'une chose (action ou fait). Ensuite, on répertorie l'état de ce qui rend quelque chose nécessaire (b), qui peut trouver un écho particulier en droit. Enfin, c'est l'utilisation du pluriel qui éveille la curiosité (c).

a) Le caractère de ce qui est nécessaire

35. Dans un premier temps, ce sens correspond au sens strict et fort de ce qui est perçu comme « nécessaire » qu'il s'agisse d'une action, d'un fait, d'un état ou d'une condition. Ceux-ci doivent être obligatoirement réalisés pour atteindre une fin, répondre à un besoin ou à une situation⁵². Par exemple, « faire quelque chose par nécessité, sans nécessité, en cas de nécessité, etc.... ». La construction du terme peut alors varier. Il est peut être suivi d'un complément, lui-même variable (1), ou fonction d'un attribut (2) ou encore devenir une locution adverbiale (3).

1. *La nécessité suivie d'un complément*

36. Le complément introduit par « de » peut être un substantif comme dans cet extrait de ZOLA dans « Docteur Pascal » : « *Mais lui, si l'émotion de la voir bonne et aimante rendait plus atroce la nécessité du départ, comprenait que cette nécessité s'imposait davantage chaque jour*⁵³ ». ».

Le complément introduit par « de » peut également être un infinitif : « *Je lui montrais la double nécessité impérieuse de reconstituer toutes les divisions britanniques et d'exclure toute distinction définitive entre elles*⁵⁴ ». La seule différence est que dans cette deuxième construction il s'agit de la nécessité d'une action et non de la nécessité d'une chose ou d'un événement, le sens est donc plus actif.

Pour finir, le complément est parfois aussi une proposition au subjonctif introduite par « que ». Par exemple, dans cette phrase de Camus : « *Il y a nécessité qu'il retourne chez lui pour que ses parents n'aillent pas penser qu'il est mort*⁵⁵ ». C'est une fin qui est poursuivie ici

⁵¹ *Lettres de M. de Voltaire à l'Académie française*, François-Marie Arouet dit Voltaire (1694-1778).

⁵² V. définitions du mot nécessité dans le *Trésor de la langue française*.

⁵³ Emile Zola, *Dr Pascal*, 1893, p.255.

⁵⁴ Maréchal Ferdinand Foch, *Mémoires*, t.2, 1929, p.77.

⁵⁵ Albert Camus, *Le Chevalier d'Olmedo*, 1957, 3^e journée, 6, p.790.

(que ses parents ne s'inquiètent pas) et le moyen nécessaire -la condition- est qu'il retourne chez lui. Le caractère nécessaire incarne alors une condition à la réalisation d'un but précis. La nécessité a un contenu impulsif dans ce cas, un sens actif. Rien de plus logique en considération de l'activité médicale. Il ne faut pas perdre de vue que l'article 16-3 du code civil n'est autre que la formulation de la permission de la loi accordée à l'action médicale, dans son sens large, lorsqu'il s'agit de porter atteinte à l'intégrité du corps humain. Il va de soi que la notion s'inscrit, par conséquent, dans un contexte d'action. Cependant, dans notre notion, il n'a pas été choisi de la faire suivre d'un complément. En effet, la formule n'est pas « la nécessité de la santé ».

Une autre utilisation grammaticale du mot permet encore de se rapprocher de l'emploi qui en est fait par le législateur. C'est la fonction d'attribut.

2. La nécessité comme attribut

37. Un attribut est un terme (nom ou adjectif) qualifiant le sujet ou le complément d'objet direct par l'intermédiaire d'un verbe (être, devenir, paraître, etc.). La nécessité devient alors « une » nécessité. Cette phrase peut fournir un exemple : « *Il nous apparaît (...) que lire Claudel fut pour M. Lasserre une nécessité, et une nécessité ingrate* ⁵⁶ ». Ici la nécessité est un attribut du sujet car elle qualifie le sujet « lire Claudel ». Dans cette utilisation, son sens ne semble pas être déformé vers un sens plus strict ou plus restreint. La nécessité est ici une nécessité se trouvant entre ce qui est utile et ce qui est obligatoire. « Lire Claudel » est davantage que seulement utile, mais cette action est moins qu'une obligation puisque elle est seulement la condition pour autre chose. Cette action est nécessaire pour obtenir tel ou tel résultat, par exemple ici, peut-être l'instruction ou le plaisir.

Notre notion de nécessité médicale semble pouvoir être considérée comme un attribut, dans le sens où il est permis de qualifier une action de « nécessité médicale ». Imaginons le remplacement de cette citation sus énoncée par : « *Il nous apparaît que la pose d'une prothèse de hanche fut pour M. Lasserre une nécessité, et une nécessité médicale* ». On entend alors comme clairement sous entendu que le but à atteindre est la santé ou la guérison de l'individu.

⁵⁶ Henri Massis, *Jugements*, 1924, p.259.

Toutefois, l'article 16-3 susvisé n'est pas exactement formulé ainsi. Il est, précisément, rédigé à l'aide de l'expression « *en cas de* ». S'agit-il d'une inspiration des formulations figées telles que l'on retrouve dans les locutions adverbiales ou adjectives ?

3. Dans les locutions adverbiales ou adjectives

38. On peut trouver « de nécessité », « nécessairement », « de toute nécessité » ou encore « par nécessité », ce sont des groupes de mots figés constituant une unité sur le plan du sens⁵⁷. Ici, le sens est clairement déformé vers un ensemble mimétique. « *Si je meurs, me voici bien avancé. Je dois vivre. Pour devenir un saint, il me faut, de toute nécessité, vivre*⁵⁸ ». Le synonyme que l'on pourrait employer ici est « obligatoirement ». Dans le cadre de l'étude, peut-on considérer qu'« *en cas de nécessité* » est une notion figée ? On peut raisonnablement considérer que l'inspiration de la notion peut se trouver dans la notion figée. Cependant, l'ajout de l'adjectif qualificatif, qu'il soit « thérapeutique » ou « médical » conduit à penser qu'il ne s'agit pas intégralement d'une notion figée mais bien d'une notion nouvelle.

39. Un sens théologique est associé à cette construction par locution du mot nécessité. « La nécessité de moyen » est le caractère de ce dont la pratique est indispensable pour le salut. « La nécessité de précepte » est au contraire le caractère de ce qui est nécessaire pour le salut dans la mesure où le commandement peut être observé. La théologie catholique l'explique ainsi : « *La nécessité de précepte est celle qui provient uniquement d'une obligation morale imposée par le législateur. La nécessité de précepte ne peut donc s'appliquer qu'à ceux qui sont capables d'obligation morale, c'est-à-dire aux adultes de raison. De plus toute excuse sérieuse (...) supprime l'obligation et par conséquent la nécessité de précepte*⁵⁹ ». On constate clairement qu'il est possible de déroger à cette nécessité là, entendue ici au sens d'obligation.

Au contraire pour la nécessité de moyen, il est expliqué que : « *Elle est celle qui provient de la connexion intime entre le moyen à employer et la fin à obtenir (...). En matière de salut, une telle nécessité s'impose à tous, adultes ou enfants, et l'ignorance, même non coupable, n'en excuse pas*⁶⁰ ».

⁵⁷ Ou encore ayant la valeur grammaticale et/ou sémantique d'un mot unique.

⁵⁸ Georges Duhamel, *Journal de Salavin*, 1927, p.62.

⁵⁹ Dictionnaire encyclopédique de la Théologie Catholique, 14, 1 1938, p. 634.

⁶⁰ Dictionnaire encyclopédique de la Théologie Catholique, 14, 1 1938, p. 634.

La nécessité médicale serait-elle une nécessité de moyen ou de précepte ? Cette interrogation n'a d'intérêt que pour déterminer s'il s'agit d'une obligation à laquelle on peut déroger ou non. De toute évidence, il ne s'agit jamais d'une obligation au sens le plus fort du mot, puisque cette action est, dans notre hypothèse, toujours subordonnée au consentement de la personne qui va subir l'acte médical (selon l'alinéa 2 de l'article 16-3 du code civil). La déduction s'impose alors. La notion de nécessité médicale ne pourrait s'entendre comme une obligation. Elle est par conséquent éloignée de la notion théologique de nécessité.

b) Etat de ce qui rend quelque chose nécessaire

40. Dans un second temps, on trouve l'état qui rend quelque chose nécessaire. Cette forme a évidemment un sens juridique que nous verrons par la suite. De prime abord, dans son sens courant, cette forme est souvent suivie d'un complément à l'infinitif. C'est alors l'état d'une personne contrainte de faire quelque chose en vertu d'un impératif d'ordre pratique ou moral⁶¹. « Etre dans la nécessité de faire quelque chose » ou encore « mettre quelqu'un dans la nécessité de ». Ce sens s'apparente par conséquent davantage à un état de contrainte. C'est une nécessité subie.

On trouve encore un sens différent, un sens vieilli ou régional. Cet état de nécessité désigne ainsi un état de privation, de manque des biens nécessaires. Des expressions telles que « être réduit à la dernière nécessité » ou « tomber dans la nécessité » en sont des illustrations⁶². La perception du mot dérive alors vers quelque chose qui va au-delà du besoin et qui prend un sens très matériel, qui suggère la misère.

On remarque, à ce moment là, qu'une nécessité subie est une proposition antonymique au regard de l'exigence de consentement instauré par le code civil et par le code de la santé publique. En définitive, dans notre hypothèse de « nécessité médicale », celle-ci n'a pas pour dessein d'être subie, à tout le moins, si l'on s'en tient à la stricte théorie du texte de loi.

⁶¹ V. sur ce point, *Trésor de la langue française*, définition du mot nécessité, sens I, A, 2.

⁶² « *Jamais Mercédès n'avait véritablement connu la misère; elle avait souvent, dans sa jeunesse, parlé elle-même de pauvreté; mais ce n'est point la même chose: besoin et nécessité sont deux synonymes entre lesquels il y a tout un monde d'intervalle* (Alexandre Dumas père, *Monte-Cristo*, t.2, 1846, p.632).

c) « Les nécessités »

41. Enfin pour finir, il y a une autre déclinaison possible, l'emploi du pluriel. L'expression « Les nécessités » a encore un sens différent. Au pluriel, les nécessités désignent ce que requiert une situation ou un état. Cela correspond au sens de « besoins, exigences, impératifs ». Par exemple, les nécessités essentielles, impérieuses ou encore les nécessités matérielles, vitales. Là aussi l'expression « les nécessités » peut être suivie d'un complément ou d'un adjectif déterminatif indiquant la chose ou le domaine intéressé⁶³. Par exemple: « *J'ajoute, qu'à mon avis, le vers qui seul convient au théâtre, est un vers souple, fondé sur le rythme, le sujet, le souffle et pouvant s'adapter à toutes les nécessités théâtrales* »⁶⁴.

En particulier ce pluriel peut dévoiler tout ce qui est exigé pour les besoins physiques ou moraux. C'est un sens plus restreint. Les nécessités de la vie corporelle, de l'existence, de la vie, de la nature. Par exemple, cette phrase très connue d'Alphonse KARR : « *Si je l'avais vue manger seulement, si je l'avais vue soumise aux mêmes besoins et aux mêmes nécessités que les autres femmes, mon amour eût été froissé* »⁶⁵. Dans un sens dérivé de celui-ci certainement, on trouve ensuite « les premières nécessités », les objets ou denrées de première nécessité. Une chose de première nécessité est alors une chose dont il est impossible ou très difficile de se passer pour exister⁶⁶. Ce terme fait aussi référence à la situation de richesse ou de misère : « *C'était, pour tout le monde, un manque de confort qui nous surprend. Riches et pauvres se passaient de superfluités que nous tenons pour des nécessités.* »⁶⁷.

Par analogie, les choses de seconde nécessité sont les choses qui sont fort utiles, mais dont à la rigueur on pourrait se passer.

42. Ce tableau des différents sens de « La » nécessité, d'« une nécessité », de « la nécessité de quelque chose ou de faire quelque chose », ou encore « des nécessités » est une première ébauche s'attachant au sens courant. Elle nous montre une notion qui peut être active ou passive et qui a un sens plus ou moins fort et strict, passant d'obligation à simple utilité ou

⁶³ On peut citer comme illustration : Les nécessités de la cause; les nécessités du service, du travail, de la tâche; les nécessités de l'organisme, des sens; les nécessités de la production; les nécessités de l'armée, de la défense, de la guerre; les nécessités de l'État; nécessités économiques, commerciales, financières, publiques.

⁶⁴ Apollodore, *bibliothèque, mythe de Tirésias*, 1918, p.869.

⁶⁵ Alphonse Jean-Baptiste Karr (1808-1890) dans son premier roman, *Sous les tilleuls*, 1832, p.263.

⁶⁶ « *Les fruits tels que la terre les produit par sa seule fécondité, sont de première nécessité pour un sauvage* », Etienne Bonnot de Condillac (1715-1780), *Comm. gouv.* I, 7.

⁶⁷ Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932, p.318.

condition à la réalisation d'autre chose. Il convient de compléter cette ébauche par l'analyse des termes voisins et des termes contraires à la nécessité.

B. Par comparaison aux termes avoisinants et antonymiques

43. Le législateur, dans les premières lois de 1994 relatives au corps humain, a hésité à employer le terme « intérêt » en lieu et place du terme « nécessité ». De plus, le code de la santé publique contient moult dispositions dans lesquelles se trouvent les termes « fin », « finalité » ou « but ». Ces dispositions du code de la santé publique sont, elles aussi, issues de lois de 1994 et viennent régir des catégories spécifiques d'actes portant atteinte au corps humain : la possibilité des dons et prélèvements d'organes et de tissus ainsi que la recherche biomédicale. Ces articles de lois n'édicent pas des principes généraux gouvernant le respect du corps humain, comme le fait l'article 16-3 du code civil. Ces prescriptions adaptent les principes généraux au sein d'hypothèses déterminées : les dons et prélèvements d'organes et de tissus. Les vocables « finalité » et « intérêt » sont à étudier afin de tenter de comprendre la différence qu'ils présentent par rapport au mot nécessité (1°). En outre, la doctrine juridique a dégagé une analyse approfondie de ce que peut être l'inverse de la nécessité. La convenance, mais aussi le hasard, sont des notions qui, à elles seules, mettent au jour le sens de leur antonyme, la nécessité (2°).

1°) Ses voisins : la finalité et l'intérêt

Dans les travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1994⁶⁸ relative à la protection du corps humain, il y avait un projet non retenu, mais non dépourvu d'ingéniosité, qui proposait une formulation de l'article 16-3 du code civil tout à fait différente de celle qui a été retenue par la suite. Elle employait le terme intérêt. L'expression était celle d'« intérêt thérapeutique » pour la personne et non de « nécessité thérapeutique » ou « médicale » pour la personne. La proposition consistait à distinguer trois catégories d'intérêts : l'intérêt de la personne, l'intérêt de la société et l'intérêt d'autrui. Dominique THOUVENIN explique, dans ses écrits⁶⁹, avec beaucoup de clarté et de pertinence quel a été l'énoncé initial de l'article 16-3 et ses modifications successives jusqu'au vote de la loi du 29 juillet 1994. On constate alors

⁶⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

⁶⁹ V. absolument, Dominique Thouvenin, « les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil », D. 2000, chron., p. 485.

que, dans l'exposé des motifs du projet de loi n° 2599, il était affirmé « le droit de chacun d'être légalement protégé contre les atteintes des tiers » mais également que « le droit de l'individu à l'intégrité de son corps doit être parfois combiné avec d'autres droits, libertés et intérêts supérieurs ». Et il suivait « ...une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne peut être justifiée par l'intérêt de celle-ci (intervention chirurgicale), d'un tiers (don et greffe d'organes), ou de la société (recherche scientifique) ». Les deux dernières hypothèses devaient être regroupées sous l'égide de l'exception « des hypothèses d'atteintes prévues par la loi ». Cependant, à la suite d'un changement de majorité à l'Assemblée, la discussion fut interrompue et lorsqu'elle reprit, la référence aux atteintes prévues par la loi fut supprimée⁷⁰. Dans la loi de 1994 n'a été finalement conservée que l'hypothèse de la personne elle-même mais sous le terme de nécessité et non plus d'intérêt. La suppression de ces hypothèses et l'ajout du complément « pour la personne » ont rendu l'article 16-3 très restrictif et en complète contradiction avec les dispositions⁷¹ du code de la santé publique issues, elles aussi, de la loi de 1994. C'est sans doute pour cela que, plus tard, en 2004⁷², dans la révision de ces mêmes lois, le législateur ajouta, dans le corps de l'article 16-3 et à la suite de la nécessité médicale, l'hypothèse de « l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

Force est de constater que ces notions de nécessité et d'intérêt sont étroitement liées dans l'histoire des lois bioéthiques, et que le choix de leur utilisation, ou non, a un impact considérable.

Parallèlement, le code de la santé publique ainsi que le code civil utilise à plusieurs reprises le terme « finalité » dans le domaine médical. Par exemple, concernant le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'article L.1211-1 du code de la santé publique prévoit que les activités afférentes à ces éléments et produits doivent poursuivre une fin médicale ou scientifique. De même, il est prévu que l'utilisation de ces éléments et produits à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés est possible⁷³. Concernant les prélèvements d'organes sur une personne dont la mort est dûment constatée, ils ne sont possibles « qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques »⁷⁴. Pour les personnes vivantes, l'article L.1231-1 du même code prévoit que « le prélèvement d'organes

⁷⁰ C'est le rapporteur au Sénat, Guy Cabanel, qui proposa de supprimer la référence à la loi dans l'un et l'autre alinéas, ce qui eut pour effet de proposer une règle de portée générale rendant licites uniquement les seules atteintes au corps humain de nature thérapeutique pour la personne.

⁷¹ Ces dispositions du code de la santé publique prévoyant le don et le prélèvement d'organes et tissus du corps humain et organisant l'atteinte au corps pour la recherche scientifique.

⁷² Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁷³ Art.L.1211-2 du CSP.

⁷⁴ Art.L.1232-1 du CSP.

sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur ». Et enfin, pour le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte de produits sur une personne vivante en vue d'un don, le code de la santé publique emploie le terme « but » thérapeutique ou scientifique⁷⁵.

Pour ces raisons, l'examen et la comparaison des termes « intérêt » (a) et « finalité » (b) constituent une étape essentielle au sein de notre démarche, pour pouvoir comprendre tant les motivations que les conséquences des choix du législateur.

a) L'intérêt

44. L'intérêt est ce qui importe à quelqu'un. L'intérêt peut avoir deux visages. Il peut présenter une figure objective : c'est l'intérêt de quelqu'un ou de quelque chose ou le fait d'avoir intérêt à quelque chose (1). On trouve alors une idée d'avantage dans toutes les nuances du sens objectif. C'est d'ailleurs dans cette acception que l'on trouve le sens financier du mot. Il est alors le revenu produit par un capital prêté ou placé et défini par un taux. Cependant, l'intérêt peut avoir aussi une figure subjective avec l'idée d'attention et non plus d'avantage (2). C'est alors ce qui est important dans l'esprit de quelqu'un. On peut se demander dans quel sens le législateur des lois « bioéthiques » l'entend et quelle différence en résulte au regard du terme « nécessité ».

1. *Dans un sens objectif, avec l'idée d'avantage*

45. Dans un premier temps l'intérêt peut se définir comme ce qui convient à une personne, une institution, une collectivité, ce qui lui est avantageux, bénéfique dans un domaine moral, social et parfois matériel. C'est l'ensemble des avantages appartenant à quelqu'un. Comme par exemple dans cette phrase de MÉRIMÉE : « *j'étais partagé entre le désir que j'avais de voir rester M. Fould au ministère, dans l'intérêt du maître, et le désir de le voir donner sa démission, dans l'intérêt de sa dignité et dans son intérêt personnel*⁷⁶ ». De même, ROBESPIERRE, dans son discours pour une Constitution, écrit : « *L'intérêt du peuple, c'est le bien public; l'intérêt de l'homme en place, est un intérêt privé*⁷⁷ ». En résumé, on

⁷⁵ Art.L.1241-1 du CSP pour la personne vivante et art.L.1241-6 pour la personne décédée.

⁷⁶ Prosper Mérimée, *Lettres à une inconnue*, t. 2, 1862, p. 204.

⁷⁷ Maximilien de Robespierre, *Discours*, Constit., t. 9, 1793, p. 496.

pourrait remplacer ce mot par « ce qui est bon pour le peuple, c'est... ». C'est en cela qu'il y a une idée d'avantage.

Ce sont l'intérêt ou les intérêts de quelque chose ou quelqu'un. Cet ensemble de mots est alors suivi soit d'un substantif, soit d'un adjectif. Par exemple, dans ce dialogue extrait de *Knock* de Jules ROMAINS, au cours duquel le docteur Parpalaid s'interroge sur la méthode du docteur Knock pour recevoir davantage de clientèle :

« Le docteur : (...) Mais est-ce que, dans votre méthode, l'intérêt du malade n'est pas un peu subordonné à l'intérêt du médecin? »

Knock : Docteur Parpalaid, vous oubliez qu'il y a un intérêt supérieur à ces deux-là.

Le docteur : Lequel?

Knock : Celui de la médecine. C'est le seul dont je me préoccupe.⁷⁸ »

L'objet de notre étude présente bien la même structure : c'est l'intérêt d'autrui qui est visé mais aussi dans l'avant projet de 1994, l'intérêt de la société et de la personne. Le législateur emploie donc ce terme dans un sens objectif. Il y a donc une idée d'avantage qui est sous entendue. Un avantage pour autrui, pour la personne ou pour la société. La nécessité, au contraire, ne contient pas, en elle-même, cette idée d'avantage. Ce qui est nécessaire est utile à quelque chose. Comme il a été dit, une finalité est recherchée. Concernant notre étude, la finalité est médicale. Dans l'idée d'intérêt, l'avantage est forcément pour la personne, il n'y a pas de finalité autre à conquérir. C'est donc la différence avec la notion de nécessité qui, elle, est au service d'un but à atteindre, autre que la satisfaction de la personne. Dans la rédaction du texte du code civil, il n'y a pas de nécessité « de » mais bien une nécessité « pour ». Une différence majeure est donc à noter au regard de la notion d'intérêt, bien plus centrée sur la personne.

Ensuite, le vocable « intérêt » peut être suivi d'un adjectif. Cet adjectif peut indiquer la personne, le groupe, ou encore l'institution concernée⁷⁹. L'adjectif peut aussi désigner le domaine où se place l'intérêt de tel groupe ou tel individu. Ce sont, par exemple, les intérêts agricoles, commerciaux, économiques, financiers, politiques, militaires. C'est le cas dans notre hypothèse avec l'adjectif thérapeutique.

⁷⁸ Jules Romains, *Knock ou le triomphe de la médecine*, 1923, III, 6, p. 18.

⁷⁹ « Intérêts autrichiens, européens, chrétiens, musulmans; intérêt dynastique, monarchique; intérêt propre. Quel est le vrai dévot qui n'importunera presque autant sa divinité à raison des moindres convenances personnelles qu'au sujet des plus grands intérêts humains? (Auguste Comte, *Philosophie positive*, t. 4, 1839-42, p. 539). V. *Trésor de la langue française*, au mot « intérêt », I, A, 1, b.

Lorsqu'il est suivi d'un adjectif, « l'intérêt » peut avoir une connotation morale, notamment lorsque l'intérêt individuel est opposé à l'intérêt général. Cette connotation peut être favorable ou défavorable. Dans notre étude, cet usage du mot intérêt nous intéresse puisque le législateur emploie ce type de forme. Dans l'article 16-3 du code civil, c'est « l'intérêt thérapeutique » d'autrui qui est mis en œuvre. L'adjectif thérapeutique n'a pas de connotation particulière, ni favorable ni défavorable.

Il peut aussi être précédé d'un substantif tel qu'« une divergence ou une agrégation d'intérêts » ou d'un verbe. Ce sens n'est pas utilisé par le législateur des lois bioéthiques.

Une différence notable avec la notion de nécessité est que, dans l'intérêt, on ne trouve, pour aucune de ses différentes acceptions, d'idée d'obligation ou de contrainte. La nécessité, au contraire, contient une impression de contrainte, elle est la force des circonstances qui s'impose irrémissiblement à l'homme. Dans la notion de nécessité, une seule issue est possible.

Dans un second temps, l'intérêt peut avoir un sens particulier, voire même spécifique. C'est le sens financier du mot. Au départ, un sens seulement pécuniaire, c'est-à-dire les affaires d'argent, comme dans l'expression « gérer les intérêts de quelqu'un⁸⁰ ». Ensuite, il y a un sens encore plus restrictif, l'intérêt devient « le loyer de l'argent ». Plus précisément, c'est le revenu produit par un capital prêté ou placé et défini par un taux. On trouve encore, comme sens particulier du mot, un sens juridique à travers l'adage « pas d'intérêt, pas d'action ». En effet, c'est le principe de procédure civile selon lequel une demande en justice ne peut être satisfaite qu'au profit d'une personne ayant un intérêt, un bénéfice potentiel, à agir. On pourrait être séduit par l'idée de déduire de ce sens juridique, de procédure civile, le sens dans lequel l'entend le législateur des lois dites bioéthiques. Il est vrai que l'intérêt, dans ce sens, présente un contenu très personnel. Un intérêt demeure propre à une personne en général, il est intrinsèquement lié à l'individu. La nécessité, au contraire, est tout à fait extérieure à l'individu.

⁸⁰ Comme dans cet extrait de Honoré de Balzac : « *Le bonhomme (...) pouvait donc dépenser (...) ses trente mille francs (...) sans nuire aux intérêts de ses enfants (...) dont les témoignages d'affection n'étaient alors entachés d'aucune pensée cupide.* », *Début vie*, 1842, p. 424.

2. Dans un sens subjectif avec l'idée d'attention

46. L'impression que l'on vient de décrire s'affirme davantage encore dans le cadre du sens subjectif du vocable, c'est à dire avec l'idée d'attention. Subjectivement, l'intérêt est ce qui importe dans l'esprit de quelqu'un, ce qui suscite son attention ou fait l'objet de ses préoccupations. Cette acception entend également le mot « intérêt » au sens de la disposition de l'esprit et du cœur, c'est-à-dire l'état d'attention de l'esprit, inspiré par quelque chose, qu'il juge important, captivant, qui répond à sa curiosité, ses motivations.

À l'instar d'une phrase de PASCAL, « *notre propre intérêt est un merveilleux instrument pour nous crever les yeux agréablement* »⁸¹.

47. Le contenu du mot peut conduire jusqu'au sentiment de bienveillance, d'attention affectueuse que l'on éprouve envers quelqu'un : « *Charles ne vit pas sans un attendrissement profond l'intérêt généreux que lui portaient sa tante et sa cousine, il connaissait assez la société de Paris pour savoir que dans sa position il n'y eût trouvé que des cœurs indifférents ou froids...* »⁸².

48. Ce peut être, enfin, la qualité de quelque chose qui fait susciter l'intérêt, l'attention. À ce titre, les expressions courantes sont nombreuses : « *Avoir un grand intérêt, n'avoir pas le moindre intérêt, présenter de l'intérêt, être plein d'intérêt, sans intérêt* ».

Dans ce sens, on trouve d'ailleurs la forme du terme « intérêt » suivi d'un déterminatif, qui est un adjectif, et qui désigne le genre, la nature de l'intérêt, comme par exemple « l'intérêt scientifique » ou « l'intérêt historique » alors que « l'intérêt de » suivi d'un substantif désigne ce qui présente cette qualité, par exemple, « l'intérêt d'un livre », « l'intérêt de votre réputation », « l'intérêt de votre santé »⁸³.

C'est cette forme, désignant le genre ou la nature de l'intérêt, qui retient notre attention car la loi l'emploie et nous ne nous y tromperons pas, il s'agit d'un sens particulier du mot, et non du sens le plus couramment entendu.

En effet, ce dernier sens particulier s'avère être l'importance, l'utilité de quelque chose. Ainsi, pour illustration, Auguste COMTE a écrit : « *Toute nouvelle opération quelconque qui*

⁸¹ Blaise Pascal, *Pensées*, III, 14, édit. LAHURE, 1860.

⁸² Honoré de Balzac, *Emilie Grandet*, 1834, p. 128.

⁸³ « *C'est contre le péché que son coeur se courrouce, Et l'intérêt du ciel est tout ce qui le pousse* », Molière, dans *Tartuffe*, Acte I, scène 1.

n'est point immédiatement susceptible d'un intérêt pratique »⁸⁴. Il s'agit donc bien d'un dérivé du sens subjectif du mot, que l'on retrouve fréquemment dans le code de la santé publique.

On peut, dès lors, s'étonner de l'emploi dans la loi d'un signifiant, à ce point subjectif, alors qu'il s'agit de l'utilisation du corps humain et de ses éléments.

En outre, cette notion contient un admirable paradoxe puisqu'elle peut signifier à la fois le sentiment égoïste qui nous attache à notre utilité particulière et le sentiment opposé à l'intérêt égoïste qui nous inspire souci d'une personne ou d'une chose⁸⁵.

Ainsi, dans le registre égoïste, *Le Misanthrope* de Molière dit : « *Tout marche par cabale et par pur intérêt ; Ce n'est plus que la ruse aujourd'hui qui l'emporte ; Et les hommes devraient être faits d'autre sorte* »⁸⁶. Tandis que Voltaire a un vers magnifique, exploitant cette face égoïste de l'intérêt en l'apposant à son contraire, lorsqu'il nous livre le fameux : « *L'intérêt est ton dieu, le mien est l'équité ; Entre ces ennemis il n'est point de traité*⁸⁷ ».

Or, comme l'écrivait BOSSUET, l'intérêt est infiniment changeant : « *L'intérêt, comme vous savez, n'a point de maximes fixes ; il suit les inclinations, il change avec les temps, il s'accommode aux affaires*⁸⁸ ».

La signification du mot « intérêt » peut donc potentiellement teindre les articles de loi d'une couleur subjective, voire changeante selon les circonstances ou les personnes.

Les dispositions de la loi intégrant le mot « intérêt » plutôt que le mot « nécessité » contiennent donc des règles de droit davantage sujettes à la subjectivité de chacun, permettant le jeu d'une malléabilité certaine.

Il demeure, à présent, la seconde notion voisine employée par la loi : la fin, la finalité ou encore le but. La loi fait usage de ces trois termes, que l'on peut considérer ici comme des synonymes, de façon variable et fréquente dans le corps des lois bioéthiques suscitées.

⁸⁴ Auguste Comte, *Philosophie positive*, t. 4, 1839-42, p. 546.

⁸⁵ Sentiment proche de l'affection, « *Et ce grand intérêt que vous prenez pour eux* », Pierre Corneille, *Cid*, Acte I, scène 3.

⁸⁶ Jean-Baptiste Poquelin dit Molière, *Le Misanthrope*, V, 1.

⁸⁷ François-Marie Arouet dit Voltaire, *Fanal*, II, 5.

⁸⁸ Jacques-Bénigne Bossuet, *Sermons, Justice*, I.

b) La fin, le but, la finalité

49. Etymologiquement, le mot finalité est dérivé de « final » signifiant « qui tend vers » auquel est ajouté un suffixe « ité », en latin « finalitas », qui signifie simplement « désinence, terminaison ». Dans son sens commun, la finalité est le caractère de ce qui a un but, une fin. Voilà pourquoi ces trois mots sont à peu près équivalents. Ils sont tous trois utilisés de la même façon dans le code de la santé publique. Par extension, la finalité est ce qui constitue le but de quelque chose, conformément à une loi naturelle ou une intention humaine. Par exemple, « *la famille est la raison d'être et la finalité de l'amour* »⁸⁹. Dans une acception philosophique à présent, la finalité est le fait pour un être ou une chose d'avoir un but soit assigné par la nature, soit par une volonté supérieure⁹⁰.

Force est de constater qu'à travers l'utilisation de ces mots, on fixe un but à l'action alors que par le biais du mot nécessité, on sous-entend que l'action est la condition impérieuse d'autre chose.

En biologie, la finalité constitue l'adaptation des êtres vivants à leurs fins naturelles et spécialement l'adaptation progressive d'un organe à la fonction qu'il est destiné à remplir. Cela nous aide à concevoir peut être la différence entre la fin et la finalité, cette dernière tend vers une fin, alors que l'utilisation du mot « une fin » suivi d'un adjectif possède un sens plus direct, avec une idée d'immédiateté.

50. Le vocable « finalité » est utilisé dans trente huit articles du code de la santé publique dont vingt articles de la partie législative⁹¹. Il est toujours suivi des termes « thérapeutique » ou « médicale » ou « de recherche médicale ». Il apparaît également dans le code pénal, par exemple à l'article 226-26, dans le chapitre traitant des atteintes à la personnalité et plus précisément, dans la section relative à l'atteinte à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques : « *Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques est puni*

⁸⁹ Louis Ménard, *Rêveries d'un païen mystique*, 1876, p. 114.

⁹⁰ « *Nous aurons encore moins la témérité de rechercher quelle est la fin suprême de la création; la finalité que nous ne pouvons méconnaître dans les œuvres de la nature est une finalité, pour ainsi dire, immédiate et spéciale, une chaîne dont on ne peut suivre que des fragments dispersés* » Antoine-augustin Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, 1851, p.98.

⁹¹ Articles L1133-2, L1221-8, L1221-8-1, L1272-8, L1122-2, L5311-1, L1123-7, L1232-1 L1242-1, L1241-5, L1245-2, L5311-1, L1243-1, L1272-6, L1272-2, L4381-1, L2162-8, L1272-9, L5422-1, L5541-3 du code de la santé publique.

d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». À l'article précédent, soit l'article 225-25⁹² du code pénal, ainsi qu'à l'article suivant, soit l'article 225-27, ce sont les expressions « fins médicales » et « fins de recherche scientifique » qui sont utilisées.

Le mot « fin » dans le sens « but, objectif ou intention » est souvent utilisé au pluriel dans le code de la santé publique et apparaît dans plus de quatre vingt dix articles sous la forme « fins thérapeutiques ». Au sein de ces articles et de façon générale, les termes « fin », « finalité » ou « but » peuvent être employés dans un même article d'une manière équipollente.

À côté de ces dispositions existent des notions pour lesquelles le terme finalité n'est pas utilisé dans les textes de loi mais pour lesquelles, néanmoins, le concept de finalité est plus que présent. Effectivement, il est intéressant de noter que l'article L.2142-2 du code de la santé publique, régissant l'assistance médicale à la procréation, n'emploie pas l'expression « à finalité médicale ou thérapeutique ». Pourtant, à y regarder de plus près, les hypothèses possibles d'assistance médicale à la procréation sont bien des cas dans lesquels une « finalité » médicale est présente. Cet article met en exergue deux finalités médicales de nature différente. L'une consiste à pallier une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou à titre préventif à auto-conserver des gamètes et du tissu germinal, en cas d'altération prématurée ou non de la fertilité (article L.2141-11 du même code). L'autre consiste à éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité, en recourant là encore à un tiers donneur. L'incurabilité n'est pas ici requise, ce qui permet d'élargir cette technique. Ce sont l'intention et le but poursuivi qui permettent de recourir ou non à l'assistance médicale à la procréation.

Spontanément, on remarque que pallier une infertilité n'est pas remédier à celle-ci, puisqu'on ne guérit pas l'infertilité dans cette technique, on a recours aux gamètes d'une autre personne. Le progrès de la médecine réside seulement dans la technique de fécondation in vitro et dans l'implantation de l'embryon. Le « progrès » du droit quant à lui a été de reconnaître, dans cette situation, que le père était celui d'intention et non la personne ayant fourni ses gamètes. La fiction juridique a pris le pas sur la réalité de la biologie et des chromosomes. Le régime juridique applicable en matière de filiation est finalement la véritable création des lois bioéthiques de 1994. Il faut, cependant, garder à l'esprit que la

⁹² Art. 225-25 du code pénal : « Le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article 16-10 du code civil, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende ».

technique médicale n'a rien changé à un aspect de la façon de concevoir un embryon, à savoir qu'il est toujours indispensable de posséder un ovocyte et des spermatozoïdes pour aboutir à la création d'un embryon. Cela demeure pour l'instant une donnée immuable, non susceptible de changement, et l'évolution du droit, en la matière, tend à l'oublier.

Une seconde finalité mérite d'être soulignée dans le régime de l'assistance médicale à la procréation, la finalité sociale⁹³. Comme l'a écrit Mme Lucile LAMBERT-GARREL, la finalité sociale de l'assistance médicale à la procréation résulte de ce que le législateur de 2004 a précisé que cette technique est « *destiné(e) à répondre à la demande parentale d'un couple* », c'est-à-dire « un couple hétérosexuel vivant, en âge de procréer⁹⁴ ». La condition tenant au mariage ou à l'obligation de justifier d'une communauté de vie d'au moins deux ans a été abrogée par la loi du 7 juillet 2011⁹⁵. Ces conditions révèlent en effet, le rôle sociétal que l'on a voulu donner à l'existence de cette technique et de ce régime juridique.

Ainsi, ces notions paraissent être très différentes de la notion de nécessité. Il est important de ne pas considérer que l'emploi alternatif de l'un ou de l'autre de ces vocables soit équivalent. Le choix d'employer le mot « nécessité » ou le mot « intérêt » entraîne, au contraire, des conséquences sémantiques importantes. Le qualificatif de notion voisine semble même devoir être revu et corrigé, si l'on considère que le terme intérêt introduit une dimension personnelle et subjective et que celui de finalité ou de but contient beaucoup moins de complexité et n'est pas conditionné, à l'inverse de la notion de nécessité. En outre, « intérêt » et « finalité » n'emportent aucune idée d'obligation.

Il semble judicieux à présent d'examiner l'opposé de ce que peut représenter la notion de nécessité, c'est-à-dire ce qui ne s'impose pas inéluctablement, donc ce qui est relatif, et éventuel.

2°) L'enseignement des antonymes : la convenance et le hasard (ou contingence)

En s'éloignant un peu plus de notre notion, la réflexion rencontre les contraires parfaits, s'il en est, de la notion de nécessité. Assurément, leur étude permet un éclairage différent de

⁹³ V. « *Du possible au souhaitable : regards du juriste sur la procréation* », Lucile LAMBERT-GARREL, Revue Droit et Santé, n°38, novembre 2010, p.511.

⁹⁴ Article L. 2141-2 du CSP.

⁹⁵ Article 33 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

la notion, non moins instructif. Pour les trouver, il s'agit d'écartier une des composantes significatives de notre notion. D'abord, en mettant de côté le caractère inéluctable et fataliste de la notion, il est possible d'approfondir l'étude de notions laissant place aux alternatives : la contingence et le hasard. Ensuite, en excluant l'idée de contrainte qui fait partie de la nécessité, on peut étudier la notion de convenance, expression d'un espace de liberté.

a) L'approche du hasard et de la contingence

51. La nécessité semble être la chose incontournable, par laquelle il faut passer sans détour possible et qui ne nous laisse pas le choix. La contingence est tout à fait le contraire puisqu'elle est la possibilité qu'une chose arrive ou n'arrive pas. Outre son sens mathématique et statistique, la contingence possède une idée d'éventualité et signifie la manière d'une réalité (chose ou être) susceptible de ne pas être. La nécessité, en tant qu'elle est son opposée, ne laisse donc pas la place au choix. Face à une nécessité, aucune autre éventualité ne peut être envisagée. L'absence de choix serait alors une partie de la définition de ce qui est nécessaire, de ce qui peut être appelé « une nécessité ».

52. Par exemple, Mme HENNION-JACQUET a écrit, à propos du débat sur la légalisation du clonage thérapeutique⁹⁶, que celui-ci rend nécessaire le prélèvement d'ovocytes sur une femme donneuse. Elle ajoute que cet acte médical, portant atteinte à l'intégrité corporelle, doit être justifié par une nécessité médicale. En effet, l'auteur écrit que « aucune nécessité médicale ne peut légitimer l'intervention : le prélèvement n'est pratiqué ni dans l'intérêt médical de la donneuse, ni dans l'intérêt thérapeutique d'un tiers, puisque le clonage ne constitue en aucun cas une thérapeutique éprouvée. Le caractère hypothétique de ses vertus guérisseuses est donc antinomique avec la notion de nécessité ». Elle oppose clairement la nécessité à toute hypothèse empreinte d'incertitude quant au résultat. La contingence est alors un caractère à exclure de la notion de nécessité. Ces termes confirment notre cheminement.

53. En revanche, selon l'auteur, la recherche sur le clonage n'est pas justifiée par une nécessité médicale car il n'y a pas de résultat thérapeutique à attendre pour une personne. C'est peut-être opérer un raccourci entre ce qu'est la nécessité médicale (qui ne contient aucune exigence « thérapeutique » justement) et une des conditions dans lesquelles une

⁹⁶ « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », par Patricia Hennion-Jacquet, R.D.S.S. novembre-décembre 2008, n°6, p.1061.

recherche médicale peut être autorisée, à savoir la possibilité d'un progrès thérapeutique majeur. Si la recherche empruntant les voies du clonage pourrait se voir un jour être autorisée, celle-ci n'aurait pas à remplir la condition de la « nécessité médicale ». C'est l'acte médical portant atteinte au corps humain qui doit remplir cette condition. Dans l'hypothèse du prélèvement d'ovocytes dans un but de recherche scientifique, il n'y aurait certes pas de nécessité médicale pour la personne, cependant, il convient de se demander si l'intérêt thérapeutique d'autrui ne pourrait être retenu. En effet, l'intérêt resterait hypothétique en cas de recherche. C'est précisément là que se trouve la différence entre le vocable nécessité et intérêt. L'intérêt lui supporterait l'incertitude du résultat, la nécessité non. C'est la raison pour laquelle les deux notions doivent être distinguées et non confondues.

Pour plus de rigueur intellectuelle, la précision suivante est nécessaire. Toutes les hypothèses de recherche médicale sont dérogoires à l'hypothèse originaire de « nécessité médicale pour la personne », contenue à l'article 16-3 du code civil.

À côté de la notion de contingence, il convient d'examiner la notion de hasard.

54. La nécessité est aussi, en philosophie, proche de la notion de destin et de fatalité en ce sens qu'elle s'impose irrémisiblement. En cela, la notion de hasard est son contraire parfait. Le hasard s'oppose au destin et à l'ensemble des évènements prédestinés. En effet, le hasard dans son sens plein et non courant est la cause, jugée objectivement non nécessaire et imprévisible, d'évènements qui peuvent cependant être subjectivement ressentis comme intentionnels. Le hasard est une cause non nécessaire et imprévisible. VOLTAIRE écrivait d'ailleurs que : « *Ce que nous appelons hasard n'est et ne peut être que la cause ignorée d'un effet connu*⁹⁷ ». Dans ce sens-là, le hasard serait finalement une autre explication d'évènements non explicables par une cause identifiée. Par conséquent, il serait une autre explication possible, tout comme l'est la notion de destin, à la survenance d'un ensemble d'évènements. La différence réside évidemment dans deux croyances dissemblables qui consisteraient à croire que, soit les évènements inexplicables ont une cause supérieure (théologique ou non), soit d'autre part, que ceux-ci ne possèdent pas de cause rationnelle ou non identifiable mais sont bien le fruit du « hasard » dans son sens le plus courant.

Une controverse existe sur l'origine et l'étymologie du mot hasard, qui viendraient d'un jeu de dés dont le sens se serait étendu ou du mot arabe qui signifie « dé ». En toute

⁹⁷ Dans son *Dictionnaire philosophique*, article consacré à l'*Athéisme*.

hypothèse, cette origine reflète assez bien le second sens identifié du mot « hasard », tenant à « l'événement fortuit, inattendu ou inexplicable », au concours de circonstances, au final. Cette occurrence est en fait une figure de style résultant d'une métonymie. En effet, « le fruit du hasard » est désormais désigné par « le hasard ».

55. À y regarder de plus près, le hasard peut donc avoir une signification proche de celle du destin ou de la fatalité. En tout cas, il peut servir à désigner la même chose. La nécessité, pouvant, elle aussi, s'entendre comme le destin ou la fatalité, il convient d'y voir une étrange coïncidence ou une raison d'être très logique. Il est vrai, deux termes d'apparence antonymique peuvent se révéler contenir une signification approuvante. Faut-il y apercevoir un danger, en considération d'une expression telle que « hasard médical » ? Bien évidemment, le caractère saugrenu de cette expression démontre bien qu'il ne s'agit pas de notions pouvant trouver une équivalence l'une dans l'autre, dans notre hypothèse. La différence majeure réside d'ailleurs en ce que, dans la notion de hasard, aucune place n'est faite à la volonté des personnes⁹⁸. Dans la notion de nécessité, un doute subsiste. En définitive, c'est davantage la preuve de ce que la nécessité est une notion aux multiples visages, et que dans le cadre de l'étude de notre notion, le sens que l'on pourrait lui attribuer est bien éloigné de celui du hasard, et donc nécessairement, de celui de destin ou de fatalité, pourtant séduisant au commencement.

On peut être rassuré de cette déduction, car, dans un sens de fatalité, la nécessité laisserait peu de place à la seconde condition posée par l'article 16-3 du code civil, qui est l'exigence de consentement de la personne intéressée par l'acte médical. Devant la fatalité qui s'impose, est-il opportun de chercher à recueillir un accord ? Néanmoins, au regard de la seconde partie de notre étude, il convient de garder à l'esprit cette signification possible de la nécessité, puisque celle-ci peut servir à évincer l'exigence de consentement.

Pour achever l'étude des antonymes, notre attention s'est portée sur la notion de convenance, et plus précisément sur la convenance personnelle. S'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un antonyme au sens strict, l'analyse semble pertinente à plusieurs égards.

⁹⁸ V. la définition du hasard *in* *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par André LALANDE, société française de philosophie, éd. PUF, p.402. La notion de hasard consiste « dans ce qui, arrivant par hasard à des êtres doués de volonté (c'est-à-dire par un effet purement accidentel et non prévu de leurs volitions, ou encore par une cause extérieure qui n'a rien d'intentionnel) est cependant tel qu'on aurait pu le souhaiter ou le craindre, le vouloir ou l'empêcher ».

b) L'analyse de la convenance

56. La convenance désigne « ce qui convient ». Dans un sens quelque peu vieilli, il peut s'agir d'un rapport de conformité entre deux ou plusieurs choses, ou dans un sens usuel, du fait de convenir à quelque chose ou à quelqu'un. Le troisième sens, qui peut être attaché au terme convenance, ne nous intéresse pas, dans le cadre de l'étude, puisqu'il désigne le fait d'être conforme aux usages de la société et aux règles morales. En revanche, le second sens évoqué, tenant au fait d'être approprié à quelque chose ou à quelqu'un, retient notre attention. Bien évidemment, c'est davantage la convenance appliquée à la personne qui nous intéresse puisque la notion de nécessité étudiée est souvent une nécessité « pour la personne ». Il est vrai, la nécessité pour une personne ne contient pas cette idée de conformité ni de commodité particulière. Bien au contraire, comme nous l'avons vu précédemment, la nécessité peut comporter une idée de contrainte. Celle-ci s'impose, est subie par la personne. La convenance, au sens de ce qui convient à quelqu'un, semble correspondre à un souhait ou un désir de la personne et ne paraît pas, en toute certitude, être subie. Si la convenance est bien l'exact opposé de la contrainte, elle devient un potentiel antonyme de la nécessité.

À la lecture des différentes significations de la convenance⁹⁹, un sens est remarquable, celui d'« utilité, de commodité particulière que quelque chose a pour quelqu'un ». Un parallèle doit être établi avec la prise en compte du terme intérêt, effectué préalablement. Ce qui convient à une personne peut présenter une utilité pour elle. Est-ce à dire que ce qui est nécessaire n'est pas utile ? Bien plus que cela, à dire vrai. Ce qui est nécessaire est *a fortiori* utile. En revanche, ce qui convient n'est pas forcément nécessaire. Beaucoup de choses peuvent convenir à une personne sans pour autant que celles-ci soient indispensables à la réalisation d'autre chose. Encore une fois, nous entrevoyons le caractère très restrictif de la notion de nécessité. Ce qui est nécessaire, nous convient-il forcément ? Pour répondre à cette interrogation, il convient de distinguer la notion de convenance de celle de convenance personnelle.

57. La convenance personnelle est une expression utilisée au sein de diverses dispositions législatives d'une manière plutôt rare et diffuse, comme l'a démontré Madame PARICARD-PIOUX dans sa thèse consacrée à « *la convenance personnelle* »¹⁰⁰. L'auteur y fait une nette

⁹⁹ V. *Trésor de la langue française*, op cit.

¹⁰⁰ Thèse, *La convenance personnelle*, par Sophie Paricard-Pioux, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, volume 28.

distinction entre la notion de convenance et celle de convenance personnelle. Elle reconnaît que le terme « convenance », lorsqu'il est isolé, a su prendre sa place dans le vocabulaire juridique pour désigner un accord, une harmonie de volonté entre deux personnes, par exemple. Il repose alors sur un sens d'harmonie. Puis, l'auteur nous explique que « *la convenance, par l'ajout de l'adjectif « personnel » opère un volte-face. Elle ne désigne plus un rapport d'affinité entre plusieurs objets, mais un rapport de la personne avec elle-même sur lequel le droit paraît avoir peu de prise.* » Elle démontre ensuite une des tendances modernes du droit, qui est de tenter de favoriser l'épanouissement personnel du sujet de droit, et ce, dans divers domaines du droit. Cette vocation nouvelle de l'œuvre législative, au sens large, s'exprime aussi à travers la notion de convenance personnelle. Pour reprendre les termes de Madame PARICARD-PIOUX, « *personne, mieux que le sujet lui-même ne peut savoir ce qui lui convient : la loi ne peut donc se substituer au sujet dans cette recherche de satisfaction* ». La contradiction avec notre notion de nécessité médicale est ainsi révélée.

58. Il nous paraît clair qu'il s'agit précisément du but de la notion de nécessité médicale : éviter que l'appréciation de la légitimité de l'action sur le corps humain ne soit laissée à la personne. Dans l'esprit qui a animé les rédacteurs de l'article 16-3 du code civil, il n'y avait précisément aucune place pour la convenance personnelle, puisqu'il s'agit d'une nécessité, dépassant largement le cadre de ce qui pourrait nous convenir, et entrant, en définitive, dans le domaine du besoin impérieux, dépassant parfois ce qui est voulu. Et cette nécessité n'est pas « personnelle » mais bien « médicale », ainsi qu'il sera étudié, à la suite de ces développements. La légitimité de l'action « médicale » sur l'intégrité du corps humain ne doit pas trouver sa place au cœur de la satisfaction du sujet lui-même, mais bien dans une appréciation extérieure, tenant à une notion habitée et complexe, mise entre les mains du monde médical. Pourtant, le même article exige à l'alinéa suivant que la personne consente, comme s'il l'on tentait de combler cette satisfaction personnelle et de faire croire qu'elle décide de ce qui lui convient. Néanmoins, elle n'est, *a priori*, pas maître de la proposition et de ce qui est médicalement nécessaire.

59. Ce premier constat fait, il importe de révéler un premier paradoxe de la notion.

À l'origine, se trouvait une rédaction bien différente de l'article 16-3 susvisé, puisqu'il s'agissait de la nécessité thérapeutique. Pour les besoins du raisonnement, nous simplifierons ici et dirons qu'il s'agit d'une nécessité à but thérapeutique, c'est-à-dire, qui entraîne ou essaie d'entraîner une guérison, qui constitue un soin au sens strict. Les actes portant atteinte au corps humain ne pouvaient être alors que des actes à but thérapeutique. La Cour de cassation, dans un avis du 6 juillet 1998, ayant estimé que « *l'atteinte à l'intégrité du corps humain,*

telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil », le législateur a pris acte de cette incompatibilité et a ainsi modifié la formulation de l'article par une loi du 27 juillet 1999¹⁰¹.

60. À l'évidence, l'hypothèse de la ligature des trompes de Fallope, pour des raisons seulement contraceptives, est une illustration manifeste d'un acte de « convenance personnelle », c'est-à-dire qui convient à la personne, selon son appréciation particulière, sans que sa santé soit menacée. L'expression, désormais en vigueur, de « nécessité médicale » a permis et permet la légalité des opérations de stérilisation à visée uniquement contraceptive, sans aucune autre indication médicale. Serait-il permis d'écrire pour convenance personnelle ? Ainsi, la nécessité médicale a permis la légalité d'un acte médical de convenance personnelle.

61. Au terme de ce développement, on peut conclure que la notion de nécessité médicale contient un premier paradoxe, celui d'être la permission de la loi ayant rendu possible des interventions mutilantes, sans objectif de guérison mais pour des raisons « médicales », alors qu'au commencement de l'étude de la notion de convenance, nous pensions que la nécessité s'opposait à la convenance, en ce qu'elle pouvait constituer une contrainte, ne convenant pas toujours à la personne. Ce paradoxe tient certainement davantage à l'ajout du terme médical, qu'au mot « nécessité » lui-même. Ce faisant, on envisage déjà la manière dont le changement d'adjectif a profondément modifié le sens du mot « nécessité » jusqu'à aller le vider de son sens premier¹⁰².

Afin de terminer l'étude de la notion de nécessité, non flanquée d'un adjectif ou d'une locution adverbiale, il convient d'avoir un aperçu succinct de la notion de nécessité en philosophie. Les points communs avec les différents sens que nous venons de développer sont plus que nombreux.

§2. *Sens philosophique de la nécessité*

Selon une démarche méthodique, la nécessité étant une notion à fort contenu philosophique, il convient de présenter ses diverses significations selon une organisation

¹⁰¹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, art.70.

¹⁰² V. *Infra* chapitre 2.

simple : selon ce à quoi elle est appliquée (A) et selon les écrits de différents auteurs de philosophie (B).

A. Plusieurs sens selon les applications

62. Au sens abstrait, la nécessité est absolue ou catégorique, si elle est considérée comme valable en tout état de cause, et quelles que soient les présuppositions d'où l'on part. Elle est hypothétique si elle est subordonnée à certaines présuppositions qui pourraient elles-mêmes ne pas être faites¹⁰³. Par conséquent, la nécessité peut exister, seule, par elle-même, ou être conditionné par autre chose. Encore une fois, ce sont les multiples déclinaisons de définitions du terme « nécessaire » qui aident à la compréhension de la notion de nécessité. Il faut les envisager d'abord en logique et en métaphysique (1°) puis en parlant de morale (2°).

1°) En logique et en métaphysique

63. En logique et métaphysique, « nécessaire » est une notion intellectuelle fondamentale. Elle est opposée à contingent, et corrélatrice de la notion de possible. Nous avons entraperçu ce caractère auparavant. Il est traditionnel de donner du sens de ce mot une formule générale : est nécessaire ce qui ne peut être autrement. Mais cette formule n'a qu'une unité verbale, elle change foncièrement de signification suivant ce à quoi on l'applique. La notion philosophique est enseignée habituellement en parlant de relations entre deux choses d'une part, et en parlant de propositions des faits ou des êtres d'autre part.

64. En parlant de *relations*, est dite nécessaire la dépendance de la proposition impliquée par rapport au système de propositions qui l'impliquent. SCHOPENHAUER voit même dans cette dépendance la définition générale de la nécessité¹⁰⁴. Ensuite, est dit nécessaire également l'enchaînement des causes et des effets dans un système déterminé. De même le rapport d'un moyen à une fin, d'une condition à un conditionné, si cette fin ne peut être atteinte que par ce moyen, ou si ce conditionné ne peut être réalisé que sous cette condition. Ainsi, dans notre étude le cas de la « nécessité médicale pour une personne » sous entendrait que l'action

¹⁰³ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par André LALANDE, société française de philosophie, éd. PUF, p.677.

¹⁰⁴ V. « *Kritik der kantischen philosophie* », Schopenhauer ; Bosanquet dira même : « Nécessité ne veut rien dire d'autre que ceci : le conséquent est inévitable quand le principe est donné. »

portant atteinte au corps humain est la condition ou le moyen inévitable pour atteindre un but ou un résultat. Quel serait ce résultat ? La santé de la personne ? La satisfaction de la personne ? La suite de l'étude cherchera à donner des éléments de réponse. Toujours est-il que l'analyse de SCHOPENHAUER révèle un contenu très intéressant car il implique un caractère inéluctable de l'action pour atteindre une fin ou un résultat. L'action nécessaire est alors un moyen ou une condition pour obtenir autre chose.

65. En parlant des *propositions des faits ou des êtres*, on trouve deux autres sens qui s'opposent aux précédents par leur caractère catégorique. En effet, est dit nécessaire la proposition dont la contradiction est connue pour fausse a priori, et sans raisonnement. Les « vérités nécessaires », si l'on admet qu'il y en ait de telles, sont donc celles qui s'imposent à l'esprit humain de telle sorte qu'il soit impossible de les révoquer en toute bonne foi.

Force est de constater que dans notre analyse, cette acception du mot est gênante. En effet, elle laisse entendre à l'esprit que la nécessité médicale existerait en tant que telle parce que soutenir l'inverse- c'est-à-dire que tel acte médical ne serait pas une nécessité- constituerait une évidente inexactitude, serait simplement faux. Ce raisonnement peut sembler séduisant pour certaines catégories d'actes, beaucoup moins pour d'autres. Il apporte peu d'éléments de réponse. En vérité, il s'agit d'un sens qui doit susciter la méfiance puisque celui-ci impliquerait dans notre étude que l'appréciation catégorique, par un médecin, de ce qui serait nécessaire ne pourrait souffrir de contradictions ou de contrepouvoirs ; ce qui poserait difficulté au regard de l'exigence de consentement de la personne

66. Pour finir, est dit nécessaire, l'être qui ne dépend pour exister d'aucune autre cause ou condition : le Dieu de SPINOZA, la substance de DESCARTES¹⁰⁵. Ce sens est à écarter de façon définitive, sauf à considérer que la nécessité médicale procéderait d'une appréciation divine ou originelle, ce qui est bien loin de notre hypothèse. L'apport de ce sens consiste cependant, à faire prendre conscience du caractère sacré qui se cache derrière la notion de nécessité. Cette idée se retrouve, par la suite, en fonction des écoles philosophiques.

2°) En morale

67. Dans un sens moral à présent, « nécessaire » signifie « moralement obligatoire ». Sans doute à la suite d'une ellipse du sens : « est dit nécessaire par rapport à une fin le moyen

¹⁰⁵ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par André LALANDE, société française de

unique de cette fin »¹⁰⁶. C'est-à-dire dans un sens moral, pour bien agir, pour réaliser sa nature idéale. Ce sens est assez répandu, mais il est impropre et prête à l'équivoque. On peut légitimement s'interroger sur le sens dans lequel le législateur l'a entendu. En effet, ce sens moral nous paraît correspondre assez bien à notre hypothèse. La « fin » serait le rétablissement de la santé de l'individu, dans son sens large¹⁰⁷, et le « moyen unique » de cette fin serait l'acte médical plus ou moins invasif. On peut en tout cas affirmer que ce sens moral comporte un caractère imprécis puisque la détermination précise de la fin est éludée. Ce caractère imprécis n'est pas sans conséquence pour une notion de cette importance. C'est la raison pour laquelle notre étude a précisément pour objet de donner les tenants et les aboutissants d'un tel choix et ce, afin de déterminer l'adéquation de cette expression avec les objectifs poursuivis, avoués ou non.

68. Selon les écoles philosophiques ensuite, la conception de la nécessité n'est pas toujours semblable. Par exemple, avec les atomistes, une conception de la nécessité de type causal est à l'œuvre. DÉMOCRITE considère que la cause de toutes choses est le tourbillon qu'il nomme « nécessité ». Toute idée de finalité est étrangère à la physique des atomistes¹⁰⁸. C'est là un sens bien éloigné de celui de notre notion, semble-t-il. En effet, le code de la santé publique regorge de dispositions contenant le terme « finalité ». Par ailleurs, le projet de loi, en 1994, avait au commencement, retenu l'expression « intérêt thérapeutique ». Toutefois, ne faudrait-il pas considérer, en toute logique, que l'éviction volontaire de ces termes, au profit du vocable « nécessité » dans le corps de l'article 16-3 du code civil, est porteuse de signification ? Pour essayer d'apporter une réponse plus complète, la réflexion doit se prolonger par l'étude de la notion selon certains des philosophes les plus marquants.

B. Plusieurs sens selon les auteurs

Opposée à la conception de DÉMOCRITE qui vient d'être évoquée, PLATON a une définition de la nécessité qu'il faut présenter (*I*^o) alors que les stoïciens, eux, ont exploité un

philosophie, éd. PUF, p.676.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ La santé est définie par l'OMS comme un « état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. ».

¹⁰⁸ Les atomes s'agrègent en fonction de leurs caractéristiques de manière strictement mécanique et déterminée. V. *le grand dictionnaire de la philosophie*, sous la direction de Michel BLAIS, éd. Larousse, CNRS éd., 2003, p.716.

sens encore différent (2°). Pour finir, nous évoquerons, de façon brève, l'idée qu'a développée SARTRE, dans son œuvre « *L'être et le néant* » à propos de la nécessité (3).

1°) Chez Platon et Aristote

69. À l'inverse de DEMOCRITE qui présente une conception purement causale de la nécessité, PLATON considère qu'une nécessité purement mécanique ne saurait être principe d'ordre et engendrer un monde ou cosmos. Le *Timée* décrit le monde comme un mélange de nécessité et d'intelligence, cette dernière, figurée par le démiurge, sachant user de la nécessité pour produire le bel ordonnancement du monde¹⁰⁹.

70. La forme mythique en moins, c'est une articulation analogue entre nécessité et finalité, qu'on retrouve dans la physique d'ARISTOTE. Il reconnaît une forme de nécessité inhérente à la matière, qui constitue une condition de la réalisation de ce pourquoi une chose est faite¹¹⁰. Mais la nécessité revêt essentiellement une dimension téléologique, chaque être actualisant sa forme de manière déterminée. Pourtant, en raison de l'accident¹¹¹, le système d'ARISTOTE n'est pas d'un déterminisme sans faille. Dans le monde sublunaire subsiste une part d'indétermination, laissant par conséquent une place pour l'action humaine qui prolonge et complète, en quelque sorte, la nature. Toutefois, le moteur premier, principe de tout mouvement, éternel et immobile, est absolument nécessaire.

71. Le livre V de la métaphysique propose une revue exhaustive des différents sens du nécessaire. Outre la nécessité logique de la démonstration et la notion de nécessité vitale, ARISTOTE développe le sens premier de la nécessité : contrainte, « force » (*bia*), en l'opposant à l'« impulsion » (*horme*) et au choix réfléchi (*prohairesis*). Ce sens paraît également proche de notre notion. Dans l'*Ethique à Nicomaque*, il précise les aspects de l'acte accompli par contrainte, et met l'accent sur son caractère involontaire et donc non susceptible de blâme¹¹². C'est donc dans le sens de « contrainte » qu'ARISTOTE a généralement envisagé la nécessité, ponctuée d'un caractère téléologique. Le lien avec la notion de nécessité en droit ne fait alors plus de doute. On peut penser, à la fois, à la contrainte en droit pénal et à la nécessité en droit en général. En effet, comme il sera démontré ultérieurement, la nécessité

¹⁰⁹ Platon, *Timée*, 48 a.

¹¹⁰ Par exemple, une scie pour accomplir sa fonction doit être en fer.

¹¹¹ Aristote, *Métaphysique*, XI, 8, 1064 b15 et suiv.

¹¹² Ibidem, *Ethique à Nicomaque*, III, 1, 1109 b 30 et suiv.

sert toujours à éviter un « blâme », au sens où elle permet de déroger à une règle légale bien déterminée.

2°) Chez les stoïciens

72. Chez les stoïciens à présent, c'est essentiellement en termes de conséquences morales que se pose le problème de la nécessité. Comme le souligne CICÉRON dans son *Traité du destin*, à travers le récit des paroles de CHRYSIPPE, le destin, ordonnance et série de causes, n'a rien à voir avec la superstition et semble, au contraire, présenter toutes les caractéristiques d'une vision déterministe de la nature. En aucun cas, cependant, il ne s'agit d'une nécessité aveugle. La perfection providentielle du monde justifie l'enchaînement prédéterminé des événements, ainsi que son caractère cyclique (retour éternel). Comment concilier ce monde avec la responsabilité morale ? Même si CHRYSIPPE assimile, selon certains témoignages, le destin et la nécessité au sens causal, il distingue clairement le destin de la nécessité au sens de contrainte. Toute prise de décision a pour cause prochaine une impression, mais la cause première, décisive, de l'assentiment, est l'individu lui-même, son propre caractère¹¹³. La préoccupation des philosophes semble être de parvenir à déterminer la place de la volonté dans la notion de nécessité : soit aucun rôle ne peut être donné à l'individu et à sa volonté dans l'explication de ce qu'est la nécessité, et alors la nécessité s'approche davantage de la notion de destin ou de hasard comme l'étude l'a envisagé plus en amont ; soit, une place est laissée au libre arbitre de la personne et alors la nécessité est autre. Pour terminer cette analyse, un auteur contemporain a apporté sa pierre à l'édifice.

3°) Chez Sartre

73. Dans l'introduction de *l'être et le néant*, SARTRE énonce et démontre trois caractéristiques de l'être : « *L'être est. L'être est en soi. L'être est ce qu'il est* ». La troisième caractéristique signifie que « *l'être ne peut être ni dérivé du possible, ni ramené au*

¹¹³ Dans le *Traité du destin* de Cicéron, Chrysippe illustre ce distinguo par un exemple emprunté à la physique : le « cône » et le « cylindre ». Ces solides ont beau subir le même choc, ils décrivent des trajectoires différentes, l'un tournoyant et l'autre roulant dans la direction imprimée par l'impulsion. Le choc extérieur détermine le corps à se mettre en mouvement, mais elle ne détermine pas la nature de son mouvement, qui ne dépend que de la forme constitutive de son essence. Le point essentiel de cette théorie est que le mouvement du corps trouve sa raison déterminante à l'intérieur de lui-même, et non dans l'impulsion qu'il reçoit. Il en est ainsi du cylindre, qui ne peut se mettre en mouvement sans une poussée (cause prochaine), mais qui roule en raison de sa propre nature (cause première).

nécessaire ». Il poursuit : « *La nécessité concerne la liaison des propositions idéales mais non celle des existants. Un existant phénoménal ne peut jamais être dérivé d'un autre existant, en tant qu'il est existant. C'est ce que nous appellerons la contingence de l'être en soi* ». SARTRE développe, en définitive, l'idée selon laquelle la nécessité ne peut définir l'existence de la personne mais qu'elle concerne bien des propositions idéales, des actions, des idées. La nécessité est dans ce sens, toujours appliquée, subordonnée et n'existe pas par elle-même. C'est une conception plus moderne de la notion philosophique de nécessité.

74. En résumé, le sens général de la nécessité, qu'il convient de retenir en philosophie, est « *ce qui ne peut pas ne pas être ou ce qui ne peut pas être autrement*¹¹⁴ ». Il faut remarquer la formulation négative de la définition. Le nécessaire se définit par ce qui est tel qu'il ne saurait être autrement qu'il n'est. Il s'agit donc d'une approche très exigüe, d'un sens très strict, de la notion de nécessité. Si l'on transposait ce sens à la notion objet de l'étude, celle-ci signifierait que les actes médicaux nécessaires et donc « légaux » sont ceux qui ne peuvent pas ne pas être, ou ne peuvent pas être autrement. On constate que cette vision de la notion ne correspond pas à la totalité des hypothèses que regroupe, en réalité, la nécessité médicale de l'article 16-3 du code civil. Dès lors, il faut rajouter à cette définition le caractère téléologique de la notion de nécessité, décrit par ARISTOTE : le moyen qui ne peut ne pas être ou ne pas être autrement pour aboutir à une fin déterminée.

Après la revue de ce panel de sens, de contraires et de synonymes de la notion de nécessité, le sens courant qu'il est permis de retenir laisse encore perplexe.

75. En conclusion, nous retiendrons que la nécessité contient une idée de contrainte ou/et une idée de besoin. En effet, l'emploi de ce critère alternatif ou additif s'explique car la contrainte instille l'impression selon laquelle la personne soumise à « cette nécessité », (entendons par là « action nécessaire »), n'aurait pas de choix. Alors même que l'idée de besoin, sous-entend pour sa part qu'il peut s'agir d'une action souhaitée par la personne, d'un désir impérieux. La nécessité laisse-t-elle la place à la volonté de la personne ? Nous l'avons vu, c'est une notion qui dépasse largement le cadre du besoin, et qui peut être synonyme

¹¹⁴ *Grand dictionnaire de la philosophie*, sous la direction de Michel BLAIS, éd. Larousse, CNRS éd., 2003, p.715.

d'obligation ou d'exigence. PASCAL a d'ailleurs écrit¹¹⁵, au sujet de la nécessité, que celle-ci se définit comme « *un état de contrainte qui annule ou restreint le libre-choix* ». Tout est dit : la place laissée à la volonté est équivoque. Dans le même sens, l'encyclopédie QUILLET ajoute, au sein de sa définition du mot nécessité, « *la nécessité exclut la liberté* ».

La deuxième conclusion qu'il convient de synthétiser à cet endroit tient à l'idée selon laquelle la nécessité incarne également le moyen inévitable d'atteindre une fin, un objectif, un but¹¹⁶. Elle peut ainsi être la condition d'autre chose. C'est l'idée d'une dépendance entre deux propositions ou deux systèmes de propositions, expliquée en partie par les philosophes.

À présent, l'examen du sens dit « courant », doit laisser la place à l'étude du mot « nécessité » en droit. Ce mot est devenu, au fil du temps, une véritable notion juridique à part entière, dont il convient de dresser un tableau, à l'aide des différentes expressions utilisées dans diverses branches du droit. La variété des domaines juridiques étudiés permet de faire le lien entre la notion juridique générale de « nécessité » et la notion spécifique de « nécessité médicale ». En particulier, nous nous demanderons si un régime juridique commun existe ? Et s'il n'existe pas, est-il envisageable d'en proposer un ?

Section 2 : Les déclinaisons juridiques de la nécessité

76. La notion de nécessité se retrouve sous différentes formes dans diverses branches du droit, telles que le droit civil, le droit pénal ou le droit international. Il faut souligner la tendance à l'extension de l'utilisation de la notion, tant de la notion de nécessité, seule, que de la notion de nécessité « médicale », d'ailleurs. Cette tendance peut amener à considérer cette notion comme étant une notion transversale, qui connaît une généralisation dans son utilisation. Il convient par conséquent d'en détailler les expressions multiples. On observe d'abord une prédominance de l'existence de la notion de nécessité en droit pénal, puisqu'existe la notion bien connue d'état de nécessité (§ 1). Aussi, parce qu'il s'agit de la notion la plus traditionnelle et la plus ancienne parmi celles étudiées ici, le développement débute par une étude sommaire de la notion d'état de nécessité en droit pénal. Ensuite, la logique juridique nous dirige vers la matière régissant les rapports entre les particuliers, le

¹¹⁵ Blaise Pascal, *Les Provinciales ou lettre écrites par Louis de Montalte à un provincial de ses amis et aux RR. PP. Jésuites sur le sujet de la morale et de la politique de ces pères*, éd. Brunshvicg, XVIII, VII, p.30.

droit civil (§ 2) pour enfin terminer l'analyse par une esquisse des points communs. Cette transversalité peut, en effet, conduire à rassembler les points communs autour desquels les différentes façons d'utiliser la notion se retrouvent.

§1. *L'état de nécessité en droit pénal*

C'est à travers l'article 122-7 du code pénal que s'exprime le fait justificatif de l'état de nécessité. Il faut le présenter succinctement dans son contexte pour ensuite comprendre son mécanisme (A). Quelques illustrations jurisprudentielles de la caractérisation de l'état de nécessité sont indispensables pour mieux appréhender sa comparaison avec la notion (B). Enfin, il est intéressant de se pencher sur les manifestations de la notion de nécessité abordée sous l'angle du droit pénal international (C).

A. L'état de nécessité au sein du mécanisme des faits justificatifs

77. Le droit pénal prévoit qu'un sujet de droit n'est responsable de ces actes pour autant que trois éléments soient réunis. Doivent être établis un élément légal, c'est-à-dire un texte de loi prévoyant l'infraction et sa peine, un élément matériel, l'agissement de l'auteur concrétisant l'infraction, et un élément moral, c'est-à-dire l'intention de commettre l'acte réprimé, à ne pas confondre avec le mobile. Lorsque ces trois éléments sont établis, et donc retenus, par la juridiction, l'auteur des faits est reconnu pénalement responsable ; il peut alors être condamné à une peine. Les faits justificatifs sont des « circonstances », au sens courant du mot, de l'infraction qui permettent de neutraliser l'élément légal. Il y a bien un acte matériel commis par une personne, avec l'intention de le commettre. Pour autant, la loi prévoit que, dans ce cas particulier, l'infraction n'est pas constituée car elle est justifiée. Les auteurs qualifient ces « circonstances » d'obstacles à la qualification, de véritables entraves à l'établissement de la qualification ou encore de causes objectives de non-responsabilité¹¹⁷. Il s'agit bien d'irresponsabilité pénale, de la même façon que le médecin n'est, par principe, pas pénalement responsable lorsqu'il porte atteinte à l'intégrité du corps d'un de ses patients, dans les limites du respect de l'article 16-3 du code civil. Plusieurs types de faits justificatifs existent.

¹¹⁶ V. *infra*, chapitre 2, p.102 et s., pour une étude de ce but.

¹¹⁷ Bernard Bouloc, *Manuel de droit pénal général*, 21^{ème} éd., Précis D., p.331.

78. Les auteurs poursuivent la classification de ces faits justificatifs en considérant que l'état de nécessité fait partie des « permissions ». Pour M. BOULOC, il s'agit d'une permission de la loi¹¹⁸. La loi prévoit et aménage le cas de l'état de nécessité. Pour M. PRADEL, il y a les permissions fondées sur une disposition particulière, c'est-à-dire qu'un texte de loi, au sens large, vient prévoir une hypothèse précise, dérogatoire. Ces textes peuvent être de nature pénale, civile mais aussi administrative. À côté de ces permissions de la loi, se trouvent les permissions fondées sur une situation d'urgence, dans lesquelles l'état de nécessité est classé.

79. Il est alors permis d'hésiter sur la catégorie dans laquelle M. PRADEL positionnerait la permission formulée par l'article 16-3 du code civil « en cas de nécessité médicale ». En effet, il s'agit bien d'un texte de droit civil, permettant qu'un acte, normalement susceptible de qualification pénale, ne reçoive pas une telle appellation. De plus, au paragraphe relatif aux dispositions de nature civile constituant une permission, M. PRADEL écrit que celles-ci sont d'inégale efficacité mais que « *parfois la justification est admise sans hésitation. Ainsi, les lois et règlements relatifs à l'exercice de la profession médicale autorisent les chirurgiens à procéder à des opérations sur leurs patients, lesquelles constitueraient des coups volontaires sans cette habilitation* ». Il poursuit, « *on peut encore citer la loi du 22 avril 2005 qui, en permettant au malade de refuser les soins, autorise le médecin à « laisser mourir » et donc à échapper à une poursuite pour non assistance à personne en danger* ». C'est oublier que l'exigence de consentement pour toucher au corps humain est prévue à l'alinéa 2 de l'article 16-3 depuis 1994. Il s'agit là d'un problème différent qui sera étudié ultérieurement¹¹⁹.

80. À la lecture de ces lignes, l'interrogation est permise : sous quelle subdivision classer la nécessité médicale ? S'agit-il d'un cas particulier d'état de nécessité et donc d'une notion autonome, ou au contraire d'un cas de permission de la loi, soit fondé sur un texte précis, soit fondé sur une situation d'urgence. Il est permis de penser que la nécessité médicale est une permission de la loi, puisque formulée par une disposition du code civil- de façon assez générale toutefois- mais que son originalité est qu'elle s'appuie sur un état de nécessité. Il ne s'agit pas pour autant d'une permission de la loi fondée sur une situation d'urgence, au sens classique du terme.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 339.

¹¹⁹ V. *infra* Partie 2, titre 1 de l'étude, p. 273 et s.

Nous entrevoyons déjà que la notion de nécessité médicale ne coïncide pas tout à fait avec les raisonnements traditionnels de l'état de nécessité de la matière pénale. Aussi, il convient d'approfondir cet état de nécessité.

1°) Aux origines de la notion d'état de nécessité

81. L'article 122-7 du code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Il s'agit de la consécration légale par le code pénal de 1994 de la notion dégagée auparavant par la jurisprudence.

82. Il est vrai, le code pénal de 1810 ne contenait aucune disposition générale sur l'état de nécessité ; seulement quelques dispositions particulières¹²⁰. Les juges étaient réticents à consacrer cette notion puisqu'on ne recense pas de décision sur le sujet pendant plus d'un siècle. Est-ce à dire que l'état de nécessité ne correspondait à aucune réalité ? Selon certains auteurs¹²¹, le silence du juge reflétait sa méfiance vis-à-vis d'une notion qu'il jugeait dangereuse et immorale. Les magistrats du parquet ou les juges du fond trouvaient alors des voies parallèles pour ne pas faire appel à l'état de nécessité. Les premiers choisissaient éventuellement de ne pas poursuivre et de classer sans suite. Les autres faisaient appel à la notion de contrainte pour pouvoir acquitter ou relaxer. Comme le souligne très bien l'auteur¹²², la contrainte et l'état de nécessité ne peuvent pourtant être confondus puisque ce dernier laisse subsister la liberté de choix quant à l'attitude à adopter alors que la première constitue une force irrésistible. Le sujet ne peut résister à la contrainte alors que confronté à un état de nécessité, il effectue un choix et doit peser « le pour et le contre » entre tolérer de subir un dommage et commettre une infraction. Par ailleurs, il y a bien intention de commettre l'infraction nécessaire, même si le mobile entraîne la compassion. Il ne faut pas croire à une absence d'intention coupable.

¹²⁰ Art. 328 sur la légitime défense ; Art. R. 38-11 sur l'encombrement sans nécessité de la voie publique par des matériaux ; Art. R.40-9 sur l'abattage d'animaux domestiques sans nécessité.

¹²¹ *Manuel de droit pénal général*, Jean Pradel, 17^{ième} éd., p.322.

¹²² Jean Pradel, *op. cit.* p.323.

83. La première décision reconnaissant l'état de nécessité est un jugement de relaxe du Tribunal correctionnel de Colmar en 1956¹²³ rendu dans une affaire dans laquelle il était reproché à la personne poursuivie une construction sans permis de construire alors que celle-ci l'avait entreprise pour offrir à sa famille des conditions de vie décentes. D'autres juridictions du fond ont suivi¹²⁴ et bientôt la Cour de cassation reconnaissait l'état de nécessité¹²⁵. Des codes étrangers reconnaissent également l'état de nécessité comme excluant la responsabilité pénale¹²⁶.

84. En doctrine française, les auteurs s'accordent dans l'ensemble sur le bien-fondé de la reconnaissance de l'état de nécessité. La commission de l'acte nécessaire, qualifié d'infraction dans d'autres circonstances, répond à un conflit de devoirs. Le sujet doit déterminer une hiérarchie entre les devoirs qui s'imposent à lui et accomplir le plus important quitte à méconnaître les autres en cas de conflit. Par hypothèse, le bien sacrifié est de valeur moindre que le bien sauvegardé ou, dans les cas extrêmes, de valeur égale¹²⁷. L'infraction est donc socialement utile ou, dans le cas extrême, sans impact. La société n'aurait donc pas d'intérêt à punir. En outre, l'infraction nécessaire ne témoigne chez son auteur d'aucune anti socialité. Pour la personne commettant l'acte, « *le crime n'a pas d'attrait, il s'est conduit d'une manière exceptionnelle dans une occasion également exceptionnelle*¹²⁸ ». L'auteur de l'acte ne serait donc pas moralement condamnable.

Quoi qu'il en soit, la doctrine s'accorde à dire que l'état de nécessité doit être d'application étroite¹²⁹. Ce caractère essentiel a un retentissement profond sur le régime de la notion.

¹²³ Tribunal correctionnel de Colmar, 27 avril 1956, D. 1956.500.

¹²⁴ Cour d'appel de Colmar, 6 décembre 1957, D. 1958.357, note P. Bouzt, arrêt reprenant la même définition de l'état de nécessité donnée par P. Foriers.

¹²⁵ Crim., 25 juin 1958, Lesage, J.C.P. 1959, II 10941, note J. Larguier ; Crim., 27 décembre 1961, J.C.P. 1962 II 12652.

¹²⁶ Par exemple, le code pénal suisse dans son article 34-1 : « *Lorsqu'un acte aura été commis pour préserver, d'un danger imminent et impossible à détourner autrement, un bien appartenant à l'auteur de l'acte, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne sera pas punissable si le danger n'était pas imputable à une faute de son auteur et si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte* ».

¹²⁷ Il convient de faire référence à la règle de la raison proportionnée pour l'acte médical, qui fait écho au caractère proportionné que doit présenter l'état de nécessité en droit pénal.

¹²⁸ P. Cuhe, R.P.D.P., 1900, p.1445.

¹²⁹ Comme l'indiquait déjà Grotius, d'après R. Legros, *Une lecture pénale de Grotius*, Académie Royale de Belgique, *Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 5^{ième} série, tome LXXIII, 1987, p.451.

2°) Le régime de l'état de nécessité

85. Diverses conditions sont à réunir pour l'établissement de l'état de nécessité. Pour neutraliser la mise en œuvre de la responsabilité pénale, les auteurs présentent classiquement deux séries de conditions d'interprétation stricte, l'une tenant au danger couru par l'auteur de l'acte nécessaire, l'autre tenant à l'acte lui-même.

a) Conditions tenant au danger

86. Tout d'abord, le danger peut menacer l'auteur des faits ou un tiers qui doit être identifié¹³⁰, et d'après une jurisprudence ancienne, il peut être physique¹³¹ ou moral¹³². Ainsi, la nature du danger est indifférente. Comme le précise l'article 122-7 précité et comme le reconnaissait la jurisprudence, le danger peut menacer l'auteur de l'infraction, un tiers, voire même un bien. Par ailleurs, le péril doit être actuel. La Cour de cassation employait les termes d'« *imminence du péril* ». Désormais, l'article 122-7 du code pénal exige bien un danger actuel ou imminent, reprenant les termes de la Juridiction suprême. C'est d'abord par l'intermédiaire de ce critère que la ressemblance avec notre notion pêche. Il est vrai, la nécessité médicale ne peut contenir d'exigence d'urgence à proprement parler, puisque, justement, la situation d'urgence est une hypothèse dérogatoire. En effet, l'alinéa 2 de l'article 16-3 du code civil dispose que : « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Le cas visé expressément dans ce texte, s'entend, notamment, du cas d'urgence, même si cela n'est pas rédigé de façon explicite. La jurisprudence étant très claire à cet égard¹³³.

¹³⁰ Tribunal correctionnel de Paris, 24 mai 1980, D. 1982, 103, note D. Mayer.

¹³¹ Tribunal correctionnel de Colmar, 27 avril 1956, précité, pour une personne ayant entrepris la construction d'une maison d'habitation sans avoir obtenu de permis de construire, car il logeait dans un local insalubre et nuisible, la santé de ses enfants ayant été atteinte ; TGI Paris, 28 novembre 2000, J.C.P. 2001, II 10573, note C. Ginestet, l'auteur des faits, vivant avec sa femme et un bébé dans un studio de 8 m² et s'installant dans un appartement inoccupé en sciant les gonds de la porte, est relaxé.

¹³² CA Colmar, 6 décembre 1957, s'agissant d'un mari qui, après le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, se rend dans l'appartement de sa femme pour soustraire sa fille mineure à une scène de débauche.

¹³³ CAA Paris, 9 juin 1998, ayant estimé non fautif le comportement du médecin qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, pratique une transfusion sanguine sur un témoin de Jéhovah, en pleine connaissance de la volonté de ce dernier de refuser ce type de soins pour quelque motif que ce soit, D. 1999 277, note G. Pelissier ; RDSS 1999 36 et 717, obs. Cayla, LPA, 23 avril 1999, note Mémeteau. Décision annulée par CE, 21 octobre 2001, estimant que compte tenu de la situation extrême du patient, et en choisissant d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, les médecins n'ont pas, en l'espèce, commis de faute, D. 2001, IR 3253 ; J.C.P. 2002 II 10025, note

Ainsi, il n'est pas pertinent d'affirmer que dans les cas les plus classiques, c'est-à-dire les hypothèses normalement régies par l'article 16-3, on soit toujours en présence d'une situation d'urgence.

87. En outre, avant même de se poser la question de la nature « imminente » du danger, il faut se demander si l'on peut parler de « danger » dans l'hypothèse de la nécessité médicale. Le texte de l'article 122-7 du code pénal impose un danger actuel ou imminent, la conjonction de coordination signifiant bien que la condition est alternative. Celui-ci serait, de toute évidence, constituer par la maladie, ou à tout le moins, de la situation de santé non satisfaisante de l'individu souhaitant faire appel à un médecin.

Récemment, la chambre criminelle a rappelé qu'un danger simplement éventuel ne saurait justifier la commission d'une infraction¹³⁴. Celui-ci doit, par conséquent, être certain. L'intérêt à protéger ne doit pas être hypothétique. D'une manière assez unanime, la doctrine estime que le danger ne doit pas être putatif, c'est à dire résulter de l'imagination de l'auteur des faits, même s'il est vraisemblable. La raison, soulignée à juste titre par MM. LE GUNEHEC et DESPORTES¹³⁵, en est que, l'état de nécessité s'analyse comme un fait justificatif totalement objectif, qui suppose un véritable danger.

Ce caractère objectif mérite d'être souligné et retenu pour la suite de l'étude. La nécessité médicale devrait-elle, par conséquent, répondre à une définition objective ? Il semble qu'elle doive être confrontée à cette exigence.

b) Conditions tenant à l'auteur

88. Ensuite, il faut s'interroger sur la source du péril : peut-il provenir de la faute de l'auteur des faits ? Le texte de l'article 122-7 du code pénal ne pose pas la condition de l'absence de faute de l'auteur de l'acte nécessaire, contrairement à certains textes étrangers¹³⁶ et contrairement à ce qu'a jugé la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt de 1954¹³⁷. M. PRADEL estime que cette condition serait à proscrire car la personne devrait être punie pour

Moreau ; *Ibid.* I 124 n°14 s., obs. Viney ; Gaz. Pal. 2002 1451, note Frion ; LPA 15 janvier 2002, note Clément ; *Ibid.* 19 août 2002, note Guettier ; RCA 2002, n°6, note Guettier ; RFDA 2002, 146, concl. Chauvaux, note de Béchillon ; Revue de Droit de la famille, 2002 n°53, note Frion ; AJDA 2002 259, note Deguergue ; R.T.D.Civ, 2002 484, obs. Hauser ; RDSS 2002 41, note Dubouis.

¹³⁴ Crim., 1^{er} juin 2005, n°05-80.351, J.C.P. *Droit pénal*, septembre 2005, p.11.

¹³⁵ *Droit pénal général*, Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 16^{ième} édition, Economica, p.710.

¹³⁶ Par exemple, art. 54 du code pénal italien et art. 34 du code pénal suisse.

¹³⁷ Rennes, 12 avril 1954, S., 1954 II 185, note P. Bouzat ; V. *infra* n° 48.

sa faute initiale, si celle-ci constitue une infraction, mais elle ne saurait l'être pour le fait accompli sous l'empire de la nécessité, laquelle serait une donnée objective, sans rapport avec la psychologie de la personne¹³⁸. D'autres auteurs écrivent que la condition à respecter est de se trouver devant un « mal injuste¹³⁹ », c'est-à-dire non causé par la propre faute de celui qui le subit ou le redoute, tout en précisant qu'il convient de considérer que cette condition est très discutable. D'autres encore estiment que du fait du silence du code, cette condition pourrait être facilement abandonnée¹⁴⁰ tandis que MM. LE GUNEHEC et DESPORTES sont plus réservés eu égard à l'évolution de la jurisprudence¹⁴¹. Une décision récente de la Cour de cassation nous renseigne sur la question¹⁴² et juge que l'absence de faute de l'auteur est une condition de l'état de nécessité.

c) Conditions tenant à l'acte

89. Enfin, il faut se pencher sur les conditions tenant à l'acte commis. Celui-ci doit évidemment être nécessaire ainsi que proportionné. Le sens qui est attaché au caractère de ce qui est nécessaire résulte ici du sens étroit, c'est-à-dire qu'il doit être impossible de sauvegarder autrement la valeur menacée, d'après le principe de subsidiarité. En d'autres termes, l'acte commis doit être le seul moyen qui permette d'échapper au péril. Par exemple, il a été considéré que l'acte d'opposition à ce que la loi permet ne peut pas être considéré comme nécessaire. Ainsi, un « commando anti-IVG » s'est vu condamné malgré l'argument de l'état de nécessité de sauver des vies, précisément parce que la loi autorisait l'interruption volontaire de grossesse. Leur acte ne faisait pas partie des actes nécessaires, parce que la violation de la loi ne peut pas être constituée par ce que la loi autorise expressément. Un autre exemple est celui de la femme qui dérobe de la viande pour améliorer l'ordinaire de ses enfants, alors que son compte bancaire était largement créditeur et que la quantité dérobée représentait plus de mille francs¹⁴³. Selon M. PRADEL, « beaucoup de prévenus invoquant l'état de nécessité échouent parce que leur infraction n'était pas nécessaire ». Nous

¹³⁸ D'après A. Légal, obs. R.S.C. 1959, p.114.

¹³⁹ *Droit pénal général*, Jacques Leroy, 3^{ème} édition, L.G.D.J., p.175.

¹⁴⁰ M. Roujou de Boubée, *code pénal annoté*, Dalloz, 1996, p. 35.

¹⁴¹ *Op.cit.* p. 710, n° 747.

¹⁴² V. n° 96.

¹⁴³ Cour d'appel de Poitiers, 11 avril 1997, D. 1997, 512, note A. Waxin, J.C.P. 1997, II 22933, note A. Olive ; F. Debove, *La faim ne justifie pas les moyens*, Dr. pénal, 1998, chronique 4.

rajouterions « strictement nécessaire », dans le sens où un autre choix de comportement (licite) aurait pu être envisagé pour atteindre le même but.

90. Si l'on applique cette condition à la notion objet de l'étude, beaucoup d'actes médicaux risqueraient de ne pas être licites car ils ne constitueraient pas le seul moyen d'agir pour le médecin. Souvent plusieurs traitements sont possibles et envisageables pour soigner une personne, et même plusieurs diagnostics. Pourrait-on affirmer que chaque acte médical portant atteinte à l'intégrité du corps d'une personne représente toujours le seul remède, le seul acte possible, pour atteindre la guérison ou l'objectif fixé par le médecin ? Il semble que nous soyons contraints de retenir un sens plus large que celui de l'état de nécessité en droit pénal pour pouvoir rendre licite une grande partie des actes médicaux.

91. À côté du caractère nécessaire, il est exigé que l'acte commis soit proportionnel au péril que la personne veut éviter. Il faut, en définitive, qu'il ait pour but de préserver un bien d'une valeur supérieure à celle du bien sacrifié. L'article 122-7 suscite exclut la justification de l'acte lorsqu'il y a disproportion entre les moyens utilisés pour éviter le dommage et la gravité du péril qui menaçait. Dans la pratique, les hypothèses sont les suivantes, soit le bien sacrifié est d'une valeur supérieure au bien sauvegardé (la vie d'une personne pour sauvegarder ses biens) et alors l'infraction n'est pas justifiée ; soit au contraire, le bien sacrifié est d'une valeur moindre (voler un bien pour sauver sa vie ou celle de son enfant), et alors l'infraction est justifiée ; soit les « biens » en présence sont de valeur égale et, la solution est moins évidente. Une partie de la doctrine refuse de considérer que l'acte accompli était justifié par un état de nécessité et fonde alors l'impunité sur la contrainte morale. Mais pour d'autres, il paraît logique d'admettre la justification puisque l'acte serait indifférent à la société et ne lui nuit pas, et puisque, surtout, il n'y aurait pas, à proprement parler, disproportion, au sens de l'article 122-7. En droit de la santé, on retrouve très souvent l'exigence d'un bénéfice supérieur au risque encouru, notamment dans la réglementation de la recherche. Pour les médicaments, on parle même de « service médical rendu » (S.M.R.) devant être suffisant pour que le médicament soit autorisé à être mis sur le marché. C'est l'idée selon laquelle le bénéfice récolté doit être supérieur, doit primer, sur le risque ou le désavantage encouru par le « patient ».

92. La règle de la « raison proportionnée » que doit respecter l'acte médical paraît également inspirée du régime de l'état de nécessité en droit pénal. En cela, les deux notions présentent une ressemblance incontestable. Il s'agit d'un critère retenu par la doctrine lorsqu'est envisagé le régime de responsabilité des médecins : ceux-ci doivent respecter la

« règle de la raison proportionnée¹⁴⁴ ». En effet, ils ne doivent pas faire courir de risque injustifié à leurs patients au regard du bénéfice attendu par l'acte médical. Cette idée de risque injustifié s'apprécie à la mesure du bénéfice attendu et du désavantage encouru par la commission de l'acte médical. Il semble donc que cela rejoigne la condition de respect des valeurs entre le bien sacrifié et le bien protégé.

93. Quoi qu'il en soit, l'élément majeur à retenir, pour la contribution à la notion de nécessité médicale, réside dans l'idée de « justification ». L'état de nécessité justifie une infraction et la rend inqualifiable. Notre notion résonne du même écho. L'état de nécessité médicale justifierait l'acte médical et donc l'atteinte au corps humain, normalement constitutive d'une infraction pénale.

94. Pour conclure sur la présentation du régime de l'état de nécessité en droit pénal, il est important de souligner que l'effet « justificatif » ne vaut, a priori, que pour la responsabilité pénale. Bien que l'état de nécessité, comme nous l'avons dit, provienne de circonstances objectives, la jurisprudence a considéré que celui-ci ne supprimait pas la responsabilité civile¹⁴⁵. Cette solution s'explique partiellement par le fait que l'infraction, qui répond à une menace, ne lèse normalement pas l'auteur de la menace mais un tiers innocent. Les théories d'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaires offrent alors de possibles fondements. Il resterait, tout de même, à exclure l'hypothèse- rare car elle se trouve davantage sous les traits de la légitime défense- dans laquelle l'auteur de la menace est, dans le même temps, la personne lésée par l'infraction.

Cette considération relative à la responsabilité civile, a été récemment mise au jour¹⁴⁶ par une décision de la Cour de cassation qu'il convient d'expliquer, afin d'en retirer quelques enseignements. Ainsi, après cet aperçu de la notion et de son régime, quelques affaires illustrant nettement le propos doivent être détaillées.

¹⁴⁴ V. Gérard Mémeteau, *Cours de droit médical*, éd. Les études hospitalières, 2010.

¹⁴⁵ Crim., 27 décembre 1884, D. 1885, I 219.

¹⁴⁶ Crim., 1^{er} juin 2010, n° 09-87159, Bull. Crim., n° 96. Dans l'affaire de l'ours, la responsabilité civile de l'auteur de l'acte nécessaire est retenue car l'état de nécessité n'est pas caractérisé par les juges, alors même que la responsabilité pénale ne peut plus être engagée.

B. L'enseignement de quelques illustrations jurisprudentielles

95. Deux affaires assez médiatisées peuvent être exposées, non pour l'intérêt qu'elles ont suscité auprès des journalistes mais bien parce qu'elles comportent des questions difficiles à trancher, et qu'elles reflètent bien la difficulté d'appréciation de l'état de nécessité.

1°) Sur la faute de l'auteur de l'acte nécessaire.

96. Tout d'abord, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu, le 1^{er} juin 2010, une décision précisant la façon dont il faut apprécier le comportement fautif de l'auteur de l'acte nécessaire. Sur ce sujet, une jurisprudence de 1884¹⁴⁷ ainsi que l'ancien code pénal retenaient la condition d'absence de faute, alors que le code pénal de 1994 n'a pas, pour sa part, retenu cette condition et que la doctrine est réservée, voire divisée, sur la question.

Les faits de l'espèce concernent un groupe de chasseurs expérimentés, faisant partie d'une association de chasseurs, et habitués des lieux de la commission de l'infraction. Le prévenu est un des chasseurs, Monsieur M.. L'histoire peut être résumée ainsi. Sur la commune d'Urdoz (64), dans le massif des Pyrénées, ce chasseur participait, depuis le début de la matinée, à une chasse au sanglier et au chevreuil en compagnie de cinq autres chasseurs, tous membres de l'association de chasse Acca d'Urdoz. Lorsqu'ils s'étaient retrouvés le matin du 1^{er} novembre, l'un d'entre eux avait demandé à ses compagnons d'être prudents en leur indiquant, notamment, que des traces d'ours brun avaient été découvertes récemment dans le secteur du "Bendous"¹⁴⁸. Ce même chasseur rencontra l'ourse une première fois et il tira en

¹⁴⁷ V. *supra* n° 94.

¹⁴⁸ La Cour poursuit sur les faits complets : « que la matinée avait été consacrée à une première partie de chasse ; qu'un chevreuil avait été abattu ; qu'en fin de matinée, les six chasseurs se restauraient puis décidaient de poursuivre leur partie de chasse en descendant vers la "Deux" ; que, l'un d'entre eux laissait chasser les chiens lorsque, à un moment donné, leurs aboiements caractéristiques lui faisaient penser qu'ils avaient débusqué un sanglier ; qu'il constatait subitement que les chiens revenaient vers lui et qu'ils étaient poursuivis par un ours ; que le chasseur poussait un cri pour faire fuir l'animal, l'ours se dressait alors, grognait et accrochait l'un des chiens, que ce chasseur tirait alors un coup de feu en l'air pour le faire lâcher prise, que l'ours lâchait le chien blessé et s'éloignait ; que, quelques instants après, l'ours réapparaissait et le chasseur l'entendait venir vers lui en soufflant, il lui jetait alors son vêtement, le mettait en joue mais, l'ours s'étant arrêté dans sa charge, il renonçait finalement à faire feu sur lui et tirait à nouveau en l'air ; que l'ours faisait une nouvelle fois demi-tour ; qu'il quittait immédiatement les lieux et se précipitait pour prévenir ses compagnons afin de faire cesser la chasse ; qu'il réussissait à prévenir tous les autres chasseurs sauf M.M. ; que celui-ci avait entendu le coup de feu et les cris et avait pensé qu'un sanglier avait été débusqué ; que, quelques instants après, il voyait quelque chose passer près de l'étroit couloir où il se trouvait ; qu'il s'approchait pour mieux distinguer, contournait une souche et voyait un ours qui remontait le couloir dans sa direction, précédé de son petit chien ; que M.M. se repliait rapidement vers la falaise, suivi par l'ours, dont il sera établi par la suite qu'il s'agissait de Cannelle, celle-ci repartait et disparaissait de sa vue mais il la voyait revenir quelques instants après, grognant et soufflant puis faisant à nouveau demi-tour ; que le chasseur en profitait pour se replier, prenant un passage le

l'air par deux fois pour la faire fuir et pouvoir s'échapper. Il ne parvint pas à prévenir Monsieur M. qui rencontra, à son tour, l'ourse. Ce dernier arriva à se replier puis à se cacher dans une niche en terrasse, le long de la falaise, et attendit qu'elle parte. Il parvint à joindre par téléphone ses amis qui lui dirent venir à son secours. M.M. sortit alors de sa cachette et retomba quelques instants plus tard sur l'ourse, et comme elle le chargea, il se retourna dans sa course pour lui tirer dessus. Une fois l'animal mort, M.M. fut poursuivi pour destruction d'animal appartenant à une espèce non domestique protégée, délit prévu par l'article L 411-2 du code de l'environnement.

Le Tribunal correctionnel de Pau a considéré que l'infraction était bien constituée, mais que son auteur devait bénéficier du fait justificatif de l'état de nécessité, prévu par l'article 122-7 du code pénal. M.M était donc relaxé. Le Tribunal a par ailleurs, après avoir déclaré les parties civiles recevables en la forme, débouté ces dernières de toutes leurs demandes. En l'absence d'appel du ministère public, et en présence d'appels des parties civiles, la Cour d'appel de Pau ne pouvait revenir sur la relaxe, celle-ci étant définitivement jugée. En revanche, pour statuer sur l'appel des parties civiles, elle devait, néanmoins, examiner si les éléments constitutifs de l'infraction étaient réunis et, dans l'affirmative, rechercher si cette infraction avait causé un préjudice aux victimes afin de prononcer sur les intérêts civils, sans pouvoir infliger aucune peine. La Cour n'a pas retenu l'état de nécessité. Elle a bien caractérisé le danger actuel et imminent ainsi que l'acte proportionné et nécessaire. Malgré la qualification de toutes les conditions légales, elle en a ajouté une, en considérant que le comportement de M.M. était fautif au regard de plusieurs faits et que cela avait pour effet d'exclure la mise en œuvre du fait justificatif. Celui-ci aurait dû, selon la Cour, ne pas aller

long de la falaise vers le précipice situé en contrebas ; qu'à un moment donné, l'homme chutait avec son chien, perdant casquette et fusil, et était retenu, quelques mètres plus bas, sur une niche en terrasse ; que M.M. tentait d'appeler à plusieurs reprises le premier chasseur avec son téléphone portable, mais ne parvenait pas à le joindre ; qu'il réussissait à récupérer son fusil ; que, selon ses déclarations, il allait attendre de longues minutes afin de s'assurer du départ de l'ourse ; qu'il la voyait par intermittence, quelques mètres au-dessus de lui, apparaissant puis disparaissant ; que le premier chasseur réussissait à joindre M.M. sur son téléphone portable et ce dernier lui expliquait qu'il avait rencontré l'ourse et que celle-ci "le gardait" ; qu'il lui disait qu'ils arrivaient à son secours ; qu'après avoir attendu quelques instants et, constatant qu'il n'entendait plus l'ourse, M.M. décidait de s'extraire du précipice et de rejoindre ses amis ; qu'après avoir parcouru quelques dizaines de mètres sur une zone fortement pentue, celui-ci se retrouvait, à nouveau, confronté à l'ourse qui arrivait sur sa gauche ; qu'il tentait de fuir, accélérant le pas, mais il entendait alors l'animal le charger derrière lui en soufflant bruyamment ; qu'à ce moment, entendant le pas de charge se rapprocher, M.M. se retournait par une rotation rapide des épaules et du bassin et faisait aussitôt feu au jugé, l'arme à la hanche, Cannelle s'effondrait dans la pente ; qu'à 18 heures, la dépouille de l'ourse était retrouvée et était identifiée comme étant Cannelle ; que l'autopsie de l'animal et l'expertise balistique établissaient que Cannelle avait été atteinte par un projectile unique, à savoir une balle, qui était entrée en haut de la partie thoracique latérale droite, avait brisé des côtes, pour ressortir au niveau haut du membre postérieur gauche ; que, pour un animal à quatre pattes, l'angle de tir était de l'avant vers l'arrière selon un angle de 30 degrés par rapport à l'axe vertébral, de droite à gauche ; que les blessures, causées par ce tir, étaient mortelles. »

chasser ce jour là, pour plusieurs motifs. D'une part parce que des traces d'ours avaient été trouvées et qu'il en avait été informé, d'autre part, parce qu'à leur habitude, cette association de chasseurs attendait une huitaine de jours après que le berger a déplacé ses moutons, sachant que l'ourse les suivait, pour aller chasser, et que cette fois-ci, ils n'avaient attendu que trois jours. Ils étaient supposés savoir qu'ils pouvaient rencontrer l'ourse. Enfin, le dernier élément ayant caractérisé le comportement fautif est que M.M. n'aurait pas dû sortir de sa cachette mais aurait dû y attendre ses amis, que ce comportement était « *incompréhensible* » selon la Cour d'appel, puisqu'il s'était placé lui-même en situation de danger.

En adoptant les mêmes motifs, la chambre criminelle rejette le pourvoi de M.M. en considérant, comme la Cour d'appel, que : « *si le danger actuel et imminent ayant nécessité le tir sur Cannelle n'est pas contestable au moment où il a été fait, néanmoins le comportement fautif de (M.M.) antérieurement au tir ne lui permet pas d'invoquer le fait justificatif de l'état de nécessité au sens de l'article 122-7 du code pénal* ».

La Cour de cassation fait preuve de sévérité à l'égard de l'auteur de l'infraction, mais plus important encore, elle confirme l'addendum à l'article 122-7. La Cour va au-delà de la loi et ajoute une condition au texte. Une interprétation *contra legem* pourrait presque être retenue, puisque l'ajout revient à modifier substantiellement la notion dont il est question. Il faut en conclure que l'état de « nécessité » en droit pénal ne suffit pas, une autre condition ayant été ajoutée.

Il s'agit là un nouvel élément important à prendre en compte pour le régime de l'état de nécessité. La faute de l'auteur de l'acte nécessaire empêche le jeu du fait justificatif et rend donc inopérante la permission de la loi. L'état de nécessité serait sans effet justificatif face à la faute préalable de l'auteur.

Appliqué à la notion de nécessité médicale, ce raisonnement semble fort peu à propos. Cela signifierait qu'un médecin, commettant une faute le plaçant dans la nécessité d'effectuer un acte médical, ne serait pas exonéré de responsabilité pénale. Cet acte serait alors qualifiable de violences volontaires ? Par exemple, un médecin oublie une compresse dans l'intestin du patient qu'il a opéré. S'en rendant compte après examen, il procède à une nouvelle intervention chirurgicale pour la lui retirer. Cette seconde intervention, bien que nécessaire à la santé de l'individu, serait privée d'effet justificatif parce qu'elle n'a pour cause originelle que la faute du médecin ? Le médecin serait alors coupable d'un délit pénal en l'opérant ? La déduction s'impose : le régime de la notion de nécessité médicale ne peut pas

être assimilé à celui de la notion en droit pénal si l'on suit cette jurisprudence. Il ne s'agit pas, à l'évidence, du même type de permission de la loi, en tout cas au regard du raisonnement adopté par ces deux juridictions.

Enfin, il est important de retenir cette idée de « justification » car en matière d'atteintes au corps humain, le critère de l'acte « justifié » ou du risque « justifié » se rencontre à plusieurs reprises.

2°) Sur l'absence de moyens alternatifs.

97. La seconde illustration riche en enseignements est celle des procès des « faucheurs » de plans de maïs génétiquement modifiés. En effet, au cours des dernières années, la justice a été saisie de nombreuses affaires concernant la destruction volontaire d'organismes génétiquement modifiés. Dans ces hypothèses, l'état de nécessité est souvent invoqué par les prévenus, mais sans véritable succès, sauf auprès de certaines juridictions de première instance, comme par exemple, dans un jugement du Tribunal correctionnel d'Orléans du 9 décembre 2005. L'originalité de cette décision tient à ce qu'elle retient que l'état de nécessité est constitué par la non-transposition par la France d'une directive communautaire¹⁴⁹, ce défaut de transposition caractérisant le danger¹⁵⁰. Le raisonnement est le suivant : le niveau de protection offert lors de la réalisation des faits incriminés n'aurait pas été équivalent à celui qui aurait résulté de la transposition de cette directive, de sorte que la carence du droit national est avérée et la condition de l'état de nécessité remplie. Cependant, la Cour d'appel d'Orléans a jugé, le 27 juin 2006, que l'état de nécessité ne pouvait être caractérisé, car il résulte de l'argumentation même des prévenus, que la non-transposition de la directive de 2001 ne constitue pas le danger allégué et que la question qui demeure est celle du danger ou de l'innocuité des organismes génétiquement modifiés. La Cour estime alors qu'il convient de qualifier la situation de « risque » et non de « danger » car celui-ci est plus ou moins probable. En résumé, elle met l'accent sur la différence entre ces deux notions en soulignant que le danger appelle la commission d'une infraction et que le risque appelle l'application du principe de précaution, laissé à l'appréciation du pouvoir exécutif. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 2007¹⁵¹, abonde dans le même sens.

¹⁴⁹ Directive 2001/18/CE.

¹⁵⁰ Jean-Philippe Feldman, « Les faucheurs d'OGM et la Charte de l'environnement sur le jugement du Tribunal correctionnel d'Orléans du 9 décembre 2005 », D., 2006, n°12, p.814 ; Amandine Capitani, « L'état de nécessité entre loi, droit communautaire et constitution », Petites affiches, 26 avril 2006, n°83, p.13.

¹⁵¹ N° de pourvoi: 06-86628 (non publié au bulletin).

98. De façon générale, la chambre criminelle de la Cour de cassation ainsi que les Cours d'appel qui se sont prononcées sur le sujet¹⁵², ont estimé que plusieurs conditions de l'état de nécessité faisaient défaut. La Cour de cassation présente, par ailleurs, une jurisprudence constante sur la question depuis 2002¹⁵³.

99. Le même raisonnement est suivi dans une affaire de destructions de récoltes tout à fait similaire, ayant donné lieu, d'abord, à un jugement du Tribunal correctionnel de Versailles, le 12 janvier 2006. Lors de cette première instance, la relaxe avait été prononcée au regard de l'existence d'un état de nécessité. Toutefois, la Cour d'appel de Versailles, le 22 mars 2007, a estimé que plusieurs conditions étaient manquantes. D'abord, il n'existait pas un danger actuel ou imminent car la crainte des faucheurs n'était fondée que sur une éventualité appelée à se développer dans le futur. Ensuite, les prévenus disposaient de voies de droit pouvant éventuellement statuer en urgence, leur permettant de discuter devant les juridictions compétentes de la légalité des autorisations d'essais en plein champ, ce qui démontre bien que l'action engagée se situait en fait au niveau du choix politique, et qu'elle ne pouvait dès lors pas entrer dans le champ de « l'état de nécessité » « *sauf à introduire dans la législation pénale la justification de tous les comportements infractionnels de nature à appeler l'attention sur un désaccord avec les décisions démocratiquement prises par l'autorité légale* ». Enfin, la Cour retenait que la proportionnalité entre les faits incriminés et la gravité de la menace évoquée n'était pas respectée. Elle ajoutait que les articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'entrent pas dans le champ d'application de la notion juridique d'état de nécessité exonérant une personne de toute responsabilité pénale. Cette convention ne confère pas le droit aux ressortissants d'un Etat signataire de commettre sciemment une infraction pour exprimer leur opinion. Enfin, la Cour jugeait que le principe de précaution est, par nature, antinomique avec l'état de nécessité car il implique un danger ni actuel ni imminent. La notion de précaution devant être intégrée, par ailleurs, dans une analyse globale d'opportunité qui relève de la seule autorité du pouvoir exécutif et ne saurait interférer avec la notion juridique d'état de nécessité, sauf à introduire dans le droit pénal des variations au gré des intérêts divers et contradictoires et donc une insécurité juridique, d'après la Cour.

¹⁵² V. également l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, chambre correctionnelle, en date du 14 avril 2005 (ayant annulé le jugement du tribunal correctionnel de Toulouse, en date du 8 novembre 2004) suivi par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 7 février 2007, n° 06-80108 ayant estimé que c'est à juste titre que la Cour d'appel a écarté l'argumentation des prévenus mais qui se borne à constater que, « la Charte de l'environnement ne [pouvait] être invoquée, en l'espèce, pour fonder l'existence d'un état de nécessité ».

¹⁵³ Crim., 19 novembre 2002, D. 2002 IR p. 3309.

100. La chambre criminelle de la Cour de cassation, le 27 mars 2008, confirmait la manière dont la Cour d'appel envisageait la notion d'état de nécessité. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, par une décision du 29 juin 2010¹⁵⁴, a déclaré irrecevable la requête des militants condamnés par la justice française, considérant parmi beaucoup d'autres éléments, que l'état de nécessité ne pouvait être invoqué.

101. Une première idée intéressante, au regard de la présente étude, se dégage de l'ensemble de ces arrêts. Pour que la juridiction qualifie le fait justificatif d'état de nécessité, il convient qu'aucun autre moyen n'ait pu être employé pour éviter le dommage ou le danger. Là encore, cette condition de caractérisation pêche contre la notion de nécessité médicale que l'on pourrait dépeindre. Pour calquer ce régime, il conviendrait que le médecin accomplissant un acte attentatoire à l'intégrité corporelle d'une personne n'ait aucune autre possibilité d'action pour soigner celle-ci. Nombreuses sont les hypothèses qui viennent à l'esprit pour illustrer la contradiction. Par exemple, on pourrait penser à l'hypothèse d'une coloscopie, acte par nature invasif et comportant des risques, effectuée par un médecin pour rechercher la cause de maux de ventre persistants alors que d'autres analyses sanguines, ou autres, pourraient déjà permettre d'évincer ou de rechercher certaines pathologies. La solution la plus efficace est parfois préférée par le médecin alors que d'autres méthodes sont envisageables, même si, au final, celles-ci ne permettent peut-être pas d'établir le diagnostic. En outre, cela voudrait dire que toutes les autres solutions alternatives doivent être préférées à l'acte invasif ou plus globalement à la médecine.

102. Pour apporter une vue complète, il paraît toutefois honnête de souligner une jurisprudence en sens contraire, ne posant pas cette condition. Il s'agit d'une décision, qui semble isolée, de la Cour d'appel de Papeete du 27 juin 2002¹⁵⁵. La Cour relaxe le prévenu, poursuivi pour détention de stupéfiants, en retenant que l'état de nécessité dans lequel il se trouvait justifiait la consommation de cannabis. L'état de nécessité est caractérisé, en l'espèce, par la paraplégie et les souffrances constantes endurées (le danger) qui rendent nécessaire la détention de pieds de cannabis pour la confection de tisanes pour la sauvegarde de sa santé et donc de sa personne. Le moyen employé, c'est-à-dire l'infraction commise, est reconnu

¹⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2010, n° 48629/08.

¹⁵⁵ Cour d'appel de Papeete, chambre correctionnelle, 27 juin 2002 commenté par Pascal Gourdon, « *La consommation de cannabis nécessaire à la sauvegarde de la santé : une application contestable de l'article 122-7 du code pénal* », D., 2003, n°9, p. 584.

comme étant proportionné par rapport à la gravité de la menace. Toutefois, la Cour ne s'attarde pas à exclure de façon incontestable les autres moyens médicaux à la disposition du prévenu pour soulager ses souffrances. Celui-ci argue des effets secondaires néfastes que lui causent les médicaments prescrits (antalgiques) contrairement à l'effet antalgique du cannabis qui ne lui abîmerait pas les reins. La Cour s'arrête à cette considération et on peut, pour les besoins du raisonnement juridique, regretter une absence d'expertise ou d'avis médical ou simplement de motivation plus détaillée. La conclusion en est que la Cour n'a pas mis en œuvre une interprétation stricte des conditions de l'état de nécessité, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, et paraît avoir jugé en équité.

103. Ces considérations portent à croire que le domaine médical ferait exception au sein de l'exception et constituerait une hypothèse dans laquelle l'état de nécessité, au sens large, doit être entendu et considéré non rigoureusement mais de façon souple voire élastique. En effet, l'absence d'autres moyens alternatifs propres à éviter le danger n'est pas une condition nettement définie de l'action médicale portant atteinte à l'intégrité du corps humain. De plus, l'absence de faute de l'auteur de l'acte nécessaire n'est pas non plus une condition de la licéité de l'acte médical, à proprement parler.

Pour terminer l'étude de la notion de nécessité en droit pénal, il semble inévitable d'aborder, de façon synthétique, ses manifestations en droit pénal international. Même si, cette matière très particulière ne fait pas partie du droit pénal à proprement parler, il paraît intellectuellement cohérent de la présenter à cet endroit.

C. La notion de nécessité sous l'angle du droit pénal international

104. L'étude de la notion à travers les décisions des juridictions internationales met en avant le caractère irrésistible qui est exigé pour pouvoir retenir un état de nécessité constitué. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Krupp et autres*¹⁵⁶, le Tribunal de Nuremberg a jugé que les douze prévenus poursuivis n'avaient pas agi sous la pression déterminante des autorités allemandes et que le traitement inhumain, dont ils s'étaient rendus coupables, ne constituait pas, en l'espèce, le seul acte nécessaire à éviter la menace de leurs supérieurs. En conséquence, il n'y aurait pas de nécessité lorsque la volonté du subordonné coïncide avec

celle du supérieur qui a donné l'ordre illégal. De plus, le Tribunal militaire a déclaré que les actes illicites devaient être absolument nécessaires pour empêcher un mal sérieux et irréparable et strictement proportionnés par rapport au mal évité. Dans cette affaire, les juges ont considéré que le « danger » encouru par Krupp était de perdre son entreprise et, pour les autres prévenus, de perdre leurs postes. Ainsi, il n'y avait aucune proportionnalité.

105. Dans le même ordre d'idées, dans une affaire du 7 octobre 1997, la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que l'état de nécessité et la contrainte ne peuvent jamais constituer des moyens de défense totalement exonérateurs pour un soldat poursuivi pour crimes contre l'Humanité ou pour crimes de guerre impliquant la mort de personnes innocentes. Pour la majorité des juges internationaux, l'état de nécessité pourrait être accepté uniquement en tant que circonstance atténuante¹⁵⁷. À l'inverse, le Statut de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 à Rome, a reconnu l'universalité des faits justificatifs et a prévu leur application. L'article 31 de celui-ci prévoit que la contrainte et l'état de nécessité sont des motifs d'exonération de la responsabilité pénale. Il dispose qu' « *une personne n'est pas pénalement responsable si le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour, a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter...* ». La condition de proportionnalité est également exigée.

106. Dans un tout autre domaine, la Cour internationale de justice a rendu un avis en date du 9 juillet 2004¹⁵⁸ sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Elle s'est penchée sur la question de l'existence d'un état de nécessité, invoqué par Israël et en a conclu que les conditions d'application n'étaient pas réunies : « *Au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est*

¹⁵⁶ *Krupp and others*, United States Military Tribunal at Nuremberg, June 30, 1948, *Annual and Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, Londres, Butterworth&Co (Publishers), Ltd.

¹⁵⁷ Affaire IT-96-22-A du 7 octobre 1997, V. à ce propos « *L'état de nécessité sous l'angle du droit pénal comparé et de la justice pénale internationale* », Phèdre Kalamatianou, *Revue internationale de droit comparé*, 2004, p. 449.

¹⁵⁸ « *Chronique de jurisprudence internationale* », Philippe Weckel, *Revue générale de droit international public*, 1^{er} octobre 2004, n°108-4, p. 1017.

prévalu pour justifier cette construction ». On remarque, encore une fois, l'exigence de l'absence de moyen alternatif pour pouvoir retenir l'état de nécessité.

107. Enfin, une affaire, non jugée par une juridiction internationale, mais concernant un étranger poursuivi pour avoir refusé d'exécuter une mesure de reconduite à la frontière, paraît intéressante. La chambre correctionnelle de la Cour de Toulouse, a retenu, dans cette décision du 15 février 2001, que le prévenu devait être relaxé du chef du refus d'exécution sur le fondement de l'état de nécessité. L'intéressé était connu dans son pays d'origine pour ses prises de position de nature à provoquer des réactions hostiles de la part des services de sécurité locaux. Par conséquent, il avait pu légitimement refuser d'embarquer, sans violence, à bord de l'avion, accomplissant ainsi un acte nécessaire à sa sauvegarde afin d'éviter le danger qui le menaçait. La relaxe intervenue sur le fondement de l'article 122-7 du code pénal mérite d'être relevée à cet endroit car il est sous jacent, que la nécessité retenue était de nature politique. Le prévenu souhaitait échapper à des mesures de police arbitraires qu'une société démocratique ne saurait tolérer. Selon Jean-Pierre DELMAS SAINT-HYLAIRE, l'intrusion de l'état de nécessité politique dans la répression pénale ne doit pas surprendre car il se manifeste déjà à l'occasion de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est vrai, celle-ci prévoit que pour apporter des restrictions aux libertés fondamentales qu'elle entend protéger et garantir, il convient de remplir un condition essentielle, celle de ne constituer que des restrictions « nécessaires, dans une société démocratique » à la protection de valeurs particulièrement dignes d'intérêt. En l'absence de nécessité politique, les restrictions apportées par l'Etat, qui ne sont autres que des sanctions pénales, se trouvent dépourvues de raison d'être et peuvent être condamnées par la Cour européenne. La Cour de cassation elle aussi, a rendu divers arrêts à cet égard, décidant que certaines restrictions apportées par notre droit à la liberté de la presse devaient désormais être regardées comme n'étant plus nécessaires au regard des impératifs démocratiques de la Convention européenne¹⁵⁹.

108. Comme le souligne M. DELMAS SAINT-HYLAIRE, cette analyse nous renvoie irrémisiblement vers l'article huit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, consacrant la légalité des délits et des peines, mais pas seulement. Cet article énonce également le principe selon lequel « *la loi ne doit établir que des peines*

¹⁵⁹ Crim., 16 janvier 2001, Bull. crim. n°10 ; Crim., 20 février 2001, Revue de droit pénal, commentaire 86, M. Véron ; Crim., 4 septembre 2001, J.C.P. 2001 II 10623, conclusions D. Commaret et note A. Lepage.

strictement et évidemment nécessaires... ». En résumé, n'est légitime que la répression pénale qui apparaît nécessaire au regard des impératifs démocratiques. La nécessité, sous cet angle là, représente deux moyens d'échapper à la répression pénale. Le premier est celui employé par le prévenu pour échapper à l'incrimination, l'état de nécessité tel qu'il a été étudié précédemment. Le second est celui employé par le prévenu pour essayer de démontrer que la règle d'incrimination elle-même ne répond à aucune nécessité dans la société démocratique actuelle, en référence à la façon de penser de la Cour européenne.

109. L'éclairage particulier du droit international a permis de confirmer divers éléments caractérisant l'état de nécessité. C'est, de façon générale, une notion permettant une grande marge d'appréciation. C'est aussi une notion qui est normalement caractérisée par l'absence de possibilité d'agir autrement et qui doit répondre à une proportion certaine. Elle doit enfin être considérée comme le fondement des incriminations pénales, avant d'être considérée comme un fait justificatif permettant de s'en échapper.

110. Pour conclure sur la notion de nécessité en droit pénal, nous reprendrons l'excellent résumé de MM. LE GUNEHEC et DESPORTES : *« En définitive, l'état de nécessité constitue une cause d'irresponsabilité particulière en ce qu'elle relève plus de l'équité que du droit. Elle permet aux juridictions du fond de faire fléchir le droit devant la réalité, et d'éviter de prononcer des condamnations qui heurteraient le sens commun. Elle constitue -d'une certaine manière- la possibilité donnée aux juridictions de prolonger le pouvoir d'opportunité des poursuites reconnu au seul ministère public, en relaxant l'auteur d'une infraction qu'il aurait été plus sage de ne jamais déférer devant les tribunaux répressifs »*.

Là encore, cette analyse résonne avec la notion de nécessité médicale. L'état de nécessité en droit pénal n'existe que par sa reconnaissance judiciaire, ne transparaît que par l'appréciation du juge. Il n'a pas de réalité en dehors de sa reconnaissance par une juridiction. De même, la nécessité médicale n'existe qu'à travers l'appréciation du corps médical. Comment en serait-il autrement alors qu'il s'agit d'une notion éminemment subjective, que le droit présente comme devant avoir un contenu objectif ? La seule possibilité consiste alors en ce qu'elle soit appréciée par quelqu'un ou plus précisément par une autorité, juge ou médecin. Se posera plus en aval la question de sa légitimité. Les auteurs parlent d'ailleurs de pouvoir d'opportunité des poursuites. Comment ne pas en conclure que le pendant de la nécessité médicale est le pouvoir d'opportunité d'effectuer des actes par le médecin ?

L'angle pénal de l'étude de la notion de nécessité a permis de relever bon nombre de points communs hypothétiques, mais aussi bon nombre de différences potentielles, avec la notion particulière qui nous intéresse. Avant de synthétiser ces points communs, il convient d'établir un aperçu de la notion dans la matière civile.

§2. *La notion de nécessité en droit civil*

111. C'est d'abord dans le domaine du droit des contrats que l'on peut retrouver trace de la nécessité en droit civil (A), notamment à travers les notions de contrainte et de violence contractuelle, puis à travers la notion de force majeure. C'est ensuite en matière de quasi-contrats que la notion de nécessité joue un rôle, par le biais de la gestion d'affaires (B). Enfin, la nouveauté de la loi réformant les dispositions relatives aux majeurs protégés, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, tient essentiellement à l'inscription de principes gouvernant les mesures de protection, au nombre desquels figure la nécessité (C).

A. *La nécessité en droit des contrats*

L'étude de la doctrine et de la jurisprudence amène à penser que le vice du consentement tenant à la violence peut faire appel à la notion de nécessité (1^o). Une seconde manifestation de la nécessité en droit des contrats peut être envisagée, celle de l'hypothèse de la résiliation unilatérale par une partie au contrat (2^o). La nécessité relève toujours dans ces hypothèses du cas de figure exceptionnel et non du cas de principe. La thèse de doctorat du professeur Roger PALLARD le démontre d'ailleurs par la dénomination de son sujet : « *L'exception de nécessité en droit civil*¹⁶⁰ ». Le cas de la force majeure est également révélateur du caractère exceptionnel et dérogatoire de la notion de nécessité (3^o).

1^o) *L'hypothèse de la faiblesse du contractant et de la violence*

112. Il s'agit d'abord d'étudier la notion de nécessité dans le cadre des vices du consentement. Dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 13 janvier 1999, les conseillers retiennent la caractérisation, par la Cour d'appel, des violences morales ayant vicié le consentement d'une personne vulnérable et l'ayant conduit à

¹⁶⁰ « *L'exception de nécessité en droit civil* », Roger Pallard, thèse, 1948, éd. L.G.D.J., préface de René Savatier.

vendre sa maison. Ils prononcent alors l'annulation dudit contrat de vente conclu en faveur d'une société dans le but de voir y héberger les membres d'une communauté. M. Jean ROVINSKI a commenté cette décision¹⁶¹ en commençant par expliquer que la notion originelle de violence comme vice du consentement dans le code civil avait laissé la place, sous l'effet de l'évolution de la pratique du contrat, à la notion de contrainte morale déjà plus large, elle-même concurrencée ensuite par celles plus modernes d'abus de pouvoir contractuel, d'abus de puissance économique et d'exploitation de la faiblesse du cocontractant, consacrées par le législateur.

113. Puis, l'auteur explique les vecteurs de la violence contractuelle. Parmi ceux-ci, il souligne le fait que les risques de violence contractuelle sont d'autant plus forts que l'inégalité du pouvoir de négociation des parties est grande, soit que l'une soit particulièrement faible, soit qu'elle soit par son expérience, son professionnalisme, son savoir, particulièrement puissante. En particulier, il pointe les situations contractuelles privilégiées génératrices de violences, dès lors que l'enjeu du contrat est différent pour chaque partie et qu'il peut constituer un formidable moyen de pression. Ainsi, il cite quatre circonstances : le caractère facultatif ou obligatoire de l'accord, l'urgence à contracter ou l'état de nécessité, la situation de monopole et pour finir, la pré-rédaction des clauses du contrat et la forme d'adhésion du consentement.

114. Bien évidemment, c'est l'hypothèse de l'état de nécessité qui doit être relevée dans le cadre de l'étude. L'auteur détaille cette hypothèse en expliquant que « *le cocontractant dominant exploite quelquefois les circonstances génératrices de gêne, d'urgence, de nécessité à contracter imposées à l'autre partie* ». Il en est ainsi, par exemple, dans les contrats d'assistance maritime, ou en cas de gêne financière du cocontractant et d'un besoin pressant d'argent, en cas d'exploitation d'une situation de pénurie, en cas de renégociation d'un bail, en cas de menace illégitime de voie de droit pour obtenir des engagements injustes et enfin dans les relations inégalitaires au travail. Tous ces exemples sont étayés de jurisprudence. M. ROVINSKY conclut en écrivant que ces circonstances objectives (dont l'état de nécessité), qui peuvent se cumuler et être exploitées par le contractant dominant, constituent les instruments de la violence contractuelle alors même qu'elles demeurent étrangères à la définition classique de celle-ci. La notion classique de

¹⁶¹ « *Le vice de violence et l'abus de situation contractuelle ; Note sous Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 13 janvier 1999, Société Jojema contre Madame Bosse Platière* », Jean Rovinsky, Gazette du Palais, 28 octobre 2001, n°301, p.34.

violence est donc étendue et redéfinie comme un état de contrainte morale, c'est-à-dire l'exploitation d'un état de nécessité d'une partie par l'autre partie. Pour l'auteur, il n'y a pas en droit civil contractuel de frontière précise entre la violence objective (qu'il appelle état de nécessité contractuel) et la violence subjective (qu'il appelle annihilation de la volonté à un degré variable). Il est difficile de voir s'il y a eu volonté réelle ou non. Selon l'auteur, il convient donc de choisir un autre critère que l'influence sur la volonté pour caractériser la violence. Ce critère serait l'exploitation ou non d'un état de faiblesse. Il propose une nouvelle vision de la violence à partir de cet arrêt : l'abus de situation contractuelle dominante.

115. Dans le même ordre d'idées, M. Pierre-Yves GAUTIER a écrit un article, à propos d'un arrêt de la première chambre civile du 30 mai 2000¹⁶², dans lequel il fait état de la position de la Cour de cassation. Celle-ci casse et annule une décision de Cour d'appel refusant d'annuler la transaction passée entre un garagiste et son assurance, le premier arguant d'un état de nécessité l'ayant conduit à conclure la transaction. La première chambre civile condamne le raisonnement de la Cour d'appel, en considérant que la contrainte économique n'appartient pas au domaine de la lésion mais bien au domaine de la violence et donc des vices du consentement. Elle consent donc à l'annulation de la transaction car le garagiste, victime d'un incendie, avait été placé dans un état de nécessité ayant vicié son consentement. En effet, la première chambre civile requalifie ainsi : « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence et la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ». Ici, le consentement est arraché sous la pression des circonstances, qui ne sont assurément pas le fait du cocontractant, mais dont il profite.

116. Il faut enfin signaler que l'avant-projet de réforme du droit des obligations¹⁶³, présenté au Ministre de la justice, le 22 septembre 2005, par le Professeur Pierre CATALA, et fruit de nombreuses contributions, contient assurément bon nombre d'avancées à venir en matière de vices du consentement, notamment au regard de la violence. Ce projet prévoit de consacrer l'élargissement de la notion de violence à l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse provoquée par un état de nécessité ou de dépendance. La rédaction de l'article 1114-

¹⁶² Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169 ; Defrénois, 2000.1124, obs. Ph. Delebecque ; « *Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction* », Pierre-Yves Gautier, R.T.D. Civ. 2000 p. 863.

3 du projet est ainsi conçu : « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cet état de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* ».

Cet article est à comparer avec l'article 109 du chapitre quatre des Principes européens de droit des contrats¹⁶⁴, n'ayant pas de valeur juridique contraignante, qui précise qu'une partie peut provoquer la nullité d'un contrat si, lors de sa conclusion, elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation. Ces dispositions ne font pas appel à notion d'état de nécessité mais aux notions voisines de dépendance, besoin, détresse et urgence.

117. Monsieur Romain SIRI a écrit un article¹⁶⁵ relatif aux vices du consentement prévus dans l'avant-projet suscité, dans lequel il explique le potentiel insoupçonné du vice de faiblesse ainsi consacré. Il écrit notamment que les critères de nécessité, d'avantage manifestement excessif et d'exploitation « *sont d'une prévisibilité proportionnée à la mesure du juge qui les emploiera. La subjectivité inhérente à la caractérisation de la violence économique nuira probablement à la sécurité juridique mais assurera une large protection aux contractants puisque l'enjeu de l'imprécision des formules gravées dans le texte réside dans la possibilité de les invoquer devant les tribunaux sans s'enfermer dans un carcan notionnel* ».

Cette analyse paraît pouvoir s'appliquer avec pertinence à la notion de nécessité en général. En effet, dans notre hypothèse, la nécessité n'est pas appréciée par un juge mais par un médecin qui bénéficie alors d'une notion à contenu élastique, subjective, imprévisible.

¹⁶³ V. le Rapport intitulé « *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005* », publié à la documentation française, 2006.

¹⁶⁴ Article 4:109 des Principes européens de droit des contrats, n'ayant pas de valeur juridique contraignante.

¹⁶⁵ « *Propos critiques sur les vices du consentement dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations* », Romain Siri, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} avril 2008, p. 897.

L'auteur, Monsieur SIRI, qualifie même cette notion de « critère déstructuré ». Pour autant, il salue ce qu'il considère comme une notable avancée, car assouplissant les éléments constitutifs traditionnels du vice de violence contractuelle et englobant les formes modernes de contraintes exercées lors de la conclusion d'un contrat.

Enfin, autant dans l'actuel code civil que dans le projet de réforme, l'appréciation des vices du consentement et donc de l'état de nécessité, se fait toujours *in concreto*, eu égard aux personnes et aux circonstances.

118. Finalement, l'existence de l'état de nécessité en droit des contrats est plutôt réduite, et cette notion est, en règle générale, d'usage limité. Cependant, on retient que, dans ces hypothèses, l'état de nécessité se définit comme le signe d'un état de faiblesse d'une partie, dont l'autre tire profit, commettant ainsi des actes violents moralement (contrainte). Il est opportun de noter également que cette idée de partie dominante, pouvant abuser de son pouvoir ou de son savoir, fait penser à une certaine image que l'on peut avoir de la relation médicale, même si celle-ci tend à évoluer vers moins de paternalisme. Le médecin serait alors la partie au contrat qui détient le savoir et le professionnalisme et qui exerce son pouvoir face à une personne vulnérable, voire en situation de faiblesse, de par sa maladie ou son ignorance.

Toutefois, cette description quelque peu caricaturale de la relation entre un médecin et son patient constitue la nature même du « colloque singulier » et peut difficilement être autrement. Ainsi, la référence à l'état de nécessité du patient peut sembler logique et la permission de la loi, afin que la violence, tant au sens civil que pénal ne soit pas caractérisée, paraît alors tout à fait cohérente.

2°) L'hypothèse de la résiliation unilatérale

119. Une seconde manifestation de la nécessité en droit des contrats mérite d'être relevée, même si, là encore, son existence est résiduelle. Il s'agit de l'hypothèse de la résiliation unilatérale du contrat par une partie.

À l'occasion d'une décision de la première chambre civile, rendue le 9 juillet 2002¹⁶⁶, le pourvoi d'une abonnée dont le contrat de fourniture d'électricité avait été résilié par l'établissement EDF-GDF est rejeté. Monsieur Christophe LACHIEZE, commentant l'espèce, a conclu que la résolution judiciaire, conforme aux exigences de la loi, reste la sanction de

principe. Il explique que la résiliation unilatérale, n'étant admise que dans des hypothèses particulières et aux risques et périls de son auteur, est une technique dérogatoire. Si le contractant, « répudié », agit devant une juridiction pour se plaindre d'une résiliation unilatérale, l'auteur de la rupture, devra justifier son acte en établissant des circonstances particulières permettant de déroger au principe de la résolution judiciaire. Ces circonstances sont la gravité du comportement ou bien encore l'urgence ou l'état de nécessité, notamment. L'état de nécessité d'une partie serait donc une circonstance permettant la résiliation unilatérale et permettant de se dispenser de la résolution judiciaire¹⁶⁷.

Il faudra retenir que la notion d'état de nécessité permet encore une fois de déroger au principe, à la règle préétablie. Il s'agit du même mécanisme de dérogation que celui de la notion d'état de nécessité en droit pénal.

3°) La force majeure, expression de la nécessité ?

120. Le contrat étant la loi des parties, le débiteur qui ne respecte pas ses engagements et n'exécute pas une ou plusieurs de ses obligations contractuelles peut se voir obligé de verser des dommages et intérêts pour le préjudice résultant de l'inexécution contractuelle¹⁶⁸. Les articles 1147 et 1148 du code civil prévoient les circonstances dans lesquelles le débiteur défaillant n'est pas redevable de ce dédommagement : la cause étrangère, non imputable au débiteur, sans mauvaise foi de sa part, et la force majeure. L'article 1148 du code civil prévoit qu'« il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

121. La jurisprudence a défini la force majeure selon trois caractères : celle-ci doit être irrésistible, imprévisible et extérieure à la personne du débiteur¹⁶⁹. Un événement irrésistible est celui à l'encontre duquel il n'est pas possible d'aller. La force majeure doit être irrésistible dans son exécution. Le caractère inévitable, « qui s'impose irrémissiblement », est

¹⁶⁶ Civ., 1^{ère}, 9 juillet 2002, Mme Back contre EDF-GDF, n°1102, Juris-Data n°2002-015145, commenté par Christophe Lachieze, J.C.P. éd. entreprise, n°16, 17 avril 2003, p. 717.

¹⁶⁷ V. sur cette question, « *Le droit de rupture unilatérale : genèse et nature* », Philippe Delebecque, Droit et Patrimoine, 1^{er} mai 2004, n°126, p.57 ; « *Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi n°08.14.524* », Caroline Pelletier, Revue des contrats, 1^{er} avril 2010, p. 690.

¹⁶⁸ Article 1142 du code civil : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

¹⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, Bull. Civ. I n° 243.

également le propre de la définition stricte de la notion de nécessité. L'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat, après avoir été abandonnée par la jurisprudence pendant quelques années, est de nouveau exigée pour retenir l'exception de force majeure. Cet attribut n'est pas requis dans la notion de nécessité. Enfin, l'extériorité à la personne du débiteur est à relativiser puisque la Cour de cassation a reconnu la force majeure de la maladie du débiteur aux motifs que celle-ci l'empêchait de fournir sa prestation, était imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution¹⁷⁰.

Au vu de la définition déjà donnée de l'état de nécessité et du caractère nécessaire, il semble que la force majeure, à travers son caractère « irrésistible » ait un point commun important avec celle-ci. Un second point commun est l'effet dérogoratoire de la caractérisation de la situation de force majeure ou de l'état de nécessité. En revanche, la différence tient au caractère téléologique de la notion de nécessité, qui fait défaut à la notion de force majeure.

Au-delà du droit des contrats, la notion de nécessité connaît une application en droit civil à travers la notion de gestion d'affaires.

B. La gestion d'affaires

122. M. Roger PALLARD¹⁷¹ classe l'hypothèse de la gestion d'affaires au sein des cas dans lesquels la notion de nécessité conditionne l'application d'un certain statut juridique, au même titre que les actes d'assistance et de dévouement ainsi que les actes conservatoires. En effet, un acte conservatoire se définit par son caractère nécessaire à la conservation d'un droit, ce qui permet de le différencier de l'acte de disposition et d'administration. Selon M. PALLARD, le caractère nécessaire conditionnerait l'application du statut des actes conservatoires.

123. Classiquement, les manuels de droit des obligations définissent la gestion d'affaires comme faisant partie des « quasi-contrats », même si les auteurs sont divisés sur la pertinence de l'emploi de cette expression¹⁷². En effet, à la différence du contrat, dans la catégorie des quasi-contrats, il n'y a pas d'accord des volontés des personnes concernées par la gestion. Pourtant, malgré cette absence d'accord des volontés, il naît, de ces situations

¹⁷⁰ Ass. Plén. 14 avril 2006, Bull. Civ. n° 5 ; Civ. 1^{ère}, 10 février 1998, Bull. Civ. I n° 53.

¹⁷¹ « L'exception de nécessité en droit civil », Roger Pallard, thèse, 1948, éd. L.G.D.J., préface de René Savatier.

¹⁷² « Droit civil-Les obligations I. L'acte juridique », Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, 14^{ième} éd., Sirey université, p. 38, n° 58.

factuelles, des obligations juridiques pour le gérant et le maître, et ce d'après les articles 1372 et suivants du code civil. C'est en cela qu'il s'agit d'une « moitié de contrat » : il n'y a pas d'échange de consentements mais il y a bien production d'effets de droit, comparables à ceux du contrat.

124. La différence à relever tient à ce que les effets de droit ne sont pas voulus par la personne à l'origine du « fait ». Ainsi, les auteurs s'accordent à dire, malgré tout, que les quasi-contrats ne sont pas des actes juridiques mais bien des faits juridiques, puisqu'ils ne trouvent pas leur origine dans l'expression d'une volonté destinée à produire des effets de droit voulus, mais des faits de l'homme dont vont résulter des obligations non recherchées. Il s'agit donc, à tout le moins, de faits juridiques.

125. La notion de gestion d'affaires consiste à reconnaître des cas, par nature exceptionnels, dans lesquels une personne, que l'on appelle le gérant, prend volontairement en charge les affaires d'autrui (ou autrui), que l'on appelle le maître de l'affaire, et ce dans un but altruiste. Il va alors pouvoir obtenir remboursement des sommes éventuellement dépensées pour le bénéfice d'autrui, et cela sous conditions. Les conditions pour pouvoir qualifier une situation de gestion d'affaires sont plus ou moins définies de manière ferme car, comme le souligne M. Pierre KAYSER, les quatre articles du code civil consacrés à la notion s'intéressent aux effets de la gestion d'affaires et sont quasiment muets sur ses conditions. D'après lui, les conditions découlent de deux idées inspiratrices, celle de favoriser les initiatives altruistes prises par une personne dans l'intérêt d'une autre, parce qu'elles sont inspirées par le devoir moral d'entraide, et celle de décourager les initiatives maladroites, loin de rendre service au maître et susceptibles de lui nuire.

D'abord, une condition qui semble évidente et qui ne donne pas lieu à débat, est celle de l'intention du gérant de gérer les affaires d'autrui. Le caractère volontaire est indiscutable. M. Roger BOUT a d'ailleurs consacré une thèse à la notion de gestion d'affaires¹⁷³, contenant une première partie intitulée « *L'intention de gérer l'affaire d'autrui* ».

Ensuite, la doctrine actuelle semble admettre, au titre des conditions, que l'affaire gérée présente un caractère d'urgence, c'est-à-dire que le gérant n'ait pas eu d'autre option que d'intervenir lui-même dans les affaires d'autrui, et ne pouvait attendre. Cette condition fait penser à une certaine définition de la nécessité vue précédemment, une nécessité objective, impliquant l'absence de jeu de la volonté et de possibilité d'un choix autre.

¹⁷³ « *La gestion d'affaires en droit français contemporain* », Roger Bout, thèse, 1972, L.G.D.J., préface de Pierre Kayser.

Enfin, la condition principale, portant sur la gestion elle-même, tient à l'utilité, voire à la nécessité de la gestion pour le maître de l'affaire. Selon certains auteurs, « *il n'est en effet pas concevable que l'on soit autorisé à intervenir dans les affaires d'autrui s'il n'y a pas une impérieuse nécessité*¹⁷⁴ ». MM. PLANIOL et RIPERT considèrent que l'application du régime de la gestion d'affaires suppose que la gestion ait été non pas seulement utile mais nécessaire¹⁷⁵. Et les mêmes auteurs caractérisent cette nécessité par deux traits : il faut d'abord que la gestion tende à éviter une perte et non pas un manque à gagner (but de conservation) ; il faut ensuite que le maître de l'affaire ne soit pas en état de pourvoir lui-même à la gestion, ou du moins que le gérant soit fondé à croire qu'il en est ainsi. Enfin, cette utilité ou nécessité semble devoir s'apprécier au moment de l'intervention du gérant dans les affaires d'autrui. Mme FABRE-MAGNAN indique : « *Il se peut en effet que la gestion ait été nécessaire et utile au moment où elle a été effectuée mais qu'elle se révèle finalement inutile voire nuisible* ». Il est important de noter la différence qu'il convient d'entendre entre l'aspect nécessaire et l'aspect utile d'un acte.

126. La thèse de M. BOUT ne semble pas aller dans le même sens. Il semble considérer que seule la condition de l'utilité de la gestion est à respecter de façon obligatoire, la deuxième partie de sa thèse s'intitulant « *L'utilité de la gestion* ». Il explique que voir l'exigence de la condition d'urgence de l'affaire, même implicite, c'est ajouter aux textes du code civil. L'article 1375 du code civil impose au maître, dont l'affaire a été bien administrée, de rembourser au gérant « *les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites* ». Cette obligation concerne certes la bonne administration de l'affaire et non l'opportunité de son entreprise mais, comme l'a écrit M. BOUT, « *il y a lieu de penser que si le législateur avait envisagé l'urgence comme condition de la gestion, il aurait limité le remboursement aux dépenses « nécessaires »*. Il aurait mis en avant l'exigence de la nécessité de la gestion et non celle de son utilité ». En effet, il faut admettre que si le maître doit rembourser les dépenses seulement utiles, c'est qu'une gestion d'affaires seulement utile peut exister.

L'auteur écarte aussi la condition de l'urgence en exposant la raison pour laquelle la jurisprudence retient souvent l'idée d'urgence pour caractériser la gestion d'affaires. Qui dit urgence dit *a fortiori* utilité. Comme l'a écrit ARISTOTE, « *Qui peut le plus, peut le moins* ». En caractérisant l'urgence, les juges caractérisent forcément l'utilité, l'action urgente étant

¹⁷⁴ Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, tome 2, éd. thémis droit P.U.F., 2^{ième} éd., p. 435.

¹⁷⁵ Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, n° 726.

indubitablement utile. On ne peut que s'incliner devant la logique de ce raisonnement, le code civil ne prévoyant pas expressément de condition d'urgence. M. BOUT écrit : « *Il est vrai que de nombreuses décisions évoquent le caractère urgent de celle-ci, mais l'on ne saurait pour autant en déduire qu'elles en ont fait une condition de la gestion d'affaires. L'urgence est, en effet, pour nos tribunaux, un élément révélateur de l'opportunité de l'immixtion du gérant dans les affaires du maître : pour en établir l'utilité de manière incontestable, ils affirment l'urgence à laquelle le gérant a entendu répondre, car l'acte de gestion est d'autant plus utile qu'il est urgent*¹⁷⁶ ». Il démontre donc qu'il ne faut pas confondre utilité et urgence.

127. Par ailleurs, M. BOUT démontre qu'il ne faut également pas confondre urgence et nécessité. Selon lui, la comparaison de ces notions démontre qu'elles seraient assimilables puisque l'urgence présente les mêmes caractères essentiels que la nécessité. La seule différence est que la première a un domaine d'application moins vaste que la seconde, car « *l'urgence se réfère non pas à la nécessité d'agir mais à la nécessité d'agir vite ; elle implique toujours la prise en considération d'un élément temporel* »¹⁷⁷. Ainsi, l'idée d'urgence contient une idée de nécessité mais davantage encore. Elle est un cas particulier de nécessité. En résumé, un acte urgent est, par hypothèse, nécessaire alors qu'un acte nécessaire n'est pas forcément urgent. Pour M. BOUT, la notion d'utilité est donc éloignée des notions d'urgence et de nécessité, car son domaine est plus vaste. Il en conclut que, comme dans les travaux préparatoires des dispositions sur la gestion d'affaires, aucune référence n'est faite à la nécessité ou à l'urgence, il convient de respecter cette volonté originelle en ne déformant pas la notion. Selon lui, la gestion d'affaires n'est subordonnée ni à la nécessité ni à l'urgence.

128. Pour autant, selon lui, la condition d'utilité est exigeante puisqu'elle est double. La gestion d'affaires doit répondre à une condition d'utilité subjective et initiale (au moment de la réalisation de l'acte) qui doit aboutir à une utilité finale objective, notamment en l'absence de désintéressement du gérant.

129. Plus récemment, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 janvier 2010¹⁷⁸ a retenu la qualification de la gestion d'affaires à

¹⁷⁶ Thèse précitée, p. 394.

¹⁷⁷ Thèse précitée, n°152, p. 244.

¹⁷⁸ 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, n°08-16.844, commenté par M. Alexandre Dumery, J.C.P. éd. générale, n°19-20, 10 mai 2010, p.1003.

propos d'une situation d'assistance à personne en péril. Si traditionnellement, il est souvent retenu une convention d'assistance bénévole, il n'en est rien dans le cas d'espèce. À la suite de difficultés éprouvées par ses enfants pour revenir sur la plage, leur père tenta d'aller les assister en se rendant à leur rencontre à la nage. Ils eurent ensemble de grandes difficultés pour essayer de rejoindre le rivage. C'est alors que deux couples qui se trouvaient sur la plage décidèrent d'aider le père dans son entreprise, en nageant dans leur direction. Les vagues et le courant étant trop considérables, ils rebroussèrent chemin. Au cours du retour, l'une de ces personnes se noya. Ses héritiers demandèrent alors une indemnisation sur le fondement de la gestion d'affaires au père ainsi assisté. La Cour d'appel les débouta de leur demande en considérant que le décès de l'assistant résultait exclusivement de la surestimation de ses capacités face au danger signalé sur la plage. La Cour de cassation censura la décision de la Cour d'appel en se fondant sur l'article 1372 relatif à la gestion d'affaires. Elle a, en effet, estimé qu' « *alerté par le risque de noyade des enfants, et le spectacle de la détresse de leur père, (l'assistant) se trouvait confronté à la nécessité d'intervenir dans une extrême urgence* ». La gestion d'affaires est alors constituée par la nécessité d'agir vite. Comme nous venons de l'expliquer, cette solution ne consacre pas cette situation d'urgence comme condition de la gestion, mais l'urgence, et ici la nécessité, permettent toutefois de caractériser nettement l'utilité de l'agissement.

130. Au contraire, selon certains, la jurisprudence semble avoir retenu à certaines occasions la condition d'urgence. Un arrêt de 1999 de la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu la responsabilité d'une banque qui avait cédé les titres de son client, de sa propre initiative, en se bornant à invoquer l'utilité de cette aliénation, sans pouvoir justifier que son client ne pouvait agir lui-même pour la sauvegarde de ses intérêts, ni caractériser la gravité des risques que le maintien de la situation pouvait lui faire courir. Implicitement, la Cour a exigé, à travers cette décision,¹⁷⁹ une situation d'urgence, pour caractériser la gestion d'affaires.

131. En conclusion, il faut souligner que, dans l'hypothèse où l'on retient seulement la condition d'utilité de la gestion, elle diffère de la nécessité et n'y correspond pas forcément, alors que dans l'hypothèse où l'on retient la condition d'urgence de la gestion, la notion de nécessité existe bel et bien dans le régime de la gestion d'affaires. En effet,

¹⁷⁹ Com., 12 janvier 1999, n° 96-11026.

l'urgence est toujours une forme particulière de nécessité. L'utilité pas nécessairement, puisque son domaine est plus large que celui de la nécessité.

Ainsi, cette forme particulière de nécessité ne peut être totalement assimilée à celle de l'article 16-3 alinéa 1 du code civil. L'acte médical portant atteinte à l'intégrité du corps humain n'est pas seulement licite lorsqu'il est urgent. L'urgence, il est vrai, est une forme, ou une sous catégorie, de « nécessité », d'un domaine plus restreint, et plus rigoureux, que la nécessité dans son sens plein.

Le droit civil, à travers la notion de gestion d'affaires, nous enseigne la différence entre les concepts d'urgence et de nécessité. Il est permis d'en conclure que le législateur ayant créé l'article 16-3 du code civil, a souhaité rendre licite plus que les actes médicaux urgents, les actes nécessaires, ce qui correspond à un champ d'application plus vaste.

À présent, il convient de se pencher sur une forme plus récente de la notion de nécessité puisqu'au sein des grands principes du code civil régissant le droit des majeurs incapables est apparue la notion de nécessité.

C. Les principes de protection des majeurs vulnérables

132. La loi n° 2007-308, du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a réformé le droit des incapacités, désormais dénommé « mesures de protection » car celles-ci n'aboutissent pas nécessairement à une incapacité juridique. À cette occasion, le législateur a souhaité instiller des principes communs gouvernant l'ouverture de ces mesures.

Ceux-ci sont au nombre de trois et sont classiquement présentés comme étant le principe de nécessité, le principe de subsidiarité et celui de proportionnalité. Tous trois s'appliquent à la mesure envisagée. En 2005, M. Thierry FOSSIER écrivait déjà que l'exigence d'une mesure « *strictement nécessaire*¹⁸⁰ » ne devait être qu'un rappel, et avait pour raison d'être l'augmentation considérable du prononcé de mesures de protection et avait finalement pour but, non avoué, de retenir les juges et de faire baisser, dans la mesure du souhaitable, le nombre de mesures ouvertes par an. Il écrivait, plus tard, à ce propos que, « *si l'avantage, voire la nécessité impérieuse d'une protection judiciaire est indéniable, et même si le risque de ne rien faire est parfois très lourd, le juge doit œuvrer avec une philosophie de l'abstention*

(...) ; *fortement soupçonnés d'ouvrir des mesures de protection sans circonspection, les juges vont être soumis à des exigences renforcées* ¹⁸¹». Il précisait, avec pertinence, qu'il fallait aussi, pour tendre vers ce but, revoir le régime du certificat médical requis avant toute mesure. Nous pensons que le principe de nécessité est intrinsèquement lié à cette idée.

En effet, quel est le contenu de ce principe de nécessité ? L'article 415 du code civil entame la section relative aux dispositions communes aux majeurs protégés. Il dispose que « *les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire* ». Il faut d'abord saluer l'affirmation de la protection de la personne qui faisait défaut dans le droit antérieur limité aux actes juridiques. Puis, il faut noter qu'il s'agit là encore de répondre à un « état de nécessité ».

C'est ensuite l'article 428, inscrit à la section relative aux dispositions communes aux mesures judiciaires, qui exige la nécessité de la mesure. « *La mesure ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun...* ». La suite fait référence au principe de subsidiarité : il faut préférer une mesure moins lourde, moins contraignante, tant qu'elle est suffisante. Comme le souligne M. FOSSIER, ce principe est intimement lié au principe de nécessité. Une mesure plus lourde non nécessaire à la protection de la personne doit être écartée au profit de celle qui lui est préexistante et suffisante. C'est le principe de subsidiarité.

Cependant, la nécessité visée dans ces textes n'est pas que cela. Il s'agit de la nécessité de la mesure de protection, donc bien sûr de la protection. Finalement, prouver la nécessité de la protection, c'est prouver la vulnérabilité de la personne. Prouver la vulnérabilité est de la compétence du médecin, à travers l'élaboration du certificat médical. C'est ainsi que le désir de mieux encadrer ce certificat s'est fait sentir, chez les médecins notamment.

133. En conclusion, les dispositions du code civil relatives aux majeurs protégés n'emploient pas le terme de « nécessité médicale », pourtant il est clair qu'il s'agit de cela, étant donné que cette nécessité exigée est appréciée et attestée par un médecin. Elle est donc « médicale ».

134. En revanche, cette nécessité présente l'avantage et la garantie de devoir être motivée -ou pour le moins vérifiée- par un juge, en sus de l'être par un médecin, puisque le

¹⁸⁰ « *De la législation à la pratique notariale* », Thierry Fossier, J.C.P. éd. notariale, n°7, 18 février 2005, p. 296.

¹⁸¹ « *Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par les principes fondamentaux* », Thierry Fossier, J.C.P. éd. notariale, n°36, 5 septembre 2008, p. 63.

seul certificat ne suffit pas. La mesure ne peut être prononcée que par la voie judiciaire, ce qui constitue indéniablement une garantie supplémentaire¹⁸². Du point de vue du droit civil, la justification réside évidemment dans le fait que seul le juge judiciaire peut décider de l'incapacité, en tant qu'elle est une question d'état civil. Il est raisonnable de penser que la vérification renforcée de la description contenue dans les certificats médicaux se fera au moins pendant les premières années d'application, comme le précise M. FOSSIER. Il écrit, à ce propos, que « *devant le flux croissant des signalements et des ouvertures, le législateur a estimé que la vigilance de la Cour de cassation ne suffisait pas. Au 1^{er} janvier 2009, les deux principes directeurs seront clairement renforcés. Les articles futurs du Code civil sont forts éloquents sur ces points et il faut prévoir que la Cour de cassation exigera des motivations qui permettent de s'assurer du respect intégral de ces divers principes* ».

135. La nécessité de la protection des majeurs incapables impose donc la réunion de preuves de la vulnérabilité. Cette vulnérabilité est souvent d'origine médicale, et dans ce cas là, le certificat médical joue un rôle déterminant. Il ne faut pas oublier tout de même que la vulnérabilité peut avoir une cause autre, sociale notamment.

Au titre du contenu de cette notion, nous retiendrons également que les commentateurs de la réforme font souvent appel à la notion de besoin de la personne pour caractériser la nécessité de la mesure. C'est alors une notion très différente de la force irrésistible devant laquelle une personne n'a d'autre choix que d'accomplir l'acte nécessaire.

136. En conclusion de ce chapitre, il est judicieux de revenir sur les points communs des divers visages de la nécessité.

Une notion à géométrie variable. La nécessité est une notion dont on pourrait dire qu'elle est « à géométrie variable » parce que deux hypothèses se dégagent de ces développements. Premièrement, il peut s'agir d'une nécessité objective, s'imposant irrémisiblement, ne laissant la place à aucune marge de manœuvre, donc à aucun choix, aucun espace de volonté. C'est la première partie de la définition de PASCAL : « *état de*

¹⁸² La garantie de la protection du juge judiciaire dans l'appréciation de la nécessité se retrouve dans une expression de la notion de nécessité à travers un des textes fondamentaux, si ce n'est le texte fondamental par excellence, de notre droit : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui édicte dans son dernier article (17) le principe suivant : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Une fois encore la notion permet une libre appréciation -de l'administration dans cette hypothèse- conditionnée par un contrôle légal, c'est-à-dire judiciaire, le juge demeurant le garant des libertés individuelles et de la propriété.

contrainte morale qui annule (...) le libre-choix ». Deuxièmement, il peut s'agir d'une nécessité subjective, laissant la place à un choix, la personne pesant le pour et le contre entre deux éventualités et choisissant elle-même l'acte nécessaire. C'est la théorie de l'acte nécessaire et exonérant de responsabilité, mais par nature infractionnel en droit pénal. Cependant, si l'on considère que la personne commettant l'acte nécessaire protège une valeur supérieure, l'espace laissé au libre choix paraît très restreint, mais il a, sans conteste, le mérite d'exister. L'état de nécessité en droit pénal correspond, en définitive, à la deuxième partie de la définition de PASCAL : « *état de contrainte morale qui (annule ou) restreint le libre-choix* ». La place de la volonté dans le cadre de l'état de nécessité est donc incertaine. Il faudra se poser la question de savoir comment la notion s'articule avec l'exigence d'un consentement par exemple¹⁸³.

L'absence de moyens alternatifs doit aussi être liée à cette idée. L'absence de choix présuppose que le rôle de la volonté est nul. L'étude a mis en exergue qu'il s'agissait d'un point commun aux notions de nécessité en droit pénal, en droit pénal international et en droit civil. Ce caractère ne paraît pas être en commun, en revanche, avec la notion de nécessité médicale.

Le caractère dérogatoire. Dans toutes les hypothèses considérées, la nécessité (vision objective, extérieure à l'appréciation d'une personne), ou plus clairement, l'état de nécessité dans lequel une personne se trouve (vision davantage centrée sur l'analyse de la personne), permet de déroger à un principe ou une règle de droit établie.

En droit pénal, il s'agit de l'essence même de la notion qui est un fait justificatif. Sur la scène internationale, le même esprit l'anime. En droit civil, de la même manière, la nécessité d'une mesure de protection permet de déroger au principe de la capacité de toutes les personnes juridiques. En matière contractuelle également, la nécessité peut permettre de résilier unilatéralement un contrat, contrairement au principe de la résolution judiciaire, ou de gérer les affaires d'autrui, contrairement à la situation de principe selon laquelle il n'y a pas de contrat sans échange de volontés.

Curieusement, la nécessité ou l'état de nécessité permet de déroger à une règle mais l'on ne pourrait *a priori* pas déroger à cet état de nécessité. La nécessité ne souffrirait pas d'exception, dans sa dimension objective. En effet, en morale, en théologie catholique, et

¹⁸³ V. Partie 2, titre 1 de l'étude.

aussi chez certains philosophes, il avait été rappelé que la nécessité pouvait s'entendre comme une obligation à laquelle on ne pouvait déroger.

Ce caractère est un point commun avec la notion de nécessité médicale puisque celle-ci est une notion profondément dérogatoire, portant exception au principe d'intangibilité du corps humain.

Le moyen de permettre une liberté d'appréciation. Cette réflexion concerne celui qui commet l'acte nécessaire, non celui qui éventuellement le subit. La nécessité est finalement toujours le moyen d'aménager un espace de liberté pour la personne qui prend la décision d'agir. Il est vrai, dans les cas qui nous intéressent, la situation de nécessité débouche sur une action. Certains auteurs définissent la nécessité comme la nécessité d'agir. En définitive, qu'est-ce qui permet l'action si ce n'est la décision qui la précède ? C'est toujours l'appréciation de la personne qui permet d'aboutir à la décision.

La décision peut ainsi appartenir au prévenu qui a commis une infraction, au contractant ou quasi contractant ou encore au médecin ou au juge.

Dans les règles de procédure civile, par exemple, la notion de nécessité apparaît fréquemment pour déterminer les pouvoirs du juge. Ceux-ci sont parfois accrus, si l'on peut dire, « en cas de nécessité ». Il s'agit d'un renvoi direct et sans équivoque à la libre-appréciation du juge, en fonction des circonstances propres à chaque instance. Le code de procédure civile contient au moins onze articles mentionnant l'expression « en cas de nécessité »¹⁸⁴. Par exemple, l'article 489 relatif aux ordonnances de référés prévoit que « *L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute* ».

Aussi, les articles 508 et 664, relatifs à l'exécution des jugements et disposant qu'aucune exécution ni signification « *ne peut être faite avant six heures et après vingt et une heures non plus que les jours fériés ou chômés, si ce n'est en vertu de la permission du juge en cas de nécessité* », sont une bonne illustration de cette idée.

La nécessité constitue le fondement, pour déroger à une règle et elle est appréciée par une personne qui est, *a priori*, seule à disposer d'un pouvoir d'appréciation à cet égard. Elle excuse bon nombre de dérogations.

¹⁸⁴ V. les articles 17, 170, 225, 291, 294, 489, 508, 664, 792, 935 et 1322 du code de procédure civile.

Ce caractère dérogatoire se retrouve, sous une autre forme, au sein du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque la notion sert de critère pour déroger aux libertés fondamentales conventionnellement protégées et garanties.

Tout au long de cette première approche, les sens variables du mot « nécessité » qui ont été rencontrés, ont dans leur grande majorité présenté un point commun, celui de définir la nécessité comme un état dans lequel un moyen s'impose ou est exigé, pour atteindre un but, un objectif ou un résultat. Comme si la réalisation de l'acte nécessaire était la condition à l'obtention ou la réalisation d'un autre état ou d'une autre proposition, si l'on raisonne abstraitement. Mais dans l'étude de la nécessité médicale, quel est cet objectif ? Quel est donc le résultat que l'acte nécessaire permettrait d'atteindre ? Ou pour le dire d'une façon différente, quel est le but qui ne peut être atteint qu'avec cet acte nécessaire ? Il nous manque un élément déterminant de la notion. Le législateur a inscrit dans le texte de l'article 16-3 du code civil, le cas de la nécessité « médicale » « pour la personne ». L'objectif à atteindre par l'acte nécessaire serait alors « médical ». Voici pourquoi l'analyse de cet adjectif qualificatif mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

De surcroît, la tentation est grande de se dire que le vocable « nécessité » est le plus important, le plus porteur de sens dans l'ensemble de l'expression « nécessité médicale ». Pourtant, ce serait un raccourci erroné. Pour le déterminer, il faut d'abord étudier le terme « médical » dans son acception normale, c'est-à-dire sans être accolé au terme « nécessité ». L'enjeu est primordial ; l'étude doit révéler le sens que ce mot détient sans l'influence et la « conjugaison » au terme « nécessité ». Ce n'est qu'après cette étape d'analyse « en milieu stérile » qu'il sera ensuite possible, lors du rassemblement des deux éléments, de constater quel impact cette association a dans la déformation du sens de l'ensemble.

CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU TERME « MEDICAL »

L'utilisation du mot « médical » appelle deux interrogations. L'une intéresse, d'abord, le choix du mot lui-même, et par conséquent l'étude de son sens (section 1). Quel est le sens à entendre ou, plutôt, quelles sont les possibles significations de ce mot ? L'analyse de la sémantique du mot constitue une amorce qu'il convient de compléter par l'étude de l'ancien terme utilisé par la loi et souvent confondu avec celui-ci.

L'autre interrogation porte ensuite sur les conséquences notables que l'utilisation de cet adjectif entraîne en matière de responsabilité médicale (section 2). Il s'agit, en effet, de sa conséquence la plus remarquable, de prime abord. L'analyse du mot révèle que d'autres conséquences sont envisageables. Elles sont alors à prévoir ou à éviter, selon le but recherché par le législateur : être permissif ou, à l'inverse, être prohibitif.

Section 1 : L'ambiguïté du terme « médical »

137. À l'occasion de la rédaction des lois et de façon générale, l'importance des mots et du choix de ceux-ci n'est plus à démontrer. C'est une idée qui n'est pas nouvelle. Cependant, en considération des dispositions relatives à la « bioéthique »- même si ce terme ne fait pas l'unanimité¹⁸⁵- certains auteurs ont pointé qu'il s'agissait d'un terrain propice au poids des mots, et principalement à ceux camouflant ou jetant le doute sur le sens à y voir. D'aucuns ont écrit que la bioéthique serait « *un art de la dialectique de camouflage des véritables enjeux éthiques*¹⁸⁶ ». Mme Marie-Laure SIGNORET a également écrit que « *les mots déforment, dissimulent les réalités, ou prennent le pas sur ce qu'ils recouvrent* ». Elle

¹⁸⁵ Le terme « bioéthique » fait en effet référence à la conjugaison ou l'adaptation de la morale aux avancées scientifiques dans le domaine biologique et médical. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé par un décret n° 83-132 du 23 février 1983, qui confiait la mission au Comité de « *donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé* ». Loin de se cantonner au caractère consultatif qui avait été attribué à la « bioéthique », le législateur s'est emparé de ce terme, entraînant une confusion entre le domaine juridique et le domaine d'ordre moral. En ce sens, V. Dominique Thouvenin « *Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique* », Actualité Législative Dalloz 1995, p. 149 ; « *De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques »* », R.T.D.Civ. 1994, p. 717 ; « *Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires ?* » in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, PUF, Forum Diderot, 1999, p. 51 ; Claire Neirinck (sous la direction de), *De la bioéthique au bio-droit*, L.G.D.J., coll. « Droit et société », 1994. Sur le danger que le CCNE devienne une « *antichambre, de surcroît « morale », du Parlement* », V. Brigitte Feuillet-Le Mintier, « *Réflexion sur la révision de la loi dite « bioéthique »* du 29 juillet 1994, Rev. Gén. Dr. Méd. N° 2, 1er oct. 1999, p. 53.

¹⁸⁶ *Approche de la déontologie médicale par l'étude de la liberté thérapeutique*, Marie-Laure Signoret, R.G.D.M., n°18, 2006, p.277.

nous explique de façon très imagée que la bioéthique serait comme un sas dans lequel, de manière presque indifférenciable, critiques légères, réserves sévères et condamnations radicales habituent les esprits à des mutations en cours. M. Gérard MÉMETEAU, pour sa part, ajoute que « *la sémantique viendrait au secours d'un utilitarisme discret* » car elle participerait à cette acclimatation douce des mentalités. Il convient à notre tour d'ajouter que les formulations polysémiques, nombreuses en la matière, sont d'autant plus préjudiciables qu'elles sont inévitables. Même s'il faut écarter toute mauvaise intention de la part des créateurs ou des décideurs quant au choix des mots, il en est ainsi. La preuve en est, par exemple, de l'expression « personne humaine potentielle », dégagée par le Comité consultatif national d'éthique, à propos de l'embryon, et qui a marqué les esprits. Cette expression recelait plusieurs interprétations possibles, selon que l'on attribuait au vocable « potentiel », une idée de certitude ou une idée d'éventualité. C'est pour cet ensemble de raisons qu'une grande rigueur est de mise, en droit, dans le choix des mots. D'autant plus lorsqu'il s'agit des mots de la loi posant les principes généraux. Voici la raison pour laquelle un intérêt particulier est porté, présentement, à la signification du terme « médical » qui a remplacé celui de « thérapeutique ». Le développement ci-après a pour dessein d'approfondir le sens qu'il faut en entendre et les conséquences majeures qu'il peut entraîner.

138. Afin de parvenir à une définition des plus complètes qui soient, il semble judicieux de chercher à délimiter la notion. Ainsi, dans un effort de délimitation, il convient de s'attacher d'abord, à évincer ce qui n'est pas, à proprement parler, « médical ». Cette recherche de définition par la négative consiste à établir ce qui ne peut être qualifié de médical (§1). Pour cela, il faut tout de même exposer les premiers éléments de définition du mot « médical ». Une fois ces éléments dépeints, il est possible d'exclure certaines hypothèses, certainement les plus évidentes, du domaine d'application du mot « médical ».

À ce stade, les développements permettent d'exclure aussi, et par principe, le vocable anciennement utilisé, celui de « thérapeutique ». Les différences entre ces deux adjectifs qualificatifs sont à détailler. Par suite, et dans une démarche contradictoire, cette exclusion permettra de déboucher sur un ensemble plus précis d'hypothèses qui peuvent être qualifiées de médicales (§2). À cette occasion, le constat est que le qualificatif de « médical » peut regrouper des hypothèses variées, desquelles il est permis de retirer une définition exacte du mot. Au sein des ces hypothèses, on retrouve bien entendu des cas de figure qui contiennent un aspect « thérapeutique ». En effet, si le terme est exclu, au départ, lors de la définition du

mot « médical », il apparaît, en définitive, comme étant une partie possible de ce qui peut être médical.

§1. *Une approche négative du contenu du terme « médical »*

Pour parvenir à présenter une étude par la négative du terme « médical », il convient naturellement, et en premier lieu, d'étudier le terme « médical » et de donner quelques éléments de définition de celui-ci, pour ensuite être en mesure de caractériser des hypothèses non médicales (A). Il s'agit alors d'hypothèses dans lesquelles le qualificatif de « médical » pourrait être abusivement attribué. Il est donc opposé ce que l'on peut qualifier de « médical » à ce qui n'est pas médical. En second lieu, la définition par la négative du terme « médical » se poursuit par l'étude de l'adjectif « thérapeutique » qui doit être parfaitement différencié du terme « médical » (B). Celui-ci est souvent confondu avec l'adjectif « thérapeutique », lui-aussi étant utilisé par la loi dans ce domaine. Pourtant les deux notions sont extrêmement différentes. Malgré une idée répandue, médical ne signifie pas thérapeutique, le contenu de ce dernier étant davantage réduit.

A. *L'étude du terme médical*

Afin d'exposer les cas de figure dont il n'est pas possible de dire qu'ils sont médicaux (2°), il est nécessaire de dresser un premier portrait des éléments de définition du mot « médical » (1°).

1°) *Premiers éléments de définition de ce qui est médical*

L'origine du mot apporte des éléments de réponse intéressants (a) mais non suffisants, la définition de la notion de « médecine » devant être détaillée (b).

a) L'origine du mot : la médecine, les médecins

139. Actuellement, dans un dictionnaire¹⁸⁷ de sens courants, l'adjectif qualificatif « médical » signifie d'abord « *relatif à la médecine, à son exercice, aux médecins* ». Un second sens très proche lui succède : « *qui relève de la médecine d'une manière restrictive* », comme dans l'expression « *traitement médical* », par opposition à la chirurgie ou à la psychothérapie. Ce sens renvoie à un terme anciennement utilisé, celui de « *clinique* ». Enfin, l'origine latine du mot médical est *medicus*, soit « médecin ». Aux détours d'un dictionnaire plus ancien, on voit que le sens du mot a peu évolué puisque, dans l'édition de 1989, il était donné un sens tout à fait similaire, quoiqu'encore plus clair : « *De la médecine, des médecins* ».

Dans le Trésor de la langue française, la logique est affirmée. Le premier sens est formulé à travers l'expression « *qui concerne la médecine* » tandis que le second sens se trouve être « *qui concerne les médecins* ».

140. En premier lieu, au sein de la première acception « *qui concerne la médecine* », il faut distinguer deux possibilités : « *qui a la médecine pour objet* » ou « *qui sert à soigner ou prévenir les maladies* ». Une remarque intéressante peut être faite sur l'emploi du terme « *médicinal* », peu souvent préféré, sauf pour les plantes, et qui a pourtant le même sens. L'hypothèse de la médecine comme objet concerne pour l'essentiel la science médicale, l'enseignement et les connaissances afférentes. La nécessité qui est en cause peut-elle avoir pour objet la médecine ? Il faudrait entendre cela comme un but. Le but à atteindre devrait alors tenir à la médecine. Or, *a priori*, c'est plutôt la santé de la personne qui est l'enjeu protégé par ces dispositions, non la médecine en elle-même. La médecine qui serait une fin en soi, pour pouvoir porter atteinte au corps humain serait porteuse de graves dérives. Au nom de la nécessité de la médecine, il serait possible de légitimer beaucoup d'actes aujourd'hui illégaux : le clonage pour ne citer que lui. C'est une belle démonstration de l'ambiguïté du mot médical puisqu'il permet de sous entendre ce sens.

La seconde possibilité de définition du terme médical, soit « *soigner ou prévenir les maladies* », peut-elle être appliquée à la nécessité médicale ? Il s'agirait d'un cas de nécessité servant à soigner ou à prévenir les maladies. Cela pourrait être une signification intéressante. Il conviendra d'explicitier ce sens plus en aval.

¹⁸⁷ Dictionnaire Larousse, édition 2010.

141. En second lieu, il faut se pencher sur la deuxième acception du mot : « *qui concerne les médecins* ». Celle-ci se décompose en trois sens possibles. D'abord, en parlant d'une personne attachée au service d'un médecin ou d'un groupe de personnes composé de médecins (sans objet ici). Ensuite, ce mot peut être utilisé en parlant des qualités humaines caractérisant le médecin (le pouvoir, l'omnipotence, l'avis, le tact, etc.). Enfin, on peut l'employer pour parler de choses, qui sont faites, pratiquées ou utilisées fréquemment par le médecin (visite médicale, contrôle médical, certificat médical, etc.). La question se pose de savoir si ce sens ne pourrait pas s'appliquer à l'acte médical ou à la nécessité médicale. Aucune raison ne semble pouvoir s'y opposer. Il s'agirait alors d'une nécessité ou d'un cas de nécessité, « pratiqué(e) » par le médecin ; en d'autres termes, d'un acte effectivement réalisé par un membre du corps médical¹⁸⁸. *A fortiori*, la notion serait alors appréciée et déterminée par le corps médical.

142. Dans le cadre de notre étude, le sens global du mot médical qu'il est possible de retirer des deux énoncés présentés pourrait être « relatif ou relevant de la médecine, de son exercice ou d'un médecin ». Les deux sens sont envisageables. Il convient de mettre ces deux sens à l'épreuve de la nécessité médicale ou de l'acte médical. En effet, si l'on appliquait cette définition à l'acte « médical », celui-ci serait un acte relevant d'un médecin ou relatif à la médecine. Il s'agit bien de l'enjeu principal de l'approche du sens du mot médical : définir d'abord ce que pourrait être un acte médical. Ensuite seulement, il est possible de se demander ce qu'est la nécessité médicale, et ce dans un souci de cohérence. Une première déduction s'impose à l'esprit : un acte médical serait alors l'acte d'un médecin ou un acte relatif à la médecine. Cela fait-il une différence ? Certainement. La nécessité médicale serait pour sa part, la nécessité relative à la médecine ou la nécessité établie par un médecin. Il semble que cela fasse également une différence. La doctrine n'est d'ailleurs pas unanime sur le fait qu'un acte médical pourrait être défini comme l'acte d'un médecin. Du point de vue du raisonnement, il faut envisager les deux hypothèses. Cependant, le sens qui est le plus propice à l'étude est celui du rapport à la médecine, celle-ci devant faire l'objet d'une définition plus approfondie que la notion de « médecin », facile à cerner.

¹⁸⁸ Selon le code de la santé publique, la profession médicale est composée des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes.

b) Approfondissement de la notion de médecine

143. Au regard du premier élément de définition du mot « médical », il est opportun de se demander comment pourrait-on définir la médecine ? La médecine est couramment définie comme « *l'ensemble des connaissances scientifiques et des moyens de tous ordres mis en œuvre pour la prévention, la guérison ou le soulagement des blessures, maladies ou infirmités*¹⁸⁹ ». La seule différence avec la version de l'édition datant de 1989 réside dans l'ajout de : « *de tous ordres* ». L'évolution porte donc sur les moyens que la médecine peut employer : ils sont de tous ordres. On constate immédiatement que la médecine n'englobe pas seulement ce qui permet de guérir les maladies. Dans un dictionnaire datant de 1904¹⁹⁰, les auteurs définissaient la médecine comme « *la science ou l'art qui a pour but la conservation et le rétablissement de la santé* ». Cette définition permet d'englober de façon plus ou moins rigoureuse la prévention telle qu'on la connaît aujourd'hui, puisqu'il est question des moyens permettant de conserver la santé. Elle ne connaît pas explicitement de la question de la douleur. Toutefois, il est clair que la notion de santé sous-entend, à tout le moins à notre époque, l'absence de douleurs. Ainsi, la définition de la médecine est depuis longtemps comprise dans un cadre large, fort adapté à son évolution. Par extension, la médecine désignait également à cette époque, le remède. Par exemple, un proverbe de l'époque illustre bien le propos : « *Il ne faut pas prendre la médecine en plusieurs verres* » pour dire qu'il faut faire sur-le-champ et d'un seul coup les choses désagréables dont on ne peut se dispenser.

Actuellement, on observe que la prévention et le soulagement des douleurs constituent des éléments explicites de la définition de la médecine. À l'aide de cette définition, il est possible d'affirmer que l'acte médical, dans le sens « relevant de la médecine », peut être un acte curatif ou non. Il peut donc être un acte uniquement préventif ou destiné à diminuer la souffrance d'une maladie, d'une blessure ou d'une infirmité. L'acte médical peut être un acte qui ne guérit pas forcément. Cependant, il s'agit d'un acte ayant pour raison d'être une maladie, une blessure ou une infirmité. À présent, si l'on s'attache à une définition plus scientifique et non pas simplement courante du mot médecine, celle-ci est à la fois la science et la pratique, étudiant l'organisation du corps humain (anatomie), son fonctionnement normal (physiologie) et cherchant à restaurer la santé par le traitement (thérapie) et la prévention des pathologies (prophylaxie). Le soulagement de la souffrance est aujourd'hui reconnu comme

¹⁸⁹ Dictionnaire Larousse, édition 2010

¹⁹⁰ Nouveau Larousse illustré, dictionnaire universel encyclopédique, publié sous la direction de Claude Augé, tome cinquième, éd. Librairie Larousse, 1904, p. 1021.

faisant partie d'un des objectifs de la médecine. En effet, celle-ci cherche à traiter des maladies mais aussi de façon plus générale à restaurer la santé, et donc à supprimer la douleur. Une personne subissant des douleurs quotidiennes ou aiguës peut-elle être considérée comme en bonne santé ?

Si l'on entend la définition de la médecine (science mise à part) comme un ensemble de techniques, dédiées à la prévention et au soin des maladies ainsi qu'au soulagement de la douleur qu'elles occasionnent, celle-ci permet d'englober une multitude de techniques. Or, il n'en est rien. La délimitation de ce qui est médecine et de ce qui n'en est pas est source de débats. Classiquement, on peut opposer la médecine occidentale, souvent dénommée conventionnelle, aux autres médecines, dites « alternatives » ou traditionnelles, plus anciennes, comme par exemple, la médecine chinoise, la médecine médiévale ou encore la médecine dite « douce ».

144. Dans la législation française et pour les médecins, la frontière entre les deux est nette et pourtant non étanche. Ainsi, la qualité de médecin est un terme pénalement protégé et réservé à ceux qui détiennent le diplôme d'état ou qui remplissent certaines conditions légales, conformément à l'article L.4111-1 du code de la santé publique. De plus, un médecin régulièrement inscrit au Tableau de l'Ordre des médecins n'en est pas moins redevable du respect des limites de ce qui est reconnu comme faisant partie de la médecine. En effet, sa déontologie lui impose, entre autres choses, de ne délivrer que des soins conformes aux données acquises de la science, c'est-à-dire ayant fait l'objet d'études approuvées par la communauté scientifique. Il doit par conséquent exercer son art dans les limites des données acquises de la science et ne peut faire état de procédés ou de remèdes insuffisamment éprouvés¹⁹¹. La médecine, en tant que pratique, pourrait également se définir à travers la notion de données acquises de la science, notion mise en exergue par la Haute Autorité de Santé. Le lien entre ces notions est étroit puisque la responsabilité du médecin est engagée s'il ne délivre pas des soins conformes aux données acquises de la science. Les traitements délivrés ne sont pas justifiés s'ils ne sont pas reconnus par la communauté scientifique. Dès lors le lien entre nécessité médicale et données acquises de la science semble inéluctable.

Pour autant, on observe, en parallèle de la médecine « occidentale », une tendance récente à la reconnaissance, non d'autres médecines, mais d'autres formes de soins. Ainsi,

¹⁹¹ Article R. 4127-14 du code de la santé publique.

l'homéopathie et l'acupuncture font désormais l'objet de formations et de diplômes reconnus pendant les études de médecine même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, de « spécialités » médicales. En revanche, l'ostéopathie s'est vue reconnaître le droit d'être pratiquée, en dehors de la médecine au sens strict, puisque des non-médecins peuvent désormais exercer cette profession après une formation spécifique de quatre années¹⁹². La chiropraxie vient de connaître la même évolution¹⁹³. Il s'agit à proprement parler de professions protégées par un titre mais elles ne font pas partie des professions de santé, au sens du code de la santé publique. En effet, le code de la santé publique énonce au sein des professions de santé : d'abord les professions « médicales », parmi lesquelles se trouvent exclusivement les professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, puis les autres professions de santé, parmi lesquelles, il sera cité de façon non exhaustive la profession de pharmacien et les professions d'auxiliaires médicaux¹⁹⁴, d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture et d'ambulanciers. L'ostéopathie et la chiropraxie n'y figurent pas, comme l'a très justement rappelé le Conseil d'Etat dans une décision du 17 novembre 2010¹⁹⁵. La Haute-Juridiction rappelle que le législateur de la loi du 4 mars 2002 a entendu créer, non pas une profession de santé au sens du code de la santé publique, mais un titre réglementé.

Dans ce cas de figure, il est aussi intéressant de noter que l'emploi du mot « médical » dans l'expression « profession médicale » n'englobe pas seulement la profession de médecin mais aussi la profession de chirurgien-dentiste et de sage-femme. Faut-il en déduire que ce qui est médical ne concerne pas que la médecine au sens strict ? Ou bien que la médecine englobe l'activité des sages-femmes et des chirurgiens-dentistes ?

145. En ce qui concerne le terme « médecine », la Cour de cassation a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un terme protégé, contrairement au titre de « médecin ». Ainsi, d'après un arrêt du 16 octobre 2008, rendu par la première chambre civile¹⁹⁶, le mot « médecine » peut être employé pour désigner l'activité de médecine chinoise, sans tomber sous le coup de la qualification d'exercice illégal de la médecine, sous la condition que le « praticien » ne

¹⁹² Article 75 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; Décrets n° 2007-435 et 2007-437 du 25 mars 2007 respectivement relatifs aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie et à la formation des ostéopathes et à l'agrément des établissements de formation.

¹⁹³ Décret n° 2011-32 du 7 janvier 2011, relatif aux actes et aux conditions d'exercice de la chiropraxie.

¹⁹⁴ Pour une liste complète des auxiliaires médicaux, il faut préciser : les professions d'infirmier, de masseur-kinésithérapeute, de pédicure-podologue, d'ergothérapeutes, de psychomotricien, d'orthophoniste, d'orthoptiste, de manipulateur d'électroradiologie, de technicien de laboratoire, d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésistes et de diététicien.

¹⁹⁵ CE, 17 novembre 2010, n° 332771, commenté par Maïalen Contis, « *Ostéopathie, une histoire sans fin ?* », Dictionnaire permanent de bioéthique, 22 février 2011.

pratique pas la médecine telle que définie par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique. L'intéressé ne doit pas établir de diagnostic ni d'actes « médicaux ». Précision d'une grande importance.

Dans cette espèce, la Cour d'appel de Metz avait jugé que le terme médecine était protégé par les dispositions du code de la santé publique relatives à l'exercice illégal de la médecine. Cela semblait cohérent, mais la Cour de cassation a opéré une nuance subtile. L'exercice de la médecine protégé par le code de la santé publique est celui de la médecine qui consiste à établir des diagnostics ou à réaliser des actes médicaux.

La Cour de cassation aurait donc condamné celui qui dit exercer la médecine chinoise, si celui-ci avait pratiqué la médecine, au sens occidental du terme. Finalement, cela revient à dire qu'il n'y a pas d'exercice illégal de la médecine puisque il n'y a pas d'exercice de la « médecine » au sens où on l'entend communément. La Cour de cassation adopte un raisonnement logique en précisant que c'est l'exercice qui est protégé et non le mot. Mais justement, en laissant employer le mot médecine, au sujet d'une pratique qui ne fait pas partie de la définition que la loi fait de la médecine, cela ne risque-t-il pas de tromper le public ? La lecture du terme médecine ne renvoie-t-elle pas à la notion de médecine la plus largement répandue, à savoir « soigner ». Le vocable ne doit-il pas coller à l'exercice ?

Il faut en conclure que ni le soin ni la médecine ne sont désormais le monopole des médecins.

146. La déduction s'impose, la médecine n'est pas une notion aisée à définir. Selon cette jurisprudence, elle pourrait même englober des pratiques allant jusqu'à la médecine chinoise. Il faut voir le non-sens de la situation. La médecine chinoise se définirait par l'absence d'actes « médicaux » pratiqués. Et l'acte médical se définit lui-même comme l'acte relevant de la « médecine ». C'est un cercle vicieux, un problème dont on ne voit pas la fin. Un acte de médecine chinoise pourrait donc être considéré comme un acte médical si l'on s'en tient à la sémantique.

Comme l'explique l'historien de la médecine Jean STAROBINSKI, « *la médecine actuelle est cette science appliquée par laquelle nous agissons, directement ou indirectement, sur les processus qui se déroulent dans le corps humain. Elle est un savoir transformé en pouvoir. La médecine théorique (biophysique, biochimie, physiologie, physiopathologie,*

¹⁹⁶ 1^{ère} civ., 16 octobre 2008, n° 07-17.789, publié au Bull. n° 964.

microbiologie, pharmacologie, etc.) établit les bases expérimentales et rationnelles d'une technique dont l'application est confiée au « praticien »¹⁹⁷ ». La médecine est donc, avant tout chose, une action. C'est peut-être l'élément de définition important à retenir. La médecine est, avant tout chose, ce qu'en font les praticiens. Elle est mouvante. En raison de cela, les notions d'acte médical ou de nécessité médicale paraissent propices à une certaine malléabilité voire une potentielle confusion.

En conclusion, il faut retenir que l'acte « relatif à la médecine » ne saurait être une définition suffisante de l'acte médical, puisque la médecine n'est pas un terme protégé et peut englober d'autres pratiques comme la médecine chinoise, et aussi parce qu'elle est en constante évolution.

Grâce à ces éléments de définition, on peut plus aisément déterminer ce qui ne fait pas partie de la catégorie des choses « médicales ». Le premier élément de définition exposé précédemment était qu'est médical ce qui provient du -ou est attaché au- médecin. Ce critère est-il suffisant ? L'acte du médecin est-il toujours un acte médical ? Il convient d'y répondre par la négative.

2°) La négation du caractère médical

La définition du terme médical qui vient d'être donnée doit être confrontée à des hypothèses qui semblent correspondre à cette définition et qui pourtant ne peuvent être qualifiées d'actes médicaux.

a) L'acte du médecin n'est pas toujours un acte médical

147. Il est tout à fait imaginable qu'un médecin qui agit à l'occasion de l'exercice de sa profession puisse ne pas accomplir seulement des actes médicaux. Cette idée permet de s'apercevoir que la nature médicale d'un acte ne tient pas uniquement à la qualité de la personne qui l'accomplit, même si celle-ci est nécessaire, mais aussi à la nature de l'acte lui-même qui doit correspondre à l'exercice d'une profession.

¹⁹⁷ Jean Starobinski, *Histoire de la médecine*, éd., Rencontre-ENI, 1963.

148. À titre d'illustration, un arrêt de la chambre criminelle du 29 janvier 2003¹⁹⁸ retient la parfaite motivation de la Cour d'appel s'agissant de la condamnation d'un médecin pour agression sexuelle sur des mineurs de quinze ans, aggravée par la circonstance que ces faits ont été commis par une personne ayant abusé de l'autorité de sa fonction. Dans cette espèce, il s'agissait d'actes pouvant relever, pour une partie d'entre eux, de la catégorie des actes médicaux, matériellement et techniquement parlant. Cependant, les juges ont, fort justement, qualifié ces actes d'attouchements sexuels et non d'actes médicaux, car l'intention du médecin n'était pas « médicale » lors de l'accomplissement de ces gestes mais bien de nature sexuelle, et en vertu de plusieurs arguments. Il ne sera cité que celui qui intéresse le développement. Ainsi, la motivation de l'arrêt en est une parfaite illustration lorsqu'il précise : *« que les gestes reprochés au prévenu ne pourraient ne pas constituer l'infraction s'il s'agissait de gestes médicaux qui justifieraient des palpations ayant pu s'appliquer sinon aux parties sexuelles du moins à la périphérie de ceux-ci, que l'expertise effectuée par le docteur C... concluait à la banalité du geste concernant Gregor A..., que, concernant Ali Z..., les gestes correspondaient partiellement à la recherche de ganglions, que, pour Pierre Y..., la nécessité de passer le bras par dessus le corps du patient ne saurait être retenue puisqu'il était établi que la chambre du patient n'était nullement exigüe ; qu'ainsi, il apparaît que le docteur X... a bien porté des atteintes objectives qualifiées de sexuelles à ses quatre patients, et que cette conviction est renforcée par le fait de ses fréquentes visites à ceux-ci sans que la nécessité médicale ne puisse être invoquée ».*

149. À la lecture de ces lignes, il est clair que si les gestes incriminés avaient reçu une explication réellement médicale et donc avaient été justifiés au regard de la loi, ce médecin n'aurait pu être poursuivi pour agression sexuelle. C'est idéalement l'hypothèse quotidiennement rencontrée par les médecins gynécologues. Certains de leurs actes pourraient être matériellement qualifiés d'agression sexuelle mais la nécessité médicale motivant et expliquant ces actes justifie leur commission et leur ôte toute qualification pénale. C'est l'intention qui compte en la matière. On pourrait dire que l'intention doit être médicale, dans le sens « en lien avec l'exercice de la profession », c'est-à-dire rechercher à établir un diagnostic ou à soigner une pathologie.

Dans l'arrêt précité, il est constant que ce sont des gestes réalisés par un médecin, pendant une consultation, sur des patients qu'il suivait pour des interventions chirurgicales. Il est donc démontré que ces circonstances ne suffisent pas à caractériser un acte d'acte médical.

¹⁹⁸ Crim., 29 janvier 2003, n° 02-84.295.

Il en va de même, parallèlement, d'actes de viols qu'aurait commis un médecin pendant une consultation¹⁹⁹. Il est nécessaire que ces actes aient été commis dans le cadre de l'exercice de la profession, non au sens matériel, mais au sens intentionnel de l'exercice. La qualité de médecin n'est pas suffisante pour qualifier un acte d'acte médical, elle ne saurait être suffisante car ce serait laisser un pouvoir immense entre les mains du médecin.

À présent l'activité de médecine est-elle suffisante pour caractériser l'aspect médical d'une chose ou d'un acte ? Certains actes, sans qu'aucune incrimination ne puisse être envisagée, ne sont pas, par nature, des actes médicaux, alors que leur dimension médicalisée pourrait nous induire en erreur.

Le deuxième élément de définition du mot « médical » était d'exposer qu'est médical ce qui concerne ou est relatif à la médecine. Le contexte de l'activité de médecine est-il suffisant à nommer certains actes, actes médicaux ?

b) Actes médicalisés et actes médicaux

1. *Jurisprudence*

150. Certains actes médicalisés ne sont pas des actes médicaux. Un premier exemple frappant est celui de l'accouchement par voie basse (ou naturelle). La jurisprudence a reconnu que celui-ci ne constituait pas un acte médical et qu'il ne pouvait donc donner lieu à une indemnisation de la part de la solidarité nationale, à travers l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux. En effet, les règles de responsabilité médicale établies depuis 2002, à travers l'article L.1142-1 du code de la santé publique, sont basées sur cette notion d'acte médical. Il ne peut y avoir de responsabilité en l'absence d'acte médical. Les critiques seraient tentantes même si ce n'est pas le propos. Ainsi, un accouchement ne constitue pas un acte médical, sauf à considérer l'hypothèse de la césarienne. Cela semble logique, puisque l'on peut sans conteste accoucher sans l'intervention d'un médecin, même si les soins de ce dernier peuvent souvent se révéler nécessaires. Par ailleurs, l'accouchement n'est pas un acte destiné à prévenir ou guérir une maladie. On comprend pourquoi une Juridiction affirme son caractère non médical. Pour autant, c'est un des actes les plus médicalisés qui soit.

151. Si l'on examine les faits qui ont donné lieu à la décision rendue le 6 décembre 2007 par le Tribunal administratif d'Amiens, il est possible de discuter de la question²⁰⁰. En l'espèce, une femme a accouché sans difficulté d'une petite fille à l'hôpital. Mais, le placenta ne sortant pas, il a été procédé à son ablation sous anesthésie générale. Une heure et demie plus tard, une hémorragie grave s'est déclenchée. Le seul moyen d'y mettre fin a été d'effectuer, en urgence, une hystérectomie qui a permis de sauver la patiente. Celle-ci, âgée de 17 ans, présente une incapacité temporaire de travail de 25% du fait d'une stérilité inaccessible aux techniques d'assistance médicale à la procréation. L'ONIAM a alors refusé d'indemniser la patiente aux motifs que les conditions posées par l'article L.1142-1 du code de la santé publique n'étaient pas remplies. Le Tribunal administratif a adopté la même position que l'ONIAM et a rejeté le recours de la patiente.

152. La condition faisant défaut est donc celle tenant à ce que les dommages doivent être directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. L'hémorragie (ayant entraîné un autre dommage) survenue après l'accouchement n'est pas considérée comme étant directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, un accouchement par voie basse ne constituant pas un acte médical. Le parallèle est parfaitement établi entre l'acte de diagnostic, de prévention ou de soins et l'acte médical. Il semble que pour les juridictions, il s'agisse de la même chose. L'origine de l'hémorragie n'a pas reçu d'explication certaine, les experts se limitant à évoquer l'absence de cause favorisante. Ainsi, le lien de causalité entre l'acte de soins- l'acte chirurgical consistant en l'ablation du placenta- et « l'accident médical » constitué par l'hémorragie ne peut donc être regardé comme établi de manière certaine.

Les guillemets sont ajoutés car il s'agit de l'expression utilisée par la Juridiction, au sujet de laquelle il convient de s'arrêter. Il semble que l'expression ne soit pas appropriée puisque, justement, l'accident médical, comme ce mot l'indique, implique qu'il s'agisse d'un événement survenu par le fait de médecin ou à l'occasion d'une activité de médecine. Strictement, cela voudrait dire « événement non volontaire, relevant de médecins ou de la médecine ». Or, précisément, c'est ce que le Tribunal conteste, semble-t-il. Cette hémorragie serait arrivée, selon eux, de toute façon, si la patiente avait accouché seule. Malgré la concomitance de l'accouchement et de l'intervention chirurgicale, le lien de causalité est

¹⁹⁹ Crim., 21 février 2007, n° 06-89.543.

²⁰⁰ Tribunal administratif d'Amiens, 6 décembre 2007, n° 0501364, Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies, Actualités, 12 février 2008.

établi entre l'accouchement et l'hémorragie et non entre l'opération et l'hémorragie. Si l'esprit conçoit aisément qu'il n'est nul besoin de médecin pour accoucher, comment ne pas qualifier de « médicale », la situation dans laquelle, une femme qui accouche et qui est prise en charge par un médecin lors de cet événement, et à l'occasion duquel, face à des complications, le médecin procède à l'ablation du placenta -que l'on ne peut que qualifier d'acte médical- à la suite duquel une hémorragie et des conséquences lourdes surviennent ? Ne s'agit-il pas, de toute évidence d'une situation dans laquelle le contexte et les actes sont médicaux ? Plus précisément, ne peut-on pas considérer que l'hémorragie est forcément causée par une absence de soin adéquat ? Dans le code de la santé publique, seul l'acte médical peut être générateur de responsabilité ; et qu'en est-il de l'abstention, de l'absence d'acte qui pourrait être génératrice de dommages et donc de responsabilité ? Il semble que dans la catégorie des actes de diagnostic et de prévention, on pourrait peut-être admettre que les omissions soient génératrices de responsabilité. Mais ce serait glisser vers le terrain de la faute.

Ici, la patiente ne s'est pas placée sur le terrain de la faute du médecin puisque son seuil d'incapacité lui donnait droit, *a priori*, à l'indemnisation par la solidarité nationale, soit de plein droit. La preuve en est rapportée que le caractère automatique est loin d'exister. Peut-être aurait-il été plus judicieux ou plus facile de rapporter la preuve d'une faute, que la preuve du lien avec un acte médical.

Au final, cette décision de justice impose de relativiser la définition de ce qui est médical, comme ce qui est relatif à la médecine. Apparemment, l'appartenance au milieu de la médecine ne suffit pas. Un accouchement dans un hôpital, suivi par une équipe médicale et un médecin peut être vu comme relevant d'une activité de médecine²⁰¹. Pourtant, s'agissant de la qualification de l'acte d'accouchement, l'environnement ne suffit pas, car il faut l'intervention l'agissement d'un médecin, comme, dans cet exemple, à travers l'ablation du placenta. Le raisonnement du Tribunal paraît cohérent. Finalement, les deux critères de définition du mot « médical » semblent devoir se cumuler lorsqu'ils sont à l'épreuve de l'acte médical ou de la nécessité médicale. Il est nécessaire d'être en présence d'un acte d'un médecin ou d'un professionnel de santé qui agit dans le cadre de l'exercice de sa profession. Les éléments de définition sont donc cumulatifs.

²⁰¹ En ce sens, v. la réponse ministérielle à la question de M. François Brottes n° 96236, publiée au J.O. le 3 mai 2011, p. 4576 : L'accouchement à domicile, dès lors qu'il est pratiqué par une sage-femme, constitue un acte médical non dénué de risques, ce qui explique le niveau élevé des primes d'assurance.

2. *Opinion doctrinale*

153. *Médicalisé.* Une attention particulière mérite d'être portée sur la distinction qui doit être faite entre les adjectifs « médical » et « médicalisé ». Il convient de ne pas les confondre, malgré ce qu'il est possible de lire, parfois. Par exemple, M. BOUTEILLE a écrit à propos de l'évolution de la notion d'acte médical²⁰², qu'il convenait de chercher à préserver la définition traditionnelle de l'acte médical, c'est-à-dire un acte ayant une finalité thérapeutique. L'auteur écrit qu'il lui apparaît plus efficace, pour un ensemble de raisons qu'il expose, de préserver cette définition et « *d'établir une distinction entre les actes médicaux traditionnellement entendus, et les actes simplement médicalisés, dépourvus de finalité thérapeutique* ». Dans son raisonnement, fort bien expliqué au demeurant, il considère qu'il est plus intéressant de retenir une acception du mot médical correspondant à thérapeutique, ce qui peut paraître étonnant. Ainsi, ce qui est dénommé dans notre étude « les actes médicaux et non thérapeutiques », est qualifié d'actes « *médicalisés* ». La justification principale de cette démarche tient à ce que M. BOUTEILLE retient une définition de l'acte médical correspondant à l'exercice de la médecine, dans son essence, c'est-à-dire soigner les affections au sens large. L'acte médical ne peut être, au regard de ses écritures, un acte de convenance, un acte simplement désiré mais au contraire, un acte nécessité.

154. Mme RENAUT semble être l'inspiratrice de cette idée, lorsqu'elle écrit, à propos de la chirurgie esthétique de confort, qu'il s'agit de la « *négation même de l'acte médical* »²⁰³. S'il faut saluer la pureté de cette pensée parce qu'elle élève l'acte médical à ce qu'il devrait peut-être constituer ou aurait dû demeurer : un acte exclusivement soignant, il n'en demeure pas moins qu'elle n'emporte pas notre conviction. En effet, cette façon de raisonner nie la réalité des pratiques des médecins et des règles juridiques. L'acte médical est un acte relevant d'un médecin dans l'exercice de sa profession, donc de la médecine ; et l'ajout de cette précision n'est pas tautologique. En effet, le fait que l'acte soit accompli par un médecin n'est pas la garantie de ce que cet acte est médical, sinon le qualificatif médical amènerait une entière impunité des médecins. Il faut également que l'acte soit accompli dans l'exercice de la profession, donc de la médecine. Il faut déduire de cette définition qu'elle dépend en fait de la notion de médecine et de sa signification. Et la médecine a

²⁰² « *L'évolution consumériste de la notion d'acte médical* », M. Bouteille, JCP, éd. entreprise, n°1, 2001, p.17.

²⁰³ Marie-Hélène Renaut, « *L'évolution de l'acte médical* », RDSS 1999, p. 45.

considérablement évolué ; Il n'est pas possible de soutenir à l'heure actuelle, que la médecine n'a pour vocation que de traiter des maladies ou de les prévenir. Il n'est pas débattu ici de la question de savoir ce qui est licite ou non, ce qui est opportun ou non, souhaitable ou non. Il s'agit de donner au vocabulaire son juste sens et ne pas attribuer aux mots le sens que l'on voudrait y voir.

155. Il semble, d'après ces développements, que l'adjectif médical ne puisse constituer la garantie attendue pour protéger le corps humain. Bien au contraire, il incarne, l'action du médecin et donc le pouvoir de celui-ci sur le corps humain.

156. Au surplus, M. BOUTEILLE retient également une définition du caractère thérapeutique, potentiellement extensible, puisqu'il y est fait référence à la notion de santé, qui est extrêmement contingente. Il est vrai qu'il est séduisant d'imaginer que le mot thérapeutique puisse recouvrir l'ensemble des hypothèses souhaitables, même les actes de prévention ou de soulagement des douleurs, en considérant que l'acte thérapeutique est celui qui améliore la santé. La santé, étant une notion beaucoup plus vaste que celle d'absence de maladies, permettrait de donner au mot thérapeutique un sens satisfaisant car en adéquation avec le besoin de légalité de l'activité médicale. C'est oublier rapidement la réforme faite par la loi du 27 juillet 1999, source de l'étude, qui a supprimé le mot thérapeutique au profit du mot médical. Les conséquences en ont été considérables et la réforme n'aurait pas eu lieu si le mot thérapeutique englobait toutes les hypothèses permettant d'améliorer la santé dans son sens large : l'état de bien-être physique et mental. Il n'est pas de hasard dans la réforme d'une loi, fondamentale de surcroît. Elle est la démonstration de ce que le vocable « médical » est foncièrement différent du mot thérapeutique. Il ne peut être porteur des mêmes significations.

Ainsi, il est entrevu l'intérêt qui doit être porté à l'étude du mot thérapeutique. Celui-ci doit être, en toute logique, écarté comme pouvant définir le terme « médical ».

B. La différenciation avec le caractère thérapeutique

157. Les écrits doctrinaux ne présentent que rarement la différence fondamentale qui existe entre ce qui est thérapeutique et ce qui est médical. L'un ou l'autre des termes étant parfois employé indifféremment, sans que soient consciemment pesées les conséquences potentielles d'un tel emploi. Médical ne signifie pas thérapeutique, c'est pourquoi il convient de définir ce que signifie thérapeutique.

L'acception du mot thérapeutique, en tant que nom féminin, « *la thérapeutique* » est à évincer des développements, puisque l'intérêt se porte sur l'accolement au terme « nécessité », dans sa fonction d'adjectif qualificatif. Le nom « *la thérapeutique* » peut désigner, d'une part, une partie de la médecine qui enseigne les moyens -médicamenteux, chirurgicaux ou autres- propres à guérir ou à soulager les maladies et, d'autre part, la manière choisie de traiter une maladie, c'est-à-dire les moyens eux-mêmes. Il s'agit d'un sens dérivé du mot originaire qui nous intéresse.

Thérapeutique est un adjectif qualificatif attribuant à quelque chose (un acte ou une chose) la qualité de soigner, et de guérir une maladie, puisqu'il signifie « relatif au traitement des maladies ». Le sens de l'adjectif apparaît- peut être faussement- comme étant davantage réducteur que le nom féminin. C'est un mot également issu du grec « *therapeuein* » signifiant soigner. Aussi, le sens du vocable semble clair et ne peut donner lieu à aucune discussion. Est dit thérapeutique, ce qui est relatif au traitement des maladies, ce qui soigne celles-ci.

Si au commencement, on pouvait considérer qu'il y avait une assimilation possible entre les notions « thérapeutique » et « médical » dans l'exigence posée par la loi (1°), il n'y a aujourd'hui plus de doute quant à la distinction des deux notions, notamment du fait du remplacement de l'une par l'autre par la réforme de la loi du 27 juillet 1999 mais aussi de la conservation partielle de l'exigence thérapeutique, s'agissant des exceptions, preuve supplémentaire de sa différence avec le terme médical (2°).

1°) *L'ancienne exigence de l'intérêt thérapeutique : l'assimilation initiale des deux notions*

158. La démarche thérapeutique a toujours été l'essence même de la profession médicale, et s'il fallait s'en convaincre, il n'est qu'à examiner le serment d'Hippocrate ou la déontologie médicale, la plus ancienne qui soit. L'exigence thérapeutique constituait aussi une donnée ancienne et pérenne dans la jurisprudence mais également dans la loi, de façon implicite²⁰⁴.

²⁰⁴ V. Bruno Py, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Thèse, 1993, notamment p.167.

a) Dans la jurisprudence

159. À titre d'exemple, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, rendu le 30 mai 1991 est très instructif sur le sujet. Il s'agit d'un arrêt de rejet du pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence, en date du 23 avril 1990²⁰⁵. La Haute Juridiction a considéré que le moyen soulevé par la partie au pourvoi tenait à l'appréciation souveraine des juges du fond sur des éléments de faits et, que ceux-ci avaient justifié et qualifié ces éléments de faits. La Cour de cassation suit ainsi le raisonnement des juges du fond. Le caractère thérapeutique de l'acte du médecin poursuivi était au cœur du débat ; l'objectif et la motivation de l'acte, plus précisément.

160. Pour le commenter, il faut revenir sur les faits de l'espèce. Le Docteur X, chirurgien urologue, a procédé, le 26 janvier 1980, à l'ablation de l'appareil génital externe masculin de Monsieur Y, ce dernier voulant mettre son corps en harmonie avec le sentiment qu'il éprouvait d'appartenir au sexe féminin. Il s'agit bien d'un des actes les plus attentatoires qui soient à l'intégrité corporelle d'un individu et donc un acte figurant parfaitement dans le champ de l'article 16-3 du code civil. Monsieur Y, déçu des résultats de l'opération, a porté plainte contre le chirurgien urologue et après plusieurs nouvelles interventions chirurgicales et une dépression, il s'est suicidé en 1988. Comme il avait auparavant porté plainte, l'action en justice était entamée et a été menée à terme par ses ayants-droits. Dans un premier temps, la Cour d'appel a reconnu le médecin coupable du délit de coups et blessures volontaires avec préméditation et a condamné ce dernier à six mois d'emprisonnement assorti du sursis et au paiement de vingt mille francs d'amende. Elle a considéré, en effet, que « *dans les cas autorisés par la loi, le chirurgien qui pratique une intervention chirurgicale dans l'exercice normal de sa profession, cause volontairement, une atteinte à l'intégrité physique du patient, néanmoins les rigueurs de l'article 309 du code pénal ne lui sont pas applicables parce que la profession médicale est autorisée et réglementée par la loi ; le médecin jouit ainsi d'une immunité légale dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique » ». La Cour prend le temps par la suite, de motiver par le récit de faits, l'absence d'intention thérapeutique de la part des médecins. La condition est ainsi établie de l'exigence thérapeutique de l'action médicale lorsqu'elle peut correspondre à des délits pénaux.*

²⁰⁵ Aix-en-Provence, 7^{ième} chambre, 23 avril 1990 ; Crim., 30 mai 1991, n° 90-84.420, Bull. Crim. 1991, n° 232 ; Obs. M. Gérard Mémeteau, J.C.P. éd. générale, 21270, n° 38, p. 294.

Le développement est placé sous le titre de l'« ancienne » exigence. En effet, l'évolution est parfaitement limpide puisqu'en 1994, la loi est venue consacrer cette exigence par l'article 16-3 du code civil. La modification intervenue en 1999 a, en revanche, rendu inopérante cette jurisprudence au profit d'un critère « médical ». C'est la raison pour laquelle on peut désormais qualifier cette condition d'ancienne. Feu la condition du caractère thérapeutique de l'intervention médicale.

161. La motivation de la Cour d'appel est très intéressante car elle reprend *in extenso* la définition du Dictionnaire *Robert* lorsqu'elle expose que l'adjectif « thérapeutique » signifie « *qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir* ». Elle poursuit : « *il est reproché aux chirurgiens en l'espèce d'avoir oublié l'intérêt du patient pour satisfaire leur curiosité scientifique* ». Il doit également être noté dans la motivation de la Cour le passage indiquant que le médecin psychiatre, également poursuivi, « *n'a, en aucune manière, confirmé au Docteur X la nécessité de l'intervention* » lors de ses consultations et compte-rendu. Le psychiatre sera par ailleurs condamné pour avoir accordé la possibilité d'accéder à une telle mutilation « *sans avoir constaté d'ailleurs le moindre signe pouvant justifier la nécessité d'une telle opération* ». Ainsi, en 1990, les deux conditions étaient déjà reconnues par la jurisprudence, avant même qu'elles ne soient exprimées formellement dans la loi de 1994 : un acte présentant un caractère thérapeutique et une nécessité d'agir.

La Cour de cassation est en accord avec ces conditions puisque, pour sa part, elle retient que : « *La cour d'appel énonce que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien ; qu'elle en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi* ». Elle poursuit par son attendu de principe tout à fait limpide : « *attendu qu'en l'état de ces énonciations, fondées sur l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de fait qui leur étaient soumis, d'où il résulte que l'objectif thérapeutique du médecin n'était pas établi en l'espèce et qu'en conséquence le délit reproché était caractérisé, la cour d'appel a justifié sa décision... ».*

b) Dans la loi

162. Quant à l'autorisation de la loi évoquée à l'époque par les deux juridictions, en référence à l'article 122-4 du code pénal²⁰⁶, il faut convenir qu'il s'agit d'une autorisation implicite. En effet, selon le droit en vigueur en 1991 organisant et règlementant la profession médicale, il était plus que logique de convenir que la pratique de l'art médical, en soi, ne tombait pas sous le coup de la loi pénale. L'autorisation, ainsi formulée implicitement, avant 1994, ne semblait pas contenir de condition ; elle semblait inconditionnelle. C'est une fausse idée, comme l'a souligné Mme Maïalen CONTIS²⁰⁷, « *cela aboutirait à créer une immunité totale au bénéfice du médecin. Or ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur. Il ne suffit pas de dire que la loi autorise, il faut aussi voir pourquoi elle le fait, sinon la justification tirée de l'autorisation n'a plus de sens. S'agissant des dispositions organisant la profession médicale, elles ont eu pour but de favoriser la santé publique. C'est donc uniquement lorsqu'elles tendent vers ce but que les infractions réalisées doivent bénéficier de l'impunité* ». Elle cite alors le passage d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 1^{er} juillet 1937, dans l'affaire célèbre dite des « stérilisées de Bordeaux » : «... *les blessures faites volontairement ne constituent ni crime, ni délit, lorsqu'elles ont été commandées, soit par l'autorité légitime d'après l'ordre de la loi, soit par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ; (...) hors ces cas, et ceux où la loi les autorise à raison d'une utilité par elle reconnue les crimes et délits de cette nature doivent, suivant les circonstances déterminées par les articles 309 et s. du Code pénal, donner lieu à condamnation contre les auteurs et complices ; (...) ainsi le moyen doit être rejeté.* ».

L'utilité ainsi évoquée par la jurisprudence se mua, quelques temps plus tard, en exigence thérapeutique de l'acte, pour enfin devenir « nécessité thérapeutique » de celui-ci, à l'occasion des lois du 29 juillet 1994. L'utilité s'est précisée.

Mais surtout, la création de l'article 16-3 du code civil a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'attribuer à l'inviolabilité corporelle le qualificatif de « principe tendant à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »²⁰⁸, et cela n'aurait pas dû rester sans conséquence. La réforme de l'article posant le remplacement de l'adjectif « thérapeutique » par celui de « médical » aurait mérité un véritable débat parlementaire alors qu'il a été présenté comme la simple correction d'une coquille rédactionnelle.

²⁰⁶ Art. 122-4 du code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ».

²⁰⁷ Maïalen Contis, « *La chirurgie à visée esthétique* », mémoire de DEA, 1996, p. 13.

²⁰⁸ Cons. constit. 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, commenté dans « *Les grands arrêts du droit de la santé* », Claudine Bergoignan-Esper, Pierre Sargos, D., éd. 2010.

163. De nombreux auteurs avaient également relevé que le but curatif était un préalable essentiel dans l'autorisation que la loi donnait à l'activité médicale. Ainsi, en 1932, BODELET²⁰⁹ écrivait déjà que « *le législateur, en conférant les diplômes, autorise le médecin à faire tous les actes à but curatif lorsqu'il est appelé par le malade* ». GARCON²¹⁰, dans le code pénal annoté de 1956, écrivait aussi que « *le législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant d'exercer la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif lorsqu'il est appelé par le malade. (...) Il suit de là, quelle que soit la base qu'on donne à l'impunité, que le médecin n'échapperait pas à la peine s'il agissait sans but curatif* ». M. Bruno PY, dans sa thèse de doctorat consacrée aux « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », démontre que la loi a explicitement organisé la profession (diplôme, inscription à l'Ordre, déontologie...) mais qu'aucun texte ne précisait encore l'exigence de ce but curatif. Il en conclut donc que cette exigence thérapeutique était implicitement légale. Il écrit : « *Dès lors que l'activité professionnelle du médecin consiste à prendre « part habituellement (...) à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement des maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées*²¹¹ », il apparaît que l'exigence d'une finalité thérapeutique repose sur le but de la mission médicale. Le médecin a pour mission de diagnostiquer et traiter des maladies humaines. La loi autorise tacitement le médecin à porter atteinte au corps du soigné à condition que ce soit dans la perspective de diagnostiquer ou de traiter le soigné. »²¹².

164. À titre de comparaison, Mme Christiane HENNAU-HUBLET, a écrit, à propos de l'activité médicale et du droit pénal²¹³, en Belgique, que le médecin était « *implicitement autorisé par la loi à veiller à la santé ou à la vie d'autrui au besoin par des actes qui lèsent la personne* », c'est-à-dire qui portent atteinte à son intégrité corporelle. L'auteur cite alors l'arrêté royal du 31 mai 1885 ainsi que celui du 10 novembre 1967 relatif à

²⁰⁹ L. Bodelet, « *Le risque accepté en droit pénal contemporain* », thèse droit, Dijon, p.48. Il affirme ensuite paradoxalement que le médecin n'est pas limité à ces actes curatifs : « *Le médecin ne doit que guérir. Cette idée est un simple postulat qui ne trouve appui nulle part. (...) Rien dans la loi générale, rien dans celle du 30, n'empêche le médecin d'agir dans un but autre que curatif, que ce but soit préventif ou esthétique* ». L'auteur met ainsi le lecteur sur la voie de l'intérêt qu'il y avait à inscrire un tel principe dans la loi.

²¹⁰ Emile Garçon, *Code pénal annoté*, nouvelle édition par Rousselet, Patin et Ancel, tome 2, art.309, Sirey, 1956, p.78.

²¹¹ En italique dans le texte, l'auteur cite l'article L.372-1, alinéa 1 du CSP en vigueur en 1993.

²¹² « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Bruno Py, Thèse de doctorat, 1993.

²¹³ « *L'activité médicale et le droit pénal, les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes* », Christiane Hennau-Hublet, préface de Jacques Verhaegen, éd. Bruxelles, E. Bruylant ; Paris, L.G.D.J., 1987, p.42.

l'exercice de l'art de guérir qui édicte dans son article 1^{er} que « *l'art de guérir couvre l'art médical exercé à l'égard d'êtres humains (...) sous ses aspects curatifs et préventifs* ».

Elle poursuit en écrivant que « *c'est dans cette perspective strictement thérapeutique que se déploie l'activité légitime du médecin qui couvre selon les termes de la loi « l'examen de l'état de santé, le dépistage de maladies et déficiences, l'établissement du diagnostic l'instauration ou l'exécution du traitement d'un état pathologique, physique ou psychologique, la « vaccination » de même que « la restauration, la correction ou la modification des fonctions organiques* » ». Les dispositions citées par l'auteur proviennent également des deux arrêtés royaux sus évoqués. Force est de constater que cette exigence thérapeutique, qu'elle soit d'origine jurisprudentielle ou d'origine légale, était commune à divers pays.

165. Aujourd'hui abandonné au profit du vocable « médical », l'adjectif thérapeutique avait le mérite de correspondre à l'essence de ce que doit être l'activité médicale, alors que le mot « médical » ne dépeint que son attachement matériel à des personnes (professions médicales) et à un milieu, et est nu de tout autre signification. Le mot médical ne porte pas de valeur supplémentaire que le fait d'appartenir formellement à l'activité des médecins ou à la médecine.

2°) *Le remplacement par l'adjectif qualificatif « médical » : la séparation actuelle des deux notions*

166. On conçoit aisément, d'après la définition que nous venons d'établir de l'adjectif « médical », que ce dernier puisse être tout à fait différent du qualificatif « thérapeutique ». Ce qui relève d'un médecin ou qui est relatif à la médecine n'est pas nécessairement curatif. Ainsi qu'il a été rappelé lors de l'explication de la notion de médecine²¹⁴, il est reconnu qu'aujourd'hui la médecine ne s'intéresse et n'est pas seulement constituée de données à visée curative mais qu'elle englobe également des activités préventives (éviter l'apparition de la pathologie) ou palliative (devant l'absence de remèdes, on cherche à soulager la souffrance). On constate que ces domaines d'activités gravitent, tout de même, autour de la maladie (en amont ou en aval) ou éventuellement autour d'une infirmité ou d'une blessure. L'adjectif « thérapeutique » ne concernait-il pas le traitement des

²¹⁴ V. *supra* n° 143.

blessures et des infirmités ? Partons d'un exemple. Une stérilité physiologique n'est pas une maladie, à proprement parler ; elle peut cependant constituer une infirmité. Le médecin qui cherche à remédier à cette infertilité pourrait prescrire un traitement thérapeutique, visant à rendre fertile la personne qui en souffre (un traitement hormonal par exemple, dans le cadre d'une stérilité relative). À côté de cette possibilité, pour le moins restreinte, le médecin peut chercher à pallier cette infertilité. Il aura alors recours à des techniques issues de la science juridique cette fois. Recommander l'adoption d'un enfant ou conseiller une procréation médicalement assistée lorsqu'il s'agit d'un couple qui remplit les conditions légales. Comme sa dénomination l'indique, la procréation médicalement assistée est une technique médicale et non une technique thérapeutique, car elle ne soigne pas la stérilité. Elle ne remédie en rien à l'absence de production de gamètes par le corps, elle y pallie, au moyen d'un don et grâce à un aménagement des règles juridiques de la filiation. Il en est de même si la procréation médicalement assistée a eu pour but de contourner une maladie génétique transmissible ; la technique n'aura pas traité la maladie, elle l'aura simplement évitée. L'adjectif thérapeutique est donc inadapté pour en rendre compte ou pour l'autoriser.

167. Cet exemple, parmi d'autres, démontre en quoi l'activité médicale est désormais éloignée du seul domaine thérapeutique. La médecine n'envisage plus seulement les problèmes de santé qu'on lui présente à travers l'angle de vue thérapeutique. La cause en est certainement qu'on ne présente pas seulement des maladies à un médecin, mais bien tous les maux de la vie, en sus des ennuis de santé. Il faudra revenir sur la notion de santé, par ailleurs²¹⁵.

168. Si l'on admet que « thérapeutique » signifie sans conteste soigner les maladies, il convient de chercher le sens exact du verbe soigner. Ce verbe renvoie sans équivoque à l'action de donner « des soins ». Il s'agit donc de définir la notion de « soins » lorsqu'elle est employée au pluriel. Le dictionnaire Larousse offre quatre définitions du mot « soins », selon le domaine dont il s'agit. D'abord, les soins peuvent désigner les actes par lesquels on veille au bien-être de quelqu'un : entourer ses hôtes de soins attentifs. Ensuite, il peut s'agir « d'actes de thérapeutique qui visent à la santé de quelqu'un, de son corps », par exemple : les premiers soins à un blessé. Puis, les soins peuvent désigner les actes d'hygiène, de cosmétique qui visent à conserver ou à améliorer l'état de la peau, des ongles, des cheveux. Enfin, le

²¹⁵ V. *infra* n° 175.

dernier sens du mot « soins » peut s'appliquer aux actes qui visent à entretenir, préserver quelque chose, comme un végétal par exemple. Les deux premiers sens retiennent l'attention. Ils font référence au bien-être, formule générale, puis à la santé, ce qui semble être la définition applicable au domaine étudié. Ces définitions font clairement la différence entre le bien-être, notion plus large, et la santé, qui ne peut en être le synonyme.

169. Le Trésor de la langue française donne, parmi des dizaines de sens, un sens particulier du mot « soins » au pluriel, tel qu'il est employé dans la présente étude : « Ensemble des actions et pratiques mises en œuvre pour conserver ou rétablir la santé ». Les exemples cités sont les « *soins dentaires, post-opératoires; soins médicaux; soins locaux; soins préventifs, énergiques; soins infirmiers; soins à domicile; recevoir, donner des soins* ». Cependant, dans un sens courant, non réservé à la médecine, le terme « soins » peut présenter un sens très vaste, comme étant l'attention, le souci, la préoccupation, portés à quelque chose ou quelqu'un.

Si l'on se cantonne au domaine médical, thérapeutique doit donc s'entendre comme participant à l'action de donner des soins, c'est-à-dire, comme cherchant à conserver ou restaurer la santé.

Le mot « thérapeutique », bien que remplacé par « médical » au sein de la notion de nécessité médicale, demeure, toutefois, dans le corps du même article, et ce pour régir une hypothèse exceptionnelle.

170. *Survivance du terme « thérapeutique » s'agissant de l'exception.* Le raisonnement ne pourrait être rigoureux sans l'énoncé de la suite de l'article 16-3 du code civil qui organise dans la même phrase, le principe et son exception (ou plutôt une de ses nombreuses exceptions). « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Dans ce cas, il s'agit bien d'un critère thérapeutique et non plus médical. Il était bien question pour les auteurs du texte de restreindre les possibilités d'actes en usant de ce terme, certainement car il y avait un plus grand besoin de légitimité, s'agissant de l'intérêt d'une personne distincte de celle subissant l'atteinte. Cette « innovation » est due à l'article 9 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. De même l'article 16-8 du code civil, préservant l'anonymat entre la personne faisant don d'un élément ou d'un produit de son corps et la personne recevant ce don, prévoit dans son alinéa 2, une exception à cette absence totale de circulation d'informations : « *En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'indentification*

de ceux-ci ». Cette version est inchangée depuis 1994 alors même que si une coquille s'était glissée dans le texte de l'article 16-3²¹⁶, on ne voit pas bien pourquoi l'article 16-8 n'a pas également été modifié. Ces survivances sont la démonstration de ce que l'expression originaire n'était pas une erreur matérielle, et que la « nécessité médicale » a par conséquent changé les règles du jeu, sans le dire. Au surplus, elles sont aussi la démonstration de ce que le champ d'action de la nécessité ou de l'intérêt « thérapeutique » est plus réduit que celui de la nécessité ou de l'intérêt « médical ».

171. En conclusion, il a été établi ce que n'est pas le sens du mot médical, dans la matière juridique : il ne signifie pas seulement relevant d'un médecin ou concernant la médecine ; il est nécessaire que les deux éléments soient réunis : l'acte d'un professionnel médical agissant dans le cadre de l'exercice de sa profession. Enfin, la différence avec l'adjectif « thérapeutique » qui a été approfondie, a démontré que médical ne peut recevoir comme synonyme thérapeutique mais que thérapeutique sous-entend et implique nécessairement « médical ». Pour raisonner abstraitement, le caractère thérapeutique est une partie du tout que constitue le qualificatif « médical », à l'image de l'œuf dans son entier, formant un tout mais comprenant à la fois la partie jaune et la partie blanche.

172. Après avoir défini par la négative l'adjectif « médical », en détaillant ce qu'il désignait et ce qu'il ne désignait pas, il est possible de préciser les hypothèses concrètes pouvant recevoir le qualificatif de « médical ».

§2. *L'approche positive du terme « médical »*

173. Ainsi qu'il vient d'être exposé, le caractère thérapeutique peut se retrouver dans les hypothèses que l'on qualifierait de « médicales ». On est alors en présence des deux caractères qui peuvent se cumuler (A). Pour reprendre l'image sus évoquée, il est possible de considérer qu'il s'agit de la partie jaune de l'œuf. Cependant, compte tenu du fait que les deux attributs sont fondamentalement différents, et que le caractère thérapeutique est une partie de l'ensemble des réalités que regroupe le terme « médical », il est aussi, des hypothèses qui sont seulement médicales et non thérapeutiques. Il est alors permis de l'imager, en disant qu'il s'agit de la partie blanche de l'œuf, celui-ci, constituant dans sa globalité, l'intégralité de ce

²¹⁶ V. *supra* n° 162 et *infra* n° 492.

que peut être le mot « médical ». Le raisonnement atteint son but en démontrant que des hypothèses concrètes sont des cas que l'on peut qualifier de « médicaux » mais certainement pas de « thérapeutiques » (B).

A. Le cumul du caractère médical et thérapeutique

174. Autrefois les deux caractères étaient confondus. Une seule hypothèse existait, celle de l'activité médicale soignante. L'acte invasif du médecin devait répondre à un intérêt thérapeutique. Aujourd'hui, cette réalité demeure dans le cadre de la pratique de l'art médical, même si elle ne reflète plus l'intégralité absolue des hypothèses. Il s'agit finalement des cas les plus courants, ceux que tous connaissent dans leur vie personnelle et qui sont parfaitement incarnés par la visite faite au médecin généraliste. Celui-ci exerce la mission thérapeutique classique, en soignant ce qui va de l'angine aux maladies les plus graves, en passant par la blessure domestique. L'activité des urgences est elle aussi un exemple d'activité exclusivement thérapeutique. L'acte médical et thérapeutique consiste à donner des soins et à rendre la santé, ce qui est déjà fort large (1°) mais paraît aller au-delà en participant au bien-être de la personne (2°).

1°) Donner des soins, rendre la santé

175. Voici un condensé de ce que l'on a pu retenir de la signification de « thérapeutique ». Le soin au sens commun²¹⁷ est une attention, une application portée à quelque chose. Il peut aussi être une charge, un devoir de veiller sur quelque chose (confier le soin de). Et dans un sens plus médical, il désigne au pluriel « les moyens par lesquels on s'efforce de rendre la santé à un malade »²¹⁸. On considère ainsi couramment, que derrière les « soins » se cache un malade. Le « soin » tenterait, donc, d'aboutir à la guérison de la personne malade. C'est une idée très discutable, selon ce que l'on entend par personne malade et par « santé ». En effet, le point intéressant de la définition qui vient d'être donnée est aussi l'expression « rendre la santé ». Cela pose bien évidemment la question de savoir ce que constitue la santé. Qu'est-ce qu'être en bonne santé ? Il ne s'agit pas d'être en parfaite santé, *a priori*. Cependant, l'Organisation Mondiale de la Santé a retenu une conception plus

²¹⁷ Définition du petit Larousse illustré éd. 2005.

²¹⁸ Ibid.

qu'extensive de celle-ci. En 1946, le préambule de la Constitution de l'OMS²¹⁹ a exposé que la santé devait s'entendre comme « un état de complet bien-être tant physique que moral et social » et qu'il ne consistait pas seulement en une absence de maladies ou d'infirmité. Cette définition est inchangée depuis. En vertu de cette définition, il est possible d'affirmer que la santé est un état tout à fait relatif. La santé, ainsi définie, pourrait davantage s'apparenter à un objectif, que certains jugent utopique puisqu'elle classe, selon le pays étudié, de 70 à 99% des personnes comme n'étant pas en bonne santé ou malade. Il est alors possible de lui préférer la définition de René DUBOS : « *État physique et mental relativement exempt de gênes et de souffrances qui permet à l'individu de fonctionner aussi longtemps que possible dans le milieu où le hasard ou le choix l'ont placé* ». Il présente la santé comme la convergence des notions d'autonomie et de bien-être. La définition de la santé par l'OMS fait quasiment penser à l'idée que l'on peut se faire du bonheur, de la douceur de vivre (autre sens que l'on pourrait donner du bien-être). Le dictionnaire Larousse, pour sa part, définit le bien-être comme l'état agréable résultant de la satisfaction des besoins du corps et du calme de l'esprit.

176. Ainsi, le concept de santé peut, à lui seul, suffire à élargir le champ d'application de l'adjectif « thérapeutique », à tout un ensemble d'actes, « simplement » bénéfiques, utiles à la personne. Le critère deviendrait alors d'améliorer la santé d'un personne, et donc son bien-être physique ou mental. Le mot thérapeutique aurait donc pu englober toute une série d'actes autres que ceux permettant la guérison d'une personne malade. Toutefois, cela constituerait une vision du vocable « thérapeutique » tout à fait soumise à la subjectivité.

En outre, la loi du 21 juillet 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, plus connue sous le nom de loi « HPST »²²⁰, a repris la définition de la santé créée par l'OMS. Cependant, les dispositions de l'article 124 de cette loi, devenues l'article L.313-13 du code de l'action sociale et des familles, contiennent une énumération au sein de laquelle se trouvent le bien-être et la santé, preuve en est qu'il ne s'agit pas de la même chose. L'article L.313-13 énoncé concerne le contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux. L'alinéa 7 dispose : « *Lorsque le contrôle a pour objet d'apprécier l'état de santé, la sécurité, l'intégrité ou le bien-être physique ou moral des bénéficiaires*

²¹⁹ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946, signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États, (1946, Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.

²²⁰ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

accueillis dans les établissements et services sociaux ou médico-sociaux et les lieux de vie et d'accueil, il est procédé, dans le respect de l'article L. 331-3, à des visites d'inspection conduites, en fonction de la nature du contrôle, par un médecin inspecteur de santé publique ou par un inspecteur de l'action sanitaire et sociale. ».

177. Il est aussi instructif de se pencher sur une expression dont on ne se lasse plus de faire usage aujourd'hui : ce que l'on appelle désormais les « soins palliatifs »²²¹. On les dénomme « soins » alors qu'ils n'ont pas pour effet de guérir le malade mais uniquement de le soulager dans sa douleur et de rendre son quotidien plus agréable, ce qui est, dans certains cas, la seule possibilité restante. On constate bien alors que le soin possède une définition plus large qu'il n'y paraît. Il désigne finalement tout acte médical visant à améliorer la situation d'un malade ou d'une personne, et non forcément un acte qui entraîne la guérison. C'est une définition plus large du soin. On parle également souvent de « soins de confort » ou de « soins infirmiers » qui sont des pratiques englobant des actes allant au delà du traitement, du médicament ou de l'opération.

2°) Evolution de la notion thérapeutique

178. Le contenu de ce qui est thérapeutique semble avoir évolué. La principale évolution à relever concerne le transsexualisme. Celui-ci peut être défini comme « la conviction qu'a un sujet d'appartenir à l'autre sexe, et qui le conduit à tout mettre en œuvre pour que son anatomie et son mode de vie soient le plus possible conformes à sa conviction²²² ».

Après avoir été longtemps considéré comme un comportement ne faisant pas partie des pathologies médicales, le transsexualisme a été reconnu comme un trouble de l'identité de genre, c'est-à-dire comme une pathologie psychiatrique, par la médecine. Puis, la jurisprudence française a emboîté le pas de la Cour européenne des droits de l'homme en reconnaissant des conséquences juridiques à ces situations. Beaucoup considèrent et écrivent désormais qu'il s'agit seulement d'un syndrome et non d'une maladie. Un syndrome désigne l'ensemble des signes et des symptômes qui caractérisent une maladie, une affection. Ainsi,

²²¹ Art. L 1110-10 du CSP : « 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. »

²²² Définition du Petit Larousse illustré, éd. 2010.

on comprend que le transsexualisme peut être qualifié de syndrome, dans le sens où la situation de la personne transsexuelle n'est que le résultat d'une affection encore inconnue ou méconnue. Pour être clair, la situation de souffrance de la personne dont on dit qu'elle est transsexuelle, est le fruit des manifestations d'une « maladie » inconnue. En effet, la cause du transsexualisme reste encore méconnue²²³. Pour autant, on ne peut dire que le transsexualisme est une maladie. Cet état désigne l'ensemble des symptômes d'une maladie.

179. La science médicale a étudié la question et les recherches ont démontré que dans le syndrome du transsexuel, une dichotomie existe entre le sexe cérébral ou psychologique ou encore psychosocial (la conviction), et le sexe anatomique (corporel). Entrent également en ligne de compte ce que l'on peut dénommer le sexe chromosomique (parfois en accord avec le sexe corporel, parfois présentant une particularité) et le sexe biologique (la production d'hormones). Des études ont par ailleurs évoqué que ce syndrome pourrait trouver son origine dans une action hormonale au moment du développement cérébral²²⁴ du fœtus. Les travaux de ZHOU et HOFMAN ont eu pour objet l'étude post-mortem du noyau sexuel situé dans l'hypothalamus postérieur, intervenant dans la commande des comportements sexuels et ont démontré que ce noyau était de taille tout à fait différente chez les hommes et les femmes. Ces chercheurs formulent donc l'hypothèse que l'identité de « genre » s'acquiert durant la période fœtale par une interaction entre les hormones sexuelles et les structures cérébrales en cours de développement. L'une des causes du transsexualisme serait alors un accident hormonal survenu durant la grossesse, qui oriente le développement du cerveau selon la conformation du sexe opposée. Plusieurs travaux scientifiques aboutissant à ces conclusions ont été résumés dans une étude du Docteur Mireille BONIERBALE, directrice du diplôme interuniversitaire de sexologie médicale à la faculté de médecine de Montpellier. L'approche scientifique explique le transsexualisme par une discordance entre le « sexe psychique » résultant de la structure du cerveau et le sexe anatomique. On peut s'interroger indéfiniment sur la cause organique de ce syndrome, mais cela n'a d'intérêt que

²²³ C'est pourquoi certains parlent de syndrome de Benjamin (premier médecin à avoir décrit le transsexualisme) et considèrent que le mot « transsexuel » doit être réservé à la période de transformation de l'individu car c'est ce qu'il désigne.

²²⁴ « *Le débat sur l'étiologie biologique du transsexualisme s'enrichit d'une découverte de 1995, publiée dans la revue "Nature". Le noyau de la strie terminale (située au niveau de l'hypothalamus) est plus petit chez les transsexuels que chez les hommes, et de la même taille que chez les femmes. Ceci pourrait être le résultat d'une action hormonale au moment du développement cérébral (à noter que la comparaison entre les homosexuels et les hétérosexuels n'a pas révélé de différence dans le volume de ce noyau). Les troubles de l'identité pourraient se développer à la suite de troubles de l'interaction entre les hormones sexuelles et le développement cérébral. Bien entendu, tout cela n'est qu'hypothèse et devra être vérifié par l'étude de la différenciation de ces régions neuro-anatomiques, responsables du développement sexuel.* » Docteur Gérard Ammerich, 5 février 2000, http://sante-guerir.notrefamille.com/v2/services-sante/article-sante.asp?id_guerir=10657

pour dire que la situation de transsexualité n'est pas un choix. Elle est subie. Le genre étant le sentiment d'appartenir à tel sexe, indépendamment du sexe anatomique présenté, il faut considérer qu'il s'agit de la même notion que certains dénomment le sexe « psychique » ou « cérébral ».

La classification française des troubles mentaux de l'enfant et de l'adolescent²²⁵, qui datait de 1968, n'intégrait pas le « transsexualisme ». Depuis 2000, la version comporte une catégorie clinique « trouble de l'identité sexuelle » décrivant le transsexualisme. Elle est désormais en accord avec la classification européenne (CIM-10²²⁶ de l'OMS) et la classification internationale (DSM IV d'origine étasunienne²²⁷) qui considèrent le transsexualisme comme une « pathologie ».

Il faut néanmoins préciser une légère discordance entre ces classifications. Un décret français du 8 février 2010²²⁸ a retiré les « troubles de l'identité de genre » de la liste des « affections psychiatriques de longue durée ». Le transsexualisme n'est plus considéré par le droit français comme faisant partie des maladies mentales. Cependant, la différence entre la maladie et le syndrome permet de considérer toujours le transsexualisme comme un syndrome, et non plus comme une maladie au sens strict du terme. Ainsi, le décret décline les « troubles de l'identité de genre » des affections psychiatriques de longue durée, signifiant que ce trouble reste un trouble et non une maladie psychiatrique. Sinon comment justifier les traitements mis en œuvre par les médecins ? Il est vrai que le transsexualisme n'est pas une maladie au premier sens du terme puisqu'il n'induit pas de conséquences néfastes sur la santé objective. Cependant, le mal-être qui en résulte et parfois même la grave dépression ou le comportement suicidaire, qui ne sont finalement que des conséquences indirectes de la situation de transsexualisme, ont conduit la médecine à considérer qu'il s'agissait d'un trouble psychologique –la souffrance qu'elle entraîne étant d'ordre psychologique–.

180. Il fut un temps durant lequel la jurisprudence considéra que l'opération visant à supprimer les organes sexuels d'une personne pour chercher à lui donner ceux du sexe

²²⁵ Connue sous l'acronyme « CFTMEA R-2000 ».

²²⁶ Classification internationale des maladies, ou plus précisément *classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^{ème} édition, 2010.

²²⁷ Le DSM est le système de classification des pathologies nord américain. DSM signifie Diagnostic and Statistical Manual (of Mental Disorders) publié par l'Association Américaine de Psychiatrie (APA). Sa première mouture date de 1952. Le titre français est : Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux ; il est un manuel de référence classifiant et catégorisant des critères diagnostiques et recherches statistiques de troubles psychiatriques spécifiques.

opposé était illicite. Dans un arrêt du 30 mai 1991, précité²²⁹, la Cour de cassation estima que l'objectif thérapeutique rendait licite l'acte du médecin portant atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne. En son absence, les juges devaient alors sanctionner un délit pénal commis par le chirurgien avec la complicité, parfois, du psychiatre ou d'un autre médecin intervenu dans le processus. Puis, la Haute Juridiction confirma le refus de modification du sexe mentionné sur l'état civil d'une personne ayant eu recours à une opération de changement de sexe. C'est ainsi que la Cour européenne condamna la France pour une atteinte au respect de la vie privée de la personne transsexuelle ayant subi une opération de transformation. La Cour de cassation est alors revenue sur sa position, dans les arrêts du 11 décembre 1992 et dans un arrêt du 18 octobre 1994 : « *Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ».

181. Ainsi, si à l'heure actuelle, les opérations chirurgicales de transformation sexuelle- consistant en l'ablation des organes génitaux qu'une personne possède et à la création d'autres organes du sexe ressenti- sont possibles et légales, il faut y voir l'aveu du caractère thérapeutique de celles-ci. En définitive, l'opération de modification de sexe sur une personne transsexuelle revêtirait un caractère thérapeutique car elle chercherait à remédier aux souffrances psychiques de l'individu en cours de transformation. Pour être rigoureux, il faut dire que cette opération ne soignerait pas véritablement la cause du syndrome mais ses conséquences (ou une partie) à savoir, la contradiction entre le sexe corporel et le sexe psychologique. Donc l'opération chirurgicale visant à remédier aux effets-ou manifestations puisqu'il s'agit aussi des symptômes- de cette maladie pourrait aujourd'hui être qualifiée de thérapeutique. Précédemment, il a été expliqué que remédier aux conséquences ou aux souffrances de la maladie, sans la soigner véritablement ne pouvait être considéré comme thérapeutique. C'est le cas de la technique de procréation médicalement assistée, qui pallie aux conséquences d'une stérilité mais ne la soigne pas. Peut-on considérer que dans le cas du transsexualisme, on soigne la maladie par les opérations de changement de sexe ? Etant donné

²²⁸ Article 1 du décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée ».

²²⁹ Précité, Crim., 30 mai 1991, n° 90-84.420, Bull. Crim. 1991, n°232 ; Obs. M. Gérard Mémeteau, J.C.P. éd. générale, 21270, n° 38, p. 294.

que la dichotomie entre les sexes psychologique et corporel est à la fois une conséquence du syndrome dont la cause reste méconnue et un symptôme de ce syndrome, on peut penser que supprimer le symptôme (la contradiction de sexes) revient à supprimer la maladie et donc s'analyse en un acte thérapeutique.

182. Ce raisonnement est respectable si l'on est dans une hypothèse parfaite de l'individu qui ne ressentira plus de contradiction entre le sexe qu'il possède dans son esprit et l'apparence de l'autre sexe que la médecine lui a donné. Le problème est donc d'abord d'être certain du syndrome à l'avance (c'est pourquoi la procédure dure un certain temps et certaines conditions sont imposées). Le problème est ensuite qu'on ne peut présupposer de façon sûre de l'avenir et de ce que va ressentir la personne opérée. Encore une fois, pour faire preuve de rigueur, l'individu transformé n'aura jamais physiquement, de façon entière et dès l'origine, tous les éléments appartenant au sexe cérébral. Il aura acquis corporellement ce sexe. Et la contradiction du « départ » de sa vie demeurera dans le passé. Ainsi, scientifiquement et même médicalement, on ne saurait dire si le syndrome a disparu. C'est sûrement d'ailleurs parce que la médecine ne connaît pas la cause et ne sait pas soigner cette situation, que l'on parle de « syndrome » et non de « maladie ». Une maladie a une cause identifiée, qu'elle soit d'origine endogène ou exogène. Le syndrome n'est que la manifestation d'une maladie ou d'une affection, il ne définit pas l'origine. « Soigner le syndrome » serait une possibilité nouvelle.

En résumé, le caractère thérapeutique de l'opération de modification du sexe corporel, est un caractère thérapeutique partiel, non achevé, ou alors il doit s'entendre au prix de l'extension de la notion de « thérapeutique ».

La notion de ce qui est « thérapeutique » a été étendue jusqu'à quasiment être assimilée à ce qui est « médical ». C'est certainement la raison pour laquelle le législateur a changé le mot en question dans le corps de l'article 16-3 du code civil.

183. Finalement, le constat doit être fait que la catégorie des actes médicaux et thérapeutiques demeure d'un contour quelque peu fluctuant et difficile à cerner. À l'inverse, le caractère médical et non thérapeutique semble déterminable mais aussi florissant.

B. Le caractère médical et non thérapeutique

184. On rencontre deux types d'actes de caractère médical et non thérapeutique : les hypothèses d'actes licites, couramment pratiqués par les médecins, même si certains

d'entre eux, voire tous, n'ont pas toujours été licites (1°). À l'inverse, ce caractère permet aussi de retrouver les hypothèses d'actes médicaux qui demeurent illicites (2°). Le constat est alors évident : le caractère médical permet tout bonnement de passer d'une catégorie à l'autre. Le caractère médical et non thérapeutique concerne effectivement et exclusivement des hypothèses d'actes qui ont évolué, passant de l'illégalité à la licéité. Ainsi, on conçoit que cette qualification permet de déceler les futurs cas d'école dont on écrit aujourd'hui qu'ils sont illicites mais au sujet desquels on pourra écrire un jour qu'ils sont devenus légaux. En raison du manque d'objectivité que revêt le qualificatif de « médical » mais surtout en raison de l'évolution constante de l'art médical, il est possible d'insérer dans le contenu de ce vocable, toutes les nouveautés du progrès scientifique dont se servent les médecins pour répondre aux besoins des patients, devenus comme beaucoup l'écrivent, « consommateurs de santé ». Ainsi le qualificatif médical, lorsqu'il sert à déterminer la légalité d'un acte, permet que le droit- l'autorisation de la loi- s'adapte instantanément aux avancées médicales et aux besoins des médecins. Un acte fait par un médecin pour l'exercice de sa profession, est « médical » ; il répond donc à une des conditions de la loi ; l'autre étant la nécessité pour la personne. L'acte est légal car médical (1°), sauf interdictions expresses de la loi (2°).

1°) Les actes licites

185. Les actes licites dénués de caractère thérapeutique que l'on peut citer sont, par exemple, la stérilisation sans motif thérapeutique, la circoncision (acte cultuel), l'avortement, toute la chirurgie à visée exclusivement esthétique ainsi que la procréation médicalement assistée. À l'exception de la circoncision (b), tous les autres actes étudiés sont des cas de figure aujourd'hui autorisés explicitement par la loi (a).

a) L'autorisation expresse d'actes dénués de caractère thérapeutique

L'acte de stérilisation d'une personne pour un motif de convenance personnelle (1), comme la chirurgie à visée seulement esthétique (2), sont des hypothèses que l'on peut qualifier de « médicales », aujourd'hui explicitement autorisées par le droit positif.

1. *La stérilisation à visée contraceptive*

186. La stérilisation à visée contraceptive a longtemps été considérée comme un acte médical illicite contrairement à la stérilisation pour motif thérapeutique, qui elle, entrait dans le champ de l'autorisation de la loi. C'est une illustration parfaite de l'évolution de la matière, et de plus, il s'agit d'un des rares cas pour lequel la jurisprudence a clairement condamné la pratique pour défaut de caractère « thérapeutique ». On entend par stérilisation contraceptive celle qui n'est pas nécessitée par l'état de santé du patient mais qui est employée à titre de contraception, pour un motif de convenance personnelle. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1937²³⁰, la Cour de cassation rejette le pourvoi d'une personne condamnée pour coups et blessures volontaires, pour avoir pratiqué des stérilisations sur des individus y consentant. Le consentement des victimes ne pouvaient suffire à rendre l'acte légal ; c'est bien l'autorisation de la loi « *à raison d'une utilité par elle reconnue* » qui pouvait permettre la licéité. En l'espèce, l'utilité curative faisant défaut, l'auteur des actes (non médecin de surcroît) a été condamné. En outre et plus récemment, la Cour de cassation a rendu un avis le 6 juillet 1998²³¹, relativement à cette question, dans lequel elle expose qu'« *une atteinte à l'intégrité du corps humain telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil* ». Bien évidemment, le contenu de cet avis s'inscrit dans le contexte de 1998, alors que le texte de l'article 16-3 du code civil était entré en vigueur depuis quatre années et contenait encore l'exigence de la nécessité thérapeutique. Le problème était que certains médecins pratiquaient assez couramment cette opération. Parmi eux, certains ont été « seulement » condamnés au regard du préjudice financier qu'il causait aux Caisses primaires d'assurance maladie²³² sur le fondement de l'article L. 377-1 du code de la sécurité sociale (ancien²³³). En effet, dans le but de faire entrer l'opération dans le cadre des actes remboursés par les Caisses d'assurance maladie, les chirurgiens avaient recours à une fausse cotation d'acte : ils déclaraient avoir pratiqué des stérilisations pour motif thérapeutique alors même que ce n'était pas le cas (invoquant par ailleurs la tolérance coutumière des Caisses).

²³⁰ Crim., 1^{er} juillet 1937, Gaz. Pal., Journal du 28 septembre 1937, p. 358. La Cour de cassation s'était déjà prononcé en ce sens en matière de coups et blessures volontaires, par un arrêt de sa chambre criminelle du 13 août 1813 (S. Chron.). Dans cette espèce, l'inculpé avait mutilé de son consentement un conscrit en lui coupant une phalange du pouce droit.

²³¹ Bull. civ. n° 10 ; D. 1998, IR 208; Defrénois 1999, 314, obs. Massip ; Dr. Fam. 1998, n° 162, note Fossier; ibid. 2000, chron. 2, étude Raynaud de Lage ; LPA, 7 juillet 1999, note Sefton-Green ; R.T.D.Civ 1998, 881, obs. Hauser.

²³² Civ. 1^{ère}, 22 janvier 1998, n° 97-82.255, Bull. civ., n°32, p.79.

²³³ Art. L.377-1 ancien du CSS, abrogé au 20 décembre 2005 : « *Est passible d'une amende de 3750 euros quiconque se rend coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir ou faire obtenir ou tenter de faire obtenir des prestations qui ne sont pas dues, sans préjudice des peines résultant de l'application d'autres lois, s'il y échet* », devenu l'article L.114-13 du CSS.

Toutefois l'acte était techniquement identique. Alors, devant cette impasse, le raisonnement de certains a été de dire qu'il s'agissait d'une erreur de rédaction de l'article 16-3 du code civil, qui n'entendait pas interdire cette pratique. Il fallait respecter l'esprit de la loi, ou plutôt du législateur. Mais qu'était exactement le message de la Cour de cassation dans cet avis ? Avait-elle voulu attirer l'attention sur la maladresse du texte ou au contraire, avait-elle entendu faire appliquer un principe qu'elle jugeait juste et pertinent ?

187. Toujours est-il que l'article de loi a été modifié quelques temps plus tard en 1999 et que la stérilisation contraceptive a, de façon superfétatoire, fait l'objet de dispositions législatives précises, pour ôter tout doute sur sa licéité. Ainsi, la loi du 4 juillet 2001 a créé l'article L.2123-1²³⁴ du code de la santé publique, qui autorise la stérilisation à visée contraceptive, sans même faire mention d'une exception à la nécessité médicale. Il en résulte une incertitude sur le fait de savoir si cet article déroge ou non à l'article 16-3 du code civil. Si la notion de « nécessité médicale » suffisait à rendre la stérilisation légale, pourquoi avoir créé cette autorisation supplémentaire ? Puis, l'article L. 2123-2, créé par la même loi, est venu autoriser et encadrer la stérilisation d'une personne soumise à une mesure de protection des majeurs. Ce texte dispose que « *la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée (...) sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement*²³⁵ ». Le Conseil

²³⁴ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, article 26 : « *La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences.*

Cet acte chirurgical ne peut être pratiqué que dans un établissement de santé et après une consultation auprès d'un médecin.

Ce médecin doit au cours de la première consultation :

- *informer la personne des risques médicaux qu'elle encourt et des conséquences de l'intervention ;*
- *lui remettre un dossier d'information écrit.*

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 et après une confirmation écrite par la personne concernée de sa volonté de subir une intervention.

Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation. »

²³⁵ Art. L.2123-2 du CSP : « *La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.*

L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée.

Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information

d'Etat, dans une décision du 26 septembre 2005²³⁶ a déclaré que ces dispositions étaient compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, eu égard aux règles et garanties imposées par ce texte. Un comité d'experts apprécie la justification médicale de l'intervention et c'est le juge des tutelles qui se prononce sur la décision à prendre, étant précisé qu'il ne peut être passé outre le refus de la personne. Ainsi, il est clairement reconnu qu'un acte grave -du point de vue de l'atteinte corporelle qu'il induit- et non thérapeutique, est licite de par l'affirmation légale de son caractère médical. À l'instar de « la nécessité médicale » figurant à l'article 16-3 du code civil, le caractère thérapeutique a été abandonné, ou étendu, selon le point de vue adopté, au profit du caractère médical.

2. La chirurgie à visée esthétique

188. Il convient d'abord d'exposer la différence entre la chirurgie esthétique à visée réparatrice, dont la finalité est aussi fonctionnelle, et la chirurgie à visée seulement esthétique. Cette dernière activité n'a pas de caractère thérapeutique, sauf dans de rares cas. La très grande majorité des patients subissant une opération de chirurgie purement esthétique sont des personnes qui souffrent particulièrement de ce qu'ils estiment être une disgrâce physique. Cependant, l'état de santé n'est pas mis en péril, sauf à considérer une hypothèse, peu fréquente, de détresse psychologique qui présenterait un caractère pathologique. Dans ce dernier cas, on pourrait imaginer que l'opération de chirurgie esthétique soit le seul moyen de remédier à la pathologie psychologique, après qu'un suivi psychiatrique n'ait pas permis d'aider la personne. Ainsi, sauf dans ce cas d'école, la Sécurité sociale ne prend pas en charge les demandes d'actes de chirurgie à visée esthétique, puisque ceux-ci sont dénués de caractère thérapeutique.

189. Du temps de l'exigence thérapeutique de l'acte, la licéité de la chirurgie à visée esthétique était discutable. De rares arrêts avaient d'ailleurs condamné la pratique sur ce fondement. Par exemple, la Cour d'appel de Paris avait jugé le 22 janvier 1913²³⁷ que

adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique. ».

²³⁶ Recueil Lebon, 391 ; D. 2005, IR 2550 ; AJDA 2005, 1874, obs. Brondel, RDSS 2005, 1060, note Cristol.

²³⁷ S. 1918-19, II, 97.

« lorsque le médecin se trouve en présence non pas d'un mal à guérir mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler », l'opération était illicite. Dans la même motivation, elle admet que la question puisse être différente si le but à atteindre est la santé mentale du patient et si le résultat esthétique n'est que secondaire. Le Tribunal civil de la Seine avait même affirmé, dans une décision du 25 février 1929²³⁸, que « le fait d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité, sur un membre sain, dans le seul but d'en corriger la ligne, et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien ». Il faut noter par ailleurs que la nécessité thérapeutique est ici bien distinguée de l'amélioration de l'état de santé.

190. Par la suite, le législateur ayant organisé l'activité de chirurgie esthétique sur le mode d'un contrat de consommation²³⁹, notamment à travers la loi du 4 mars 2002, celle-ci est apparue comme étant autorisée expressément par la loi. Les articles L. 6322-1 et suivants du code de la santé publique, ainsi que leursendants de la partie réglementaire, organisent et encadrent cette activité, en prévoyant qu'elle ne peut être pratiquée que dans certaines structures, ayant reçu une autorisation spéciale de fonctionner, et par certaines personnes reconnues compétentes par l'Ordre des médecins. La question de sa licéité ne se pose donc plus même si elle n'est pas expressément formulée.

191. En revanche, on peut continuer à s'interroger sur la question de sa compatibilité avec le principe général de la nécessité médicale²⁴⁰. Par ailleurs, L'article R. 6322-1 dispose que : « sont soumises aux dispositions du présent chapitre les installations où sont pratiqués des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice. ». On constate alors nettement la différence entre ce qui est thérapeutique et ce qui est médical.

b) La tolérance

Un acte médical dénué d'objectif thérapeutique et non expressément autorisé est toléré par la société depuis fort longtemps pour des raisons culturelles et religieuses (1) tandis que

²³⁸ S. 1931, II, 129.

²³⁹ Par l'obligation de délivrer un devis, de déterminer un prix et d'informer de façon étendue.

²⁴⁰ V. *infra* Partie 2 n° 526.

d'autres actes non médicaux et dérogeant à la condition de nécessité médicale sont expressément autorisés par des textes règlementaires (2).

1. La circoncision

192. Il faut préciser d'abord que le développement ne traite que des hypothèses non thérapeutiques, il convient donc d'évincer le cas dans lequel la circoncision constituerait le remède à une affection, ce qui peut arriver, notamment en cas de phimosis²⁴¹. La circoncision revêt le plus souvent un caractère religieux et non thérapeutique. Cette hypothèse est la seule étudiée.

Là encore une évolution de la légalité de l'acte est à noter, même si elle n'est pas aboutie. Le Tribunal de Grande instance de Paris a rendu le 6 novembre 1973²⁴², une décision dans laquelle, s'appuyant sur l'argument médical de l'intervention, il n'avait pas condamné le parent ayant agi sans l'accord de l'autre pour faire circoncire leur enfant. Cette jurisprudence existait à une époque à laquelle l'exigence de nécessité thérapeutique ou de nécessité médicale n'était pas clairement formulée par la loi. Cela explique certainement pourquoi les juges ont encore récemment repris l'argument de la nécessité médicale pour décider qu'un parent peut ou non se passer du consentement de l'autre. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé, dans une décision du 29 septembre 2000²⁴³, qu'un médecin était responsable d'avoir pratiqué « *une circoncision rituelle sur un enfant, en dehors de toute nécessité médicale, en se contentant du consentement d'un seul de ses parents* ». Sa responsabilité n'est engagée que pour avoir agi en fraude des droits d'autorité parentale du parent absent. On a l'impression que cette décision fait écho à celle de 1973, qui avait retenu qu'en présence d'une justification médicale, un parent pouvait agir seul. Les juges en déduisent qu'en l'absence d'un tel motif, le parent ne peut agir seul. En réalité, les juges se trompent véritablement de problème juridique. Le droit sur la question a considérablement changé depuis 1973, et aujourd'hui, la nécessité médicale est une condition de licéité de l'acte. Avant même de se demander si un parent pouvait agir seul et si le médecin avait le droit d'agir avec l'accord d'un parent²⁴⁴, la

²⁴¹ La circoncision étant une posthécotomie (ablation totale ou partielle du prépuce), elle peut être le traitement adéquat au phimosis, qui est un rétrécissement de l'anneau préputial qui empêche ou gêne la découverte du gland pénien.

²⁴² TGI Paris, 6 nov. 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, Jur. p. 299, note P. Barbier ; RD sanit. soc. 1975, p. 116, obs. P. Raynaud.

²⁴³ Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2000, D. 2001, 1585, note Duvert.

²⁴⁴ En effet, pour un acte bénin, non grave, le consentement d'un parent suffit ; le consentement de l'autre étant présumé. En revanche, pour un acte grave, l'accord des deux parents doit être recueilli par le médecin. Ici, avant de se demander s'il s'agit d'un acte grave ou bénin, il convenait de se demander s'il s'agit d'un acte légal.

Cour aurait dû se demander si le médecin avait le droit d'effectuer cet acte. Cet acte était-il conforme aux dispositions de l'article 16-3 du code civil ? En réalité, la question n'est pas posée à la juridiction et il est plus aisé de ne pas entrer dans le débat pour des considérations assurantielles²⁴⁵.

Il paraît clair à la juridiction, que la circoncision rituelle est faite, en l'espèce, sans nécessité médicale. La justification était religieuse, donc non prévue et non autorisée par la loi. Par principe donc, l'acte de circoncision seulement rituel n'est jamais licite, pourtant il est couramment pratiqué par les médecins et toléré par les juridictions. Les juges se dispensent totalement de faire respecter la condition préalable de l'article 16-3 du code civil. Pour le reste, la solution laisse perplexe. Faut-il entendre par cette formulation, qu'en présence du consentement des deux parents, l'opération aurait été justifiée ? Selon l'article 16-3 du code civil, la première condition à remplir est celle de la nécessité médicale. Encore une fois, en son absence, consentement ou non, l'acte ne peut être considéré comme licite.

193. Une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 18 mai 1989²⁴⁶, va dans le même sens et laisse penser qu'un acte de cette nature pouvait, sans grande conséquence, être effectué alors même qu'aucune justification thérapeutique ou médicale ne pouvait être avancée et que, de surcroît, il était effectué par une personne n'appartenant pas au corps médical (les faits remontant à 1972). Dans ce cas, l'histoire est plus tragique, puisque l'enfant a conservé de cette intervention des séquelles importantes.

194. Un arrêt du 6 décembre 1994 de la première chambre civile de la Cour de cassation a quelque peu inversé la tendance. Dans cette décision, dont les faits sont similaires (nécrose à la suite de la circoncision²⁴⁷), la Cour a retenu la responsabilité du médecin

²⁴⁵ V. l'article de Christian Byk, « Assurance et « corps plastinés » : le classicisme juridique n'est jamais anodin », J.C.P. éd. générale, 18 février 2013, n° 8, p. 346. Le contrat d'assurance garantissant la tenue d'une exposition de cadavres humains, jugée illicite par sa contrariété à l'article 16-1-1 du code civil, est nul pour illicéité de la cause.

²⁴⁶ Civ, 1^{ère}, 18 mai 1989, n° 87-19600,

²⁴⁷ Civ, 1^{ère}, 6 décembre 1994, n° 92-17767, Bull. 1994, I, n° 363, p.262, dont on peut citer « Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que M. X..., qui exerçait la profession de médecin stomatologiste, a été habilité par les autorités religieuses de sa confession à pratiquer la circoncision en qualité de " mohel " ; que le 6 septembre 1987, il a circoncis un enfant de 8 jours, Jonathan Y... ; qu'à la suite d'une hémorragie apparue dans la soirée du même jour, M. X... a appliqué sur le sillon balano-préputial une bande de gaze de cellulose hémostatique et qu'en revenant le soir au cours de la journée du 8 septembre, il a constaté une nécrose du gland dont la perte n'a pu être évitée ; que l'arrêt attaqué a retenu l'entière responsabilité de M. X... »

stomatologiste et « mohel », pour avoir commis une faute ayant entraîné la réalisation du dommage²⁴⁸.

Pour autant, la jurisprudence semble n'avoir jamais considéré l'acte de la circoncision comme un acte illicite eu égard à l'article 16-3 du code civil. Les considérations des juridictions portent seulement sur le terrain de la responsabilité. Il s'agit, selon les auteurs, d'une tolérance. M. Gérard MÉMETEAU précise même à ce sujet, qu'un rapport de la CNAM datant de 2004-2005 inclut les actes cultuels dans ceux compris dans les limites de l'indemnisation par la solidarité nationale, au titre de l'application de la loi du 4 mars 2002 et de l'article L.1142-1 du code de la santé publique. Il explique que ce raisonnement s'explique au regard de l'acte médical d'anesthésie accompagnant les actes cultuels. En effet, le Conseil d'Etat a eu à juger une affaire de responsabilité difficile, dans laquelle le patient, ayant été opéré par anesthésie générale pour une circoncision, est décédé²⁴⁹. Le décès étant imputé à l'acte d'anesthésie, le Centre hospitalier a été reconnu responsable et la question de la licéité de l'opération n'a pas été posée. Le Conseil d'Etat confirme cependant, le caractère non thérapeutique de l'intervention et sa licéité lorsqu'il rejette le pourvoi : « *Considérant qu'après avoir souverainement constaté que le décès du jeune Y... était intervenu à la suite d'un coma prolongé consécutif à un arrêt cardiaque dont il a été victime au cours de l'opération de circoncision qu'il a subie sous anesthésie générale pratiquée dans les services de l'Hôpital Joseph Imbert, la cour a estimé que le risque inhérent aux anesthésies générales et les conséquences de cet acte pratiqué sur l'enfant Y... répondaient aux conditions susmentionnées ; que, ce faisant, la cour n'a pas commis d'erreur de droit alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique ; que le moyen doit par suite être écarté* ».

La circoncision dénuée de but thérapeutique est donc reconnue comme un acte médical licite par les juridictions tant civile qu'administrative.

195. À l'inverse, un acte réservé au sexe féminin, celui de l'excision, est fermement condamné par les juridictions pénales. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est

²⁴⁸ *Ibid.* : « Mais attendu que la cour d'appel a relevé, d'une part, qu'il ressortait de deux attestations que M. X... avait dissuadé les parents de l'enfant de l'amener à l'hôpital après l'hémorragie, d'autre part, qu'il leur avait promis de revenir le lendemain, mais qu'il n'était revenu que plus de 36 heures après et que l'ischémie avait à ce moment-là déjà entraîné une nécrose irréversible ; qu'elle a pu en déduire, sans encourir les griefs du moyen, que M. X... avait commis une faute ayant permis la réalisation du dommage ; ».

²⁴⁹ CE, 3 novembre 1997, n° 153686, Rec. Lebon.

nettement prononcée en faveur d'une qualification criminelle²⁵⁰, celle de violences volontaires entraînant mutilation, pratiquées sur des mineures de moins de 15 ans et, le plus souvent, avec la participation ou la complicité des parents. La différence réside sûrement en ce que cet acte ne peut recevoir aucune justification médicale, il ne présente aucun intérêt médical pour la personne ; il n'est donc pas pratiqué par des médecins. En d'autres termes, il ne s'agit jamais d'un acte médical, contrairement à la circoncision. Un autre type d'acte attentatoire au corps humain et réalisé par des non médecins est lui, en revanche, autorisé par la loi. Il s'agit du tatouage et du perçage.

2. Les actes non médicaux tolérés : le tatouage et le perçage

196. Bien que le tatouage par effraction cutanée et le perçage soient expressément organisés par la loi et donc implicitement licites, il est permis de les envisager comme une tolérance légale puisqu'il s'agit d'actes attentatoires à l'intégrité du corps humain, qui ne sont pas pratiqués par le corps médical. Il s'agit donc d'une exception particulière à l'exigence de nécessité médicale. En effet, ces types d'actes ne répondent ni à l'exigence de la nécessité, ni à l'exigence du caractère médical. Pourtant, les articles R. 1311 et suivants du code de la santé publique règlementent la pratique de ces actes afin de protéger les personnes lors de l'atteinte à leur intégrité physique (conditions d'hygiène et de formation des professionnels notamment). Ces dispositions figurent au sein du livre 3 du code de la santé publique, consacré à la protection de la santé et de l'environnement. Il s'agit plus précisément du chapitre 1^{er}, le chapitre 1 bis étant consacré à l'entretien des chaudières des locaux d'habitation.

L'article R. 1311-13 précise que les professionnels de santé qui réalisent des actes de soins ne sont pas soumis au chapitre relatif au tatouage par effraction cutanée et au perçage. Il faut en déduire que le règlement autorise des personnes non professionnels de santé à porter atteinte à l'intégrité du corps humain sous conditions de formation. L'article R. 1311-12 énonce l'obligation d'information des clients sur les risques auxquels ils s'exposent ainsi que sur les précautions à respecter si les risques en question se réalisent. Il s'agit donc bien d'une activité de nature commerciale, contrairement à la médecine. L'article R. 1311-11 pour sa part

²⁵⁰ Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, obs. G. Levasseur, R.S.C. 1984, 73, n° 1-II ; Crim. 22 avr. 1986, Bull. crim. n° 136, obs. G. Levasseur, R.S.C. 1986, 851, n° 2 ; sur le nouveau pourvoi contre la décision de la juridiction de renvoi : Crim. 3 mai 1988, Bull. crim. n° 188, obs. G. Levasseur, R.S.C. 1989, 108, n° 3-a et 112 n° 5-b ; Paris 10 juill. 1987, D. 1987.IR. 197, obs. G. Levasseur, R.S.C. 1989, 109, n° 3-b ; Crim, 9 mai 1990, obs. G. Levasseur, R.S.C. 1991, p. 565.

prévoit que le consentement d'un parent suffit à autoriser le tatoueur ou perceur à porter atteinte à l'intégrité du corps d'un mineur. Ainsi, selon les règles de l'exercice de l'autorité parentale, il faut en déduire que les actes de tatouage et de perçage ne sont pas des actes graves. En effet, pour un acte de la vie courante, le consentement d'un seul parent suffit alors que pour un acte grave, le consentement des deux parents est nécessaire. Comment est-il possible de considérer le tatouage d'un mineur comme un acte usuel, alors même qu'il s'agit d'un acte portant atteinte au corps humain de manière irréversible²⁵¹ ?

Une interrogation subsiste : pour pouvoir déroger à la condition posée par la loi de dérogation au principe constitutionnellement reconnu²⁵² de l'inviolabilité corporelle, n'aurait-il pas fallu une norme de rang équivalent dans la hiérarchie des normes et non une norme réglementaire ? Le recours au règlement pour contredire un principe participant à la protection du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine désarçonne quelque peu.

L'exposé des actes seulement médicaux, et licites, s'achève ainsi par la mise en évidence d'une catégorie d'actes qui ne relève même pas de la qualification d'acte médical. Ceux-ci sont pourtant licites, bien que portant atteinte au corps humain, et ce de façon définitive.

Il convient désormais de s'intéresser aux actes illicites mais qui peuvent recevoir le qualificatif d'acte médical.

2°) Les actes illicites

197. Il s'agit d'actes illicites mais dont il est difficile de ne pas penser qu'ils pourraient devenir tout à fait licites un jour. Seul le facteur temps entre en jeu, il n'y a plus d'autres critères : le critère « médical » pouvant s'analyser comme celui « du médecin », tout acte fait par un médecin est un acte potentiellement médical, s'il entre dans l'exercice de sa profession. La profession est elle-même en constante évolution. Cette partie du critère légal de permission de la loi (le vocable « médical ») est donc tout à fait malléable et flexible ; il peut s'adapter à l'activité des médecins, à l'évolution de la médecine, qui elle-même évolue en fonction des besoins de la société et du changement des mœurs.

²⁵¹ À titre d'exemple, en Belgique, il est interdit de procéder au tatouage d'un mineur et la question du consentement des parents ne se pose pas.

²⁵² L'inviolabilité est reconnue comme un principe participant à la protection d'un principe de valeur constitutionnelle : la sauvegarde la dignité de la personne humaine (constitutionnalité dite par « cliquet »), voir *Supra* n° 162.

Les exemples les plus éclairants sont ceux du clonage, de la gestation pour autrui, de l'euthanasie, mais aussi de la procréation médicalement assistée avec des conditions plus larges, c'est-à-dire ouverte aux personnes célibataires et aux couples homosexuels.

En effet, comment ne pas considérer que l'acte technique de clonage de cellules ou d'embryons entre parfaitement dans une hypothèse « médicale » ? S'il est fait de façon rigoureuse par un médecin, dans une démarche scientifique, ayant pour but l'intérêt d'un patient, il s'agit d'un acte « médical » comme un autre. En revanche, cet acte ne s'inscrirait pas dans une hypothèse thérapeutique car le fait de cloner des cellules, ou un être humain, n'a pas pour raison d'être initiale la guérison d'une maladie ou le mieux-être d'une personne. L'acte de clonage peut s'inscrire dans une démarche de recherche scientifique, dont on ne peut contester qu'elle soit « médicale », c'est-à-dire « en relation avec la médecine ou les médecins ».

Bien évidemment, on imagine immédiatement le cas dans lequel, avoir recours à une technique de clonage permettrait de soigner un malade. C'est ce que certains ont dénommé avec facilité « le clonage thérapeutique ». À ce jour, l'alinéa 3 de l'article 16-4 du code civil dispose qu'est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée. Le dessein de l'article 16-4 est de protéger l'intégrité de l'espèce humaine (alinéa 1). L'article L. 2151-2 du code de la santé publique prend le relais en édictant que la constitution par clonage d'embryon humain (et la conception *in vitro* d'embryon humain), à des fins de recherche, est interdite. L'article suivant (L.2151-3) interdit la conception ou la constitution d'un embryon par clonage, à des fins commerciales ou industrielles. Enfin, l'article L.2151-4 du même code interdit toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques. Ainsi, le législateur a distingué les hypothèses et les intentions alors même que celles-ci sont toutes les trois interdites. Cela doit être le signe avant-coureur d'une prochaine évolution. Si la finalité de la recherche, la finalité thérapeutique et la finalité commerciale sont distinguées, cela ne peut être sans raison. C'est l'amorce d'une évolution annoncée.

198. La gestation pour autrui consiste à porter un enfant mais à ne pas en être la mère par la suite. En cela, il s'agit davantage d'un détournement des règles de filiation – puisque la mère est désormais et en principe, dans le droit français, celle qui accouche²⁵³ - que

²⁵³ À moins que la femme qui accouche ne souhaite l'inverse et qu'elle ne fasse pas mention de son nom sur la déclaration de naissance de l'enfant, ou encore, à moins qu'elle n'ait recours à l'accouchement secret. Dans le cas contraire, l'article 311-25 du code civil dispose que la filiation est établie à l'égard de la mère, par la

d'une innovation médicale. En effet, rien d'innovant dans le fait de « donner » ou « abandonner » l'enfant que l'on a porté, sauf lorsque le droit l'organise par avance et le reconnaît à travers un régime juridique. L'innovation consiste en la possibilité technique d'inséminer une femme avec l'ovule d'une autre femme et plus précisément avec l'embryon déjà formé. Eu égard à cette considération technique, on peut imaginer qualifier cet acte d'acte « médical », car effectué par un médecin. D'un point de vue médical, il convient de raisonner de la même façon que pour la procréation médicalement assistée. En effet, ces deux techniques ont pour raison d'être la stérilité d'un couple, qu'elles qu'en soient les raisons. Ces deux techniques cherchent à remédier à cette situation d'infertilité, non pas en soignant véritablement la stérilité (faute de le pouvoir bien entendu), mais en ayant recours à une tierce personne, extérieure au couple : le tiers donneur ou la « mère » porteuse. Il s'agit donc de techniques juridiques et « médicales », car effectués grâce à un savoir médical et par un médecin, mais il ne s'agit en rien d'actes thérapeutiques. Ils ne soignent ni l'un ni l'autre la stérilité de la personne. Ils visent seulement, à travers l'acte d'un médecin, à pouvoir établir la filiation d'un enfant à l'égard d'un parent ou de parents qui ne sont pas les parents biologiques mais les parents d'intention. C'est la combinaison de l'acte du médecin et de la règle de droit, dans ce qu'elle a de plus fictif, qui permet l'existence de ces mécanismes.

Par ailleurs, il est étonnant de voir que les expressions « maternité pour autrui » et « mère porteuse » sont utilisées. Elles reflètent l'idée selon laquelle la femme qui porte l'enfant et qui accouche, est la mère ; cependant celle-ci va ensuite laisser la place à une autre mère. Au Royaume-Uni, c'est ce qui se passe en présence d'une convention de maternité pour autrui. Lors de la naissance, la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant. L'acte de naissance est ensuite annulé par une décision de justice établissant la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents²⁵⁴. En France, cet acte demeure illicite tant du point de vue civil que du point de vue pénal. L'illicéité de la gestation pour autrui et des associations concourant à sa mise en œuvre a d'abord été affirmée par la jurisprudence²⁵⁵. Elle a été confirmée par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, qui a prévu la nullité de toute convention

désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. Or, la règle veut que l'acte de naissance soit établi à partir du fait que constitue l'accouchement.

²⁵⁴ Au Royaume-Uni la loi du 16 juillet 1985, modifiée le 1^{er} novembre 1990, autorise les conventions de maternité pour autrui, exclusivement pour des raisons médicales et au seul bénéfice de couples mariés dont l'un des deux membres au moins est domicilié sur le territoire national. L'embryon doit avoir été conçu avec les gamètes de l'un des deux époux au moins. La mère de substitution ne peut être rémunérée mais ses frais doivent lui être remboursés dans la limite d'un « dédommagement raisonnable ».

²⁵⁵ Civ., 1^{ère}, 13 décembre 1989 ; Civ. 1^{ère}, 31 mai 1991.

portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui à travers l'article 16-7 du code civil. L'article 16-9 du même code édicte que cette nullité est d'ordre public.

Récemment, la Cour de cassation, dans trois arrêts de rejet du 6 avril 2011 a refusé de reconnaître des conséquences juridiques en matière de filiation pour des enfants issus de ces conventions. La filiation ne peut pas être établie en France.

Cependant, les projets de loi sur la question sont nombreux, même si le Comité consultatif national d'éthique et l'Ordre des médecins ainsi que celui des sages-femmes se sont prononcés contre l'admission de la gestation pour autrui²⁵⁶. Le projet de loi de révision des lois « bioéthiques » ne mentionnent pour le moment aucune dérogation à cette interdiction même si le Sénat a fait procéder à une étude qui conclut à l'acceptation encadrée de la maternité pour autrui²⁵⁷.

199. Le cas de l'euthanasie semble aussi constituer une hypothèse que l'on peut qualifier de médicale et non de thérapeutique²⁵⁸. Lorsque l'euthanasie est un acte effectué par un médecin ou une équipe de médecins ou encore une équipe médicale (comportant des professionnels de santé autres que des médecins), elle vise à donner ou permettre la mort d'une personne se trouvant dans un état grave ou incurable dû à une affection d'une particulière gravité, pour la soulager de ses souffrances. Là encore, il s'agit de combattre les souffrances, sans pouvoir parvenir à guérir la maladie, à la différence que la façon de combattre la souffrance résulte uniquement dans le fait de mourir. C'est une hypothèse tout à fait singulière. Si l'on retient une définition du mot médical comme « l'acte d'un médecin dans l'exercice de sa profession », il est tout à fait possible de considérer que l'euthanasie entre dans ce cadre, car en l'imaginant autorisée par la loi, elle sera forcément effectuée par un médecin. Si l'on retient une définition du mot médical comme « relevant de la médecine », il faut se demander si l'euthanasie fait partie ou pourrait faire partie de la médecine. Traditionnellement, la médecine aspire plutôt à l'inverse, c'est-à-dire, à s'efforcer de rendre la santé, à conserver la vie de la personne. Comme il a été rappelé, ici et dans de

²⁵⁶ CCNE, avis du 1^{er} avril 2010, n° 110, rendu public le 6 mai 2010 ; Collège national des sages-femmes, communiqué de presse, 8 mars 2010, Dictionnaire permanent de bioéthique, bulletin n° 203 ; Rapport de l'Ordre des médecins, 4 février 2010.

²⁵⁷ « *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui* », Rapport d'information n° 421 d'Alain Milon, sénateur du Vaucluse et d'Henri de Richemont, sénateur de la Charente, au nom du groupe de travail de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat, présidé par Michèle André, sénatrice du Puy de Dôme, 25 juin 2008.

²⁵⁸ On pourrait même considérer que l'euthanasie représente le contraire de ce qui est thérapeutique puisque le but originnaire de la médecine est de lutter contre ce qui met la vie en péril alors que l'euthanasie vise à obtenir la mort.

nombreux ouvrages, la médecine connaît une mutation profonde de ses préoccupations et de sa raison d'être, puisqu'elle a pour vocation aujourd'hui de soulager les souffrances. C'est bien de cela qu'il s'agit dans l'euthanasie, soulager la souffrance, mais en ayant recours à un moyen très particulier puisqu'il s'agit de la mort.

Ce bref aperçu des hypothèses que l'on peut qualifier de « médicales » -soit seulement médicales, soit médicales et thérapeutiques- permet de déduire le fort potentiel sémantique du vocable « médical » au regard de la notion de nécessité médicale. Cet aperçu a aussi permis de différencier la notion « thérapeutique », notion originelle, de la notion « médicale ». L'enjeu de cette différence, et donc de la substitution d'un terme à l'autre, se constate également, et de façon significative, dans les règles de responsabilité des professionnels médicaux.

Section 2 : Les incidences en matière de responsabilité

L'emploi du terme « médical » ou du terme « thérapeutique » joue particulièrement en matière de responsabilité des professionnels de santé, car confrontés à un acte dénué de caractère thérapeutique, les juges font preuve, de longue date, de davantage de sévérité, comme l'ont suggéré les différents exemples jurisprudentiels déjà cités. La responsabilité encourue par les professionnels de santé est d'autant plus importante que l'acte est effectué sans motif curatif. Ainsi, il faut d'abord s'intéresser aux règles de responsabilité spécifiques à l'activité des professionnels de santé, tant légales que jurisprudentielles (§1). Enfin, les textes issus de la loi du 4 mars 2002 présente une potentielle contradiction avec le principe de nécessité médicale, visant à rendre légaux tous les actes médicaux nécessaires au patient (§2).

§1. Les principes juridiques en matière de responsabilité

A. Les principes légaux

200. En premier lieu, les dispositions actuelles comprises dans le code de la santé publique relatives à la responsabilité des professionnels de santé sont plurielles. Il y a d'abord les règles organisant la responsabilité à proprement parler. Il y a ensuite les règles édictant les

devoirs du professionnel de santé ; ceux-ci, lorsqu'ils sont enfreints, peuvent être générateurs de responsabilité.

L'article L.1142-1 du code de la santé publique a été créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002²⁵⁹ afin d'organiser le régime de réparation des risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé. Cet article fonde les principes de responsabilité des professionnels de santé, tels qu'entendus par le code de la santé publique. Il est divisé en deux grandes parties (I et II).

Le premier alinéa (I) expose le principe selon lequel le professionnel de santé n'est responsable des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'en cas de faute. Il faut alors comprendre qu'il s'agit d'un régime de responsabilité pour faute. Pour cette raison, la doctrine considère que le médecin a seulement une obligation de moyens. En effet, face à une obligation de résultat, l'absence démontrée de résultat suffit à entraîner la responsabilité, peu importe la faute.

Le troisième alinéa (II) pose le principe de la réparation par la solidarité nationale et non plus par les professionnels de santé et leurs assureurs, lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale sont directement imputables à des actes de prévention, diagnostic ou soins commis par le professionnel. Dans ce cas, il n'y a plus besoin de prouver une faute du professionnel mais seulement un lien de causalité entre un type d'acte et un type de préjudice (affection iatrogène, infection nosocomiale, accident médical).

Les devoirs des professionnels de santé se retrouvent dans la déontologie de chaque profession mais pas seulement. Le code de la santé publique énonce des principes généraux communs, au sein desquels il est intéressant pour l'étude de retenir, l'obligation d'information incombant au praticien, la règle de la raison proportionnée et l'obligation de moyen du médecin.

Dans des matières non thérapeutiques, objet des développements, il faut noter que la loi prévoit une obligation d'information beaucoup plus étendue, en matière de chirurgie esthétique plus précisément. C'est la loi du 4 mars 2002 qui est venue consacrer ce que la jurisprudence avait déjà reconnu²⁶⁰, à travers l'article L. 6322-1 du code de la santé publique qui dispose que : « *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*

²⁵⁹ Puis modifié par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé ». Un délai minimum de 15 jours doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle. Ainsi, à travers l'énoncé légal d'obligations précises, parfois même davantage précises, dans le domaine non thérapeutique, la responsabilité du professionnel est plus aisément engagée par le patient.

B. La régime jurisprudentiel de responsabilité pour les actes à caractère non thérapeutique

201. En second lieu, de longue date dans la jurisprudence, la responsabilité a toujours été plus fermement appréciée lorsque l'acte n'avait pas de caractère thérapeutique. La justification en est que les obligations du professionnel sont accrues dans l'hypothèse d'un acte dénué de vertu curative.

Notamment, en matière de chirurgie à visée esthétique, l'obligation d'information qui incombe au chirurgien est appréciée rigoureusement. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 22 septembre 1981²⁶¹, avait déjà estimé que la chirurgie esthétique ne visant pas à rétablir la santé, mais à apporter un « *réconfort esthétique* », le chirurgien doit informer son patient avec un soin tout particulier sur les suites de l'opération et spécialement sur les suites cicatricielles. Depuis, la jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, que l'étendue de l'obligation d'information est beaucoup plus vaste, puisque le chirurgien doit informer le patient de tous les risques encourus, non seulement des risques fréquents ou graves. L'information doit être totale dans le cas d'un acte médical non thérapeutique.

Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 18 février 2008²⁶², sur une question de responsabilité du chirurgien après une dermolipectomie abdominale, rappelle que l'obligation d'information du praticien est plus étendue en matière esthétique : « *Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, son médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé. Il appartient au praticien de rapporter la preuve qu'il a rempli son obligation. (...) En matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation*

²⁶⁰ Voir infra n° 201.

²⁶¹ JCP 1981, IV, 384.

²⁶² N° de répertoire général : 07/02662.

d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients qui peuvent en résulter. ».

Au surplus, la Cour d'appel de Versailles a rendu une décision du 23 juin 1997, dont le fond du problème était une opération de chirurgie esthétique dénuée de caractère curatif comme le précise la Cour : « *Attendu que l'expert LE Z... indique que cette intervention, faite dans un but esthétique, n'était pas indispensable mais (...) qu'aucune faute de technique médicale ne peut être reprochée au Docteur Y.* ». Le cœur du problème a été l'exécution du devoir d'information par le chirurgien. La Cour précise alors : « *qu'en matière de chirurgie esthétique, comme pour tout acte médical à finalité non curative, cette information doit être extrêmement détaillée et s'entend non seulement de tous les risques, exceptionnels ou non, de l'intervention, mais aussi de toutes les complications ou séquelles pouvant en résulter* ».

La Cour de cassation, pour sa part, a rendu le 17 février 1998, un arrêt²⁶³ dans lequel elle expose le même raisonnement, s'agissant d'une liposuction ayant nécessité, au cours de l'intervention, des incisions plus importantes que prévues, à savoir « *qu'en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ; que c'est, dès lors, sans mettre à la charge du praticien une obligation de résultat, que l'arrêt attaqué a estimé qu'il aurait du informer Mme X... qu'il était possible qu'il soit dans l'obligation, pour mener à bien l'intervention, de faire deux incisions abdominales et non pas une seule* ». La jurisprudence a donc précédé, si ce n'est inspiré la loi du 4 mars 2002 s'agissant de ces principes.

202. En outre, la règle de la raison proportionnée doit être appliquée strictement par le chirurgien effectuant un acte dénué de but thérapeutique. Nombreux sont les arrêts qui ont reconnu cette obligation²⁶⁴. La Cour d'appel de Paris, pour sa part, a jugé dans un arrêt du 24 novembre 2006²⁶⁵ que : « *Que, s'agissant de chirurgie esthétique, cette obligation de moyens demeure, le praticien devant faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque disproportionné avec les avantages escomptés, alors même que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé mais d'apporter une amélioration à un état préexistant jugé non satisfaisant par le patient; Que par ailleurs le médecin a la charge de*

²⁶³ Civ., 1^{ère}, 17 février 1998, n° 95-21715, Bull. 1998, I, n° 67, p.45.

²⁶⁴ Par exemple, Cour d'appel de Versailles, 21 février 1991, D. 1993, somm. 29 ; Cour d'appel d'Aix en Provence, 16 avril 1981, JCP 1983, II, 19922, approuvée par Cour de cassation, 20 octobre 1982, *ibid.* ;

²⁶⁵ N° de répertoire général : 298

prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose, de nature à lui permettre de donner un consentement ou un refus éclairé; qu'il lui incombe encore de refuser d'accéder à la demande d'un patient qui l'exposerait sans justification thérapeutique à un danger; que cette obligation est renforcée en cas d'intervention de confort ».

203. L'obligation de moyen a été également élargie par la jurisprudence lorsque l'acte est dénué de caractère thérapeutique, mais qu'il demeure toutefois « médical ». Par exemple, la Cour d'appel de Paris a jugé en 1994²⁶⁶ : « *Considérant qu'il s'agissait d'une intervention à dominante esthétique, que même si elle devait avoir une incidence fonctionnelle elle était dépourvue de but thérapeutique, et que dès lors le docteur était tenu à une obligation de moyens renforcée à laquelle il a manqué en recourant à une méthode dont le risque encouru était hors de proportion avec l'avantage escompté* ».

Désormais dans certaines matières non thérapeutiques, il s'agirait même d'une obligation de résultat selon certains auteurs. C'est le cas en matière de chirurgie à visée esthétique. Non seulement l'obligation d'information du chirurgien est plus complète, mais son obligation de sécurité physique est appréciée plus sévèrement de sorte que l'on se rapproche en ce domaine de l'obligation de résultat, « *la chirurgie esthétique proposant un certain résultat qui n'est pas de rétablir la santé, mais d'apporter une amélioration et un "réconfort esthétique" à une situation jugée insupportable par le patient* »²⁶⁷. En effet, si le médecin ne doit pas faire courir de risque à son patient, il est possible de comprendre que dans l'hypothèse où le risque se réalise, le professionnel voit sa responsabilité engager, sans besoin de prouver une faute.

À contre-courant, la Cour d'appel de Paris a retenu la solution inverse s'agissant d'une reprise de plastie abdominale par un chirurgien esthétique, dans un arrêt du 17 octobre 2008 : « *Considérant en application de l'article L 1142-1 du Code de la Santé publique applicable en la cause, qu'un professionnel de santé ne peut engager sa responsabilité qu'en cas de faute ; que dès lors et en dépit des mentions litigieuses figurant dans son ouvrage, l'existence d'une obligation de sécurité de résultat ne peut être opposée à M. Nahon* ».

²⁶⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, section B, 17 février 1994, n° 92-14125.

²⁶⁷ Cour d'appel de Lyon, 8 janv. 1981, J.C.P. 1981, II, 19699, obs. F. Chabas ; Civ., 1^{ère}, 22 sept. 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 268, P.-J. Doll, Gaz. Pal.1978, 2, doct. p. 647.

Les règles de responsabilité médicales, tant légales que jurisprudentielles, démontrent que le caractère thérapeutique ou non de l'acte en cause, a une importance considérable et modifie le régime juridique de la responsabilité. Il demeure un dernier point des règles de responsabilité qui mérité d'être relevé, car il relance le débat sur ce qu'il faut entendre par médical, et il permet de se demander si dans les principes de responsabilité créés en 2002, on entend bien le même sens du mot « médical » que dans l'article 16-3 du code civil.

§2. *La dichotomie entre l'article 16-3 du code civil et l'article L.1142-1 du code de la santé publique*

204. Le problème tient à la détermination de la catégorie des « actes de prévention, de diagnostic ou de soins », tels qu'ils sont nommés par l'article L.1142-1 du code de la santé publique.

Des décisions récentes ont fait naître le débat sur ce que l'on doit entendre par « acte de prévention, de diagnostic ou de soins ». En effet, pour ouvrir droit au bénéfice de la solidarité nationale, l'article L.1142-1 du code de la santé publique dispose que l'accident médical doit être imputable à un acte de ce type. Or, cette qualification est discutée pour certains actes médicaux, en raison de leur absence de finalité curative. C'est le cas notamment des opérations de chirurgie à visée exclusivement esthétique. Peut-on alors parler, à leur sujet, d'« acte de diagnostic, de prévention ou de soins » ? Pour le Tribunal de grande instance de Toulon, dans une décision du 24 juin 2010, la réponse est négative. Dans cette espèce, une femme a subi une intervention de chirurgie plastique sur la paroi abdominale, suivie quelques mois plus tard d'une reprise de cicatrice réalisée sous rachianesthésie. À la suite de cette seconde intervention, la patiente reste atteinte de troubles dus à un déficit sensitivo moteur. Aucune faute n'ayant été retenue à l'encontre du médecin, la victime demande indemnisation de ses préjudices à l'ONIAM. Sa demande est rejetée aux motifs que la dermolipectomie abdominale et le reprise ultérieure de la cicatrice correspondent à des actes de chirurgie plastique à visée exclusivement esthétique et non réparatrice, ce qui exclut l'intervention de la solidarité nationale. La juridiction énonce que « *ces actes chirurgicaux sans but curatif et de pure convenance, autrement dit de confort, n'appartiennent pas à la catégorie des actes de prévention, de diagnostic ou de soins limitativement énumérés à l'article L.1142-1 du code de la santé publique* ». La chirurgie esthétique, d'après cette analyse, ne serait pas un soin. Ainsi, il semble impossible de considérer que l'acte de chirurgie esthétique réponde à une nécessité

médicale. Or, il est toléré comme tel, puisqu'aucune disposition expresse de la loi n'indique qu'il vient y déroger. Il est permis de se demander s'il n'y a pas une incohérence entre les règles de responsabilité, au titre de la solidarité nationale, et l'autorisation de la loi exprimée par l'article 16-3 du code civil.

Il faut admettre alors que l'acte médical ne se définit pas exclusivement comme un « acte de diagnostic, de prévention ou de soins » et qu'il a forcément un contenu plus large, sauf à dire que l'acte de chirurgie esthétique n'est pas un acte médical.

205. Le Tribunal de grande instance de Paris a adopté une position plus contrastée. En l'espèce, une jeune femme a choisi de subir une liposuction au niveau des cuisses. Le jour de l'intervention, devant son angoisse, le chirurgien lui administre une prémédication de deux agents sédatifs. Dès la fin de l'administration, la patiente est victime de troubles cardiaques et d'une perte de connaissance. Malgré les manœuvres pour la ranimer, elle décède quelques heures plus tard. L'autopsie devait révéler une cardiopathie arythmogène du ventricule droit. La responsabilité du chirurgien est retenue à hauteur de 30% pour non-respect du délai de réflexion imposé par le code de la santé publique. Pour demander sa mise hors de cause s'agissant des 70% restants, l'ONIAM soutient que le décès est survenu à l'occasion d'un acte sans finalité thérapeutique excluant le bénéfice de la solidarité nationale. Les juges condamnent néanmoins l'Office à réparer les conséquences dommageables non réparées au titre de la perte de chance au motif que le décès est survenu à cause de l'administration des produits sédatifs et « *qu'il ne peut être sérieusement contesté que la qualification d'actes de soins à un tel acte qui intéresse directement la santé de la personne, l'administration d'un sédatif tendant à apaiser l'état d'inquiétude du patient qui va être soumis à une intervention et ce, quelque soit le motif de l'intervention* ». Ainsi, la juridiction n'a pas reconnu que l'acte de chirurgie esthétique ouvrait droit à réparation au titre de la solidarité nationale, mais que l'administration d'un sédatif à cette occasion, était un acte de soin ouvrant droit à réparation.

L'ONIAM a cependant contesté que, « *l'acte de chirurgie esthétique, sans finalité thérapeutique puisse constituer un acte de soins* ».

L'éclairage souhaitable de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat permettrait de trancher définitivement la question.

206. Dès avant ces arrêts, Mme Lucile LAMBERT-GARREL a écrit un article²⁶⁸ dans lequel elle s'interroge sur la portée de l'article L.1142-1 précité, et sur son champ d'application relativement à la nature des actes « de prévention, de diagnostic ou de soins ». Elle se demande plus précisément ce qu'il faut entendre par « soins ». La notion de soins englobe-t-elle, les actes dépourvus de finalité thérapeutique ? L'auteur reprend les mêmes interrogations que les juridictions dans les affaires sus évoquées. Elle présente deux conceptions possibles de la notion de soins, une subjective, permettant d'englober des actes d'une nature non curative, et une objective, excluant ces derniers. L'auteur déduit de la modification de l'article 16-3 du code civil en 1999, que la jurisprudence donnait une interprétation stricte de la notion thérapeutique et donc de la notion de soins, excluant ainsi les actes à visée autre (préventive ou de confort) : « *Une telle conception objective du soin ne contredit pas, d'ailleurs, l'intention du législateur dans sa rédaction de l'article 16-3 alinéa 1^{er}, du Code civil. À cette fin il faut se référer aux travaux parlementaires. (...) La jurisprudence donnait de ce fait une interprétation stricte du caractère thérapeutique, excluant tout acte à visée préventive* ».

207. Ainsi, selon cette analyse, il faudrait entendre la notion d' « acte de soins » contenue à l'article L.1142-1 du code de la santé publique, comme excluant les actes non thérapeutiques, à l'image de l'ancien article 16-3 du code civil : « *En conséquence le législateur en retenant une conception objective du « soin » a pour volonté de n'indemniser qu'une infime partie des victimes en raison de la charge financière qui en découle* ».

Mme LAMBERT-GARREL en conclut enfin que : « *Aussi, si seuls les soins à finalité curative sont visés par l'article L.1142-1-II du Code de la santé publique, cette même appréciation devrait être retenue pour les soins visés par le I du même article. Une telle acception influencerait, par conséquent le régime de la responsabilité médicale. Les actes à finalité non thérapeutique seraient, en effet, exclus du champ d'application de la loi du 4 mars 2002.* ». Le droit commun de la responsabilité leur serait alors applicable. Elle explique ensuite que cela permettrait de sauvegarder, financièrement, le système créé par la loi du 4 mars 2002 et qu'il faut se résoudre à une inégalité de traitement des patients au nom de la viabilité du système fondé sur la solidarité nationale. C'est exactement l'hypothèse des deux arrêts précités puisqu'une inégalité de traitement entre les deux patients plaignants est constatée.

²⁶⁸ « *Libres propos sur l'article L.1142-1 du code de la santé publique* », Lucile Lambert-Garrel, J.C.P., éd. entreprises, n° 1, 11 mars 2004, p.14.

Il faudra rajouter à cette analyse que l'article L.1142-1, dans sa partie I, ne repose pas sur l'aide financière de la solidarité nationale. Toutefois, étant donné que les deux parties de l'article reprennent la même expression, c'est-à-dire le même type d'« actes de prévention, de diagnostic ou de soin », l'interprétation qui en est retenue vaut pour les deux.

208. En conclusion, il faut noter que l'indemnisation des accidents « médicaux » aménagée par l'article L.1142-1 grâce au mécanisme de la solidarité nationale, n'a pas pour dessein d'indemniser l'ensemble des accidents survenus du fait d'actes médicaux. Tous les actes médicaux ne sont pas concernés par ce système d'indemnisation, ceux dénués de finalité thérapeutique, en seraient exclus. Ainsi, une stérilisation pour motif de contraception, faite dans un souci de pur confort ne pourrait, en cas d'accident médical, faire l'objet d'une indemnisation ? Pourtant, étant donné que la chirurgie à visée esthétique et la stérilisation de convenance sont « licites », il semble donc que tous les actes licites ne puissent pas donner lieu à indemnisation en cas de faute ou de préjudice grave. Pourquoi une telle différence de traitement ? En vertu de l'absence de caractère thérapeutique. Ainsi, il y a une incohérence avec l'article 16-3 du code civil qui reconnaît comme licites les actes nécessaires d'un point de vue « seulement » médical ; en effet, ceux-ci ne peuvent donner lieu à une indemnisation du patient en cas de dommage. Cela revient donc à créer des situations légales, organisées par le droit, mais qui ne peuvent donner lieu à indemnisation en cas de préjudice subi à l'occasion de la réalisation de l'acte. Convierait-il de retourner vers la législation de 1994 ? Seuls les actes nécessaires d'un point de vue thérapeutique, seraient licites et pourraient donner lieu à indemnisation. Les actes non thérapeutiques seraient illicites et pourraient alors donner lieu à indemnisation pour cette seule raison (sans besoin de se fonder sur les règles de responsabilité du code de la santé publique). Il semblerait plus conforme aux pratiques de mettre en accord l'interprétation du texte de l'article L.1142-1 du code de la santé publique en considérant que les actes de soins englobent les mêmes actes que ceux autorisés par l'article 16-3 du code civil, soit des actes dénués de caractère thérapeutique mais autorisés par la loi.

209. On peut trouver une justification à cette incohérence grâce à l'idée de la « soultte juridique » due par le sujet de droit, idée dégagée par Mme Sophie PARICARD, dans sa thèse de doctorat consacrée à la notion de « convenance personnelle »²⁶⁹. Le fait de ne pas avoir droit au bénéfice des dispositions de l'article L.1142-1 suscité, dans l'hypothèse d'un acte médical dénué de caractère thérapeutique, est en concordance avec l'idée d'une « soultte

²⁶⁹ « *La convenance personnelle* », Sophie PARICARD-PIOUX, thèse de doctorat en droit privé, 2001, D., 2003.

juridique ». Elle y explique que lorsqu'un sujet de droit exerce un droit pour un motif de convenance personnelle, celui-ci est redevable, en retour, d'une soulté juridique. Ici, la soulté serait constituée par le fait de ne pouvoir prétendre au bénéfice de l'indemnisation par le mécanisme de la solidarité nationale alors même qu'un accident médical serait survenu. Le fondement en serait qu'un acte de convenance a été exercé par la personne, c'est-à-dire l'acte dénué de caractère thérapeutique, l'acte de confort.

210. *Conclusion.* Le vocable « médical », œuvre de la loi de 1999 relative à la Couverture Maladie Universelle, possède une valeur sémantique très vaste, voire trop vaste, eu égard au principe qu'il a le devoir de protéger : l'intégrité du corps humain. Ce contenu d'un potentiel large, a pour effet de rendre légalement possible la légitimité de beaucoup d'actes « médicaux », non encore licites. Il convient de dénoncer ce risque. Les hypothèses d'actes aujourd'hui licites mais auparavant interdits en sont une illustration. De surcroît, en matière de responsabilité, on a clairement observé que l'emploi du caractère seulement « médical » ou le caractère anciennement utilisé, celui de « thérapeutique », de l'acte en cause était de nature à modifier les règles de responsabilité. Les obligations du professionnel médical sont accrues en présence d'un acte seulement médical et non thérapeutique. Ainsi, force est de constater que la différence entre ces deux caractères présente des conséquences majeures et que la modification de l'article 16-3 du code n'est pas anodine. Enfin, le constat de ce que le domaine d'application de l'article L.1142-1 du code de la santé publique ne correspond pas au domaine du mot « médical », mais est plus restreint, rend la matière incohérente et démontre qu'une réforme est plus que nécessaire.

La tendance du législateur à légiférer de plus en plus précisément, par petites touches, dans une démarche « d'exception », et sans prendre en considération les principes généraux, est très perceptible, et pas seulement dans le domaine de la médecine. Nous en constatons les effets néfastes : les incohérences de régime juridique.

211. Après avoir étudié chaque vocable séparément, afin de permettre la révélation de tout leur potentiel sémantique, les conclusions sont contrastées. D'abord, la nécessité seule présente des acceptions multiples et riches. Dans son sens courant, elle peut revêtir une signification objective : la nécessité qui s'impose irrémissiblement contre le jeu de la volonté, sans autre possibilité d'action ; elle peut également signifier un état dans lequel pour atteindre

une fin, un objectif ou un résultat, un seul moyen est envisageable. En cela, une certaine place est aménagée à la volonté et à l'appréciation de la personne. Cette définition rejoint les occurrences du terme rencontrées dans les différentes branches du droit. La notion de nécessité y apparaît alors clairement comme caractérisant un état dans lequel un seul moyen existe pour atteindre une fin. La notion de nécessité peut être qualifiée de notion téléologique, fondant toujours une dérogation à une règle préétablie et donnant une liberté d'appréciation à celui qui agit. Il en ressort finalement qu'il s'agit d'un sens fort et exigeant, à l'image de la contrainte, mais à combiner avec la volonté de la personne. La volonté a-t-elle une place dans cette nécessité ? De surcroît lorsque la nécessité est qualifiée de « médicale » ?

Le vocable médical, pour sa part, a une histoire bien précise, puisqu'il est le successeur de la notion « thérapeutique ». Ainsi, la comparaison des deux notions, a permis de divulguer le vaste champ d'application du mot « médical » et la dérive qu'il rend possible, par l'acceptation éventuelle, sans barrière légale du moins, de nombres d'actes, non encore licites.

Le terme « médical » peut se définir comme un adjectif qualifiant l'acte effectué par un professionnel médical (médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme) dans l'exercice de sa profession, qui peut être thérapeutique ou non thérapeutique. Les lois « bioéthiques » sont parmi celles dont le choix des mots présente les conséquences les plus engageantes.

Au final, l'accolement du mot « nécessité », dont le sens est polysémique mais recouvrant des hypothèses d'actes restreintes, avec le mot « médical » dont la valeur sémantique est vaste, permet de s'interroger sur le potentiel et le devenir de la notion de « nécessité médicale ». « Médical » étant l'adjectif qualifiant la nécessité. Celle-ci doit être médicale pour permettre l'atteinte au corps humain. Il est désormais opportun d'étudier les deux vocables rassemblés, pour tenter de comprendre et de présenter la notion dans son unité, puis d'en chercher les tenants et les aboutissants.

TITRE 2 : LA RECOMPOSITION DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE

212. M. Roger PALLARD²⁷⁰ a fort bien cerné la notion de nécessité lorsqu'il a écrit que ses caractères généraux étaient l'indétermination et le caractère téléologique. La nécessité seule, en droit, a un intérêt limité selon lui, puisqu'elle n'a de sens que par rapport à une fin. En cela elle a un caractère téléologique, comme il a été expliqué précédemment²⁷¹. Selon cet auteur, ce caractère téléologique explique le caractère foncièrement indéterminable de la nécessité. « *Prise dans son sens général, c'est-à-dire sans préciser les intérêts qu'il est nécessaire de protéger, elle n'est qu'un synonyme de l'idée de justification. Dire qu'une solution est nécessaire, c'est dire sous une autre forme qu'elle est justifiée, rien de plus.* » En tant que notion téléologique, elle n'a de sens que par rapport à une fin. Elle suppose donc la détermination de cette fin. Si aucune fin n'est précisée, expressément ou implicitement, la notion se prête à toutes les interprétations possibles, selon le but qu'on lui assignera. C'est là le trait commun à toutes les notions téléologiques : elles supposent la détermination de certains buts, faute de quoi elles peuvent être utilisées à toutes fins. C'est la raison pour laquelle le vocable « médical » a tant d'importance dans l'étude et dans l'article 16-3 du code civil. Son rôle est de déterminer la fin de la notion de nécessité. Ainsi, le rassemblement des deux notions est crucial. La nécessité médicale prend alors tout son sens. C'est la combinaison des deux mots qui donne le sens à la notion de « nécessité » telle qu'entendue par l'article 16-3 sus énoncé.

213. Par ailleurs, il s'agit du rassemblement d'un nom commun (la nécessité), dont le sens conduit à la restriction, et d'un adjectif (médical), dont le contenu sémantique est, à l'inverse, vaste. Il en résulte forcément une déformation de la restriction d'origine vers un champ plus vaste. Voici la première contradiction que révèle l'accolement des deux éléments précédemment étudiés.

La nécessité médicale est ce qui est médicalement nécessaire, ce qui est nécessaire d'un point de vue médical. Ce critère est le résultat de l'œuvre législative à travers les lois de 1994 et de 1999 suscitées. Cette notion semble donc principalement être la notion contenue à

²⁷⁰ V. « *L'exception de nécessité en droit civil* », Roger Pallard, thèse de doctorat, 1948.

²⁷¹ V. *supra* n° 70 à 74 et n° 211.

l'article 16-3 du code civil, la notion –permission de la loi- qui permet de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, sous la seconde condition du consentement de la personne concernée. C'est son domaine initial. La notion est, par conséquent, le fait justificatif de l'atteinte portée au corps humain, c'est-à-dire la circonstance grâce à laquelle celui qui commet l'acte n'est ni coupable du délit de violence volontaire, ni coupable d'une faute civile. Ainsi, il convient d'examiner d'abord ce domaine originel : le fait justificatif (chapitre 1). Ensuite, il apparaît que la notion de « nécessité médicale » se retrouve dans des textes de loi autres que l'article 16-3 du code civil. La notion connaît, en effet, un regain d'intérêt dans d'autres matières juridiques que les principes fondamentaux de protection du corps humain. Elle a une existence autre. La « nécessité médicale » est utilisée pour des règles juridiques de domaines très variés. C'est ce qu'il est possible de nommer son domaine étendu. L'extension de son domaine d'application mérite d'être examinée en détail (chapitre 2) avant de pouvoir en exploiter des déductions quant à son régime. Le développement a ainsi pour but d'analyser les existences multiples de la notion dans les textes en vigueur.

CHAPITRE 1 : LE DOMAINE INITIAL DE LA NOTION :

L'ARTICLE 16-3 DU CODE CIVIL

214. Le domaine d'application initial de la notion de nécessité médicale correspond au fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité du corps humain. Si l'on qualifie la notion de « nécessité médicale » de fait justificatif, c'est qu'en principe, l'atteinte à l'intégrité du corps humain est prohibée par le droit. Le corps humain est protégé, notamment par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 ayant créé les articles 16 à 16-9 du code civil. Il l'était bien sûr auparavant grâce aux lois pénales qui incriminent les atteintes à la « personne²⁷² », mais le droit civil ne contenait pas à proprement parler de dispositions d'ordre général relatives au corps humain. La première loi « bioéthique » sus évoquée se nomme, fort justement, « loi relative au respect du corps humain ». Le respect signifie la considération envers quelque chose, voire la

²⁷² Il convient ici de noter la différence de choix sémantique : le code pénal a toujours formulé la protection de la personne (et finalement du corps humain) à travers les incriminations telles que les violences volontaires, l'homicide, etc. En créant ces catégories d'infraction contre les « personnes », le législateur a protégé le « corps » humain mais également « l'esprit humain », puisque, par exemple, les violences peuvent être des violences morales d'après la jurisprudence. On pourrait dire que le code pénal a pris le parti d'une vision unitaire du corps et de la personne tandis que le code civil, en disposant sur le corps humain semble détacher la protection de l'un de la protection de l'autre.

vénération de ce que l'on tient pour sacré. Considérer et vénérer implique de protéger. En quoi consiste la protection du corps humain ? La protection du corps humain passe, notamment, par les principes d'extrapatrimonialité et d'inviolabilité de celui-ci. Ainsi, la nécessité médicale est la condition, la circonstance de fait permettant de déroger aux principes fondamentaux servant à protéger le corps humain. Il s'agit finalement de l'exception au principe d'inviolabilité du corps humain. La raison d'être de la notion est de constituer une permission de la loi. C'est la raison pour laquelle il faut étudier, dans un premier temps, la notion de nécessité médicale en tant que fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité corporelle (section 1).

M. Bruno PY avait fort justement formulé cette idée de fait justificatif, alors organisé implicitement par la loi, avant la création de l'article 16-3 du code civil, de la façon suivante : « *Chaque fois que la société a voulu autoriser l'accomplissement par un médecin d'une atteinte corporelle dans un autre but que curatif, le législateur a créé une permission légale expresse (don du sang (...), contraception, I.V.G., prélèvement d'organe in vivo, expérimentation). Le principe qui découle de la permission légale implicite est que tout acte médical ordinaire doit être accompli dans un but curatif pour être licite. Pour déroger à cette condition de but curatif et réaliser un acte médical extraordinaire, il faut une permission légale expresse, sans quoi le médecin commet un acte illicite.* »

Ainsi, selon cet auteur, il existait, avant même la création de la loi de 1994 relative au respect du corps humain, un régime implicite de protection du corps humain. La justification est le mécanisme permettant de protéger le corps humain. Sans justification, il n'existait pas de possibilité d'attenter à l'intégrité du corps humain. En 1993, la justification résidait, selon l'auteur, dans le but curatif de l'acte ou dans la permission expresse de la loi. Aujourd'hui, la justification tient au critère de la nécessité médicale.

En approfondissant l'étude du domaine originel, attaché à l'article 16-3 du code civil, on s'aperçoit que la notion de nécessité médicale ne constitue pas qu'une permission de la loi, elle constitue aussi la limite posée à la liberté corporelle de l'individu par le législateur. En cela, la nécessité médicale doit se concevoir comme une notion participant à l'ordre public qu'il convient d'analyser dans un second temps (section 2).

Section 1 : La nécessité médicale, fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité du corps humain

215. Afin d'appréhender correctement le mécanisme de la justification d'un acte au regard de la loi, il faut comprendre l'ensemble du mécanisme, c'est-à-dire la raison d'être de la justification : pourquoi doit-on justifier tel ou tel type d'acte ? Parce que certains principes sont protégés et surtout parce que le corps humain est protégé. Ensuite seulement, il est possible de s'intéresser à l'objet de la justification : qu'est-ce qui doit être justifié ? Les types d'actes concernés. Enfin, le mécanisme de la justification, qui transcende largement la notion étudiée ainsi que les frontières du droit national, doit être l'objet de la réflexion.

Par conséquent, il faut étudier, en premier lieu, la raison d'être de la justification, à travers l'inviolabilité du corps humain et la protection de son intégrité (§1), pour, en second lieu, s'intéresser à la justification elle-même : son objet, l'atteinte à l'intégrité corporelle, et son mécanisme (§2).

§1. La raison d'être de la justification : l'inviolabilité et la protection de l'intégrité du corps humain

216. La doctrine s'est souvent intéressée à l'inviolabilité du corps humain ainsi qu'au droit à l'inviolabilité du corps humain dont disposerait le sujet de droit. Le temps doit être pris de se demander ce qu'est l'inviolabilité dans un sens commun (A) ? À côté du sens courant, il convient d'établir à quelle catégorie juridique il est possible de rattacher l'inviolabilité corporelle, en tant que notion juridique (B). Est-il opportun de parler d'un droit à l'inviolabilité du corps humain- ou d'un droit à la protection de son intégrité, ce qui signifie sensiblement la même chose-, rangeant ainsi cette notion dans la catégorie des droits subjectifs et des droits de la personnalité ? Ou convient-il de qualifier l'inviolabilité du corps humain de liberté civile fondamentale, dont l'inspiration se trouverait dans les droits de l'homme ?

A. L'inviolabilité, recherche d'une définition

Une explication historique du terme inviolabilité (1°) nous mène à l'étude de la signification de l'expression « porter atteinte » (2°).

1°) Histoire du mot

217. Selon le Vocabulaire juridique Cornu, l'inviolabilité se définit comme une intangibilité, constituant, pour une personne, soit un droit fondamental à son intégrité corporelle (inviolabilité du corps humain), soit une protection dans l'exercice de certaines fonctions (inviolabilité parlementaire). L'intangibilité est la qualité de ce qui est intangible. Intangible est un adjectif, défini par le même ouvrage, de trois façons différentes. D'abord, ce peut être ce dont on ne doit jamais s'écarter ; ensuite, cela peut se dire d'un sujet ou d'une chose auquel il est interdit de porter atteinte (le corps humain est alors donné comme exemple) ; enfin, l'adjectif peut signifier « qui ne peut jamais être modifié ni révisé en dehors d'un commun accord ». Le second sens doit être retenu ici. Il est inspiré par l'adage *Noli me tangere*. En effet « intangible » est composé du suffixe négatif *in* et de tangible, en latin *tangibilis*, « qui peut être touché, palpable », dérivé du verbe *tangere* qui signifie « toucher, frapper ». Tangible s'applique à ce qui tombe sous le sens du tact, en emploi littéraire ou didactique. L'auteur précise que le terme intangible est chargé d'une valeur solennelle qui fait imaginer une interdiction absolue. Selon le Dictionnaire Historique de la langue française²⁷³, « intangible » se dit spécialement d'une loi, d'un principe qui doit rester intact. L'intangibilité caractérise un sujet, un principe ou une chose qui ne se modifie pas. Ici, l'intangibilité est constituée par le droit fondamental à l'intégrité corporelle : le droit de ne pas être « touché » au sens physique, selon la racine latine *tangere*.

218. La souche du mot inviolable ou inviolabilité est empruntée au latin « *violare* », signifiant « traiter avec violence », « faire violence à », d'où « porter atteinte à, endommager ». Selon le Dictionnaire Historique de la langue française, le verbe violer, dans ses premières attestations signifie en général, comme en latin, « agir de force sur quelqu'un

²⁷³ *Dictionnaire Historique de la langue française*, sous la direction d'Alain Rey, éd. Dictionnaires Le Robert, 4^{ième} éd., juillet 2010, p. 2255.

ou quelque chose de manière à enfreindre le respect qui lui est dû », « porter atteinte à ce qu'on doit respecter ».

C'est toujours l'idée d'opposition à une règle, à une loi, exprimée ou non, que l'on retrouve dans les emplois spéciaux du verbe comme « violer une sépulture » ou « violer un domicile ».

En conséquence, le terme « inviolable » est un adjectif emprunté au latin *inviolabilis* qui ne s'emploie plus qu'au figuré, c'est-à-dire « qu'on ne peut outrager », à propos d'une valeur sacrée, d'un secret ou d'un lieu considéré comme sacré. En dérive le nom féminin « inviolabilité » vers 1789, auparavant apparu sous la forme isolée « inviolableté » (1611). L'histoire du mot permet de comprendre que la souche latine du terme contient un sens tout à fait concret, se rapportant au corps. Le sens originnaire était un sens propre du terme alors que le sens dérivé qui en a découlé est un sens figuré qui demeure aujourd'hui le sens principal. Le sens actuel de l'invocabilité serait donc la qualité de ce qu'on ne peut outrager, c'est-à-dire atteindre en manquant de respect ou en violant une règle.

Ainsi, selon l'histoire du sens courant du mot, l'invocabilité du corps serait de ne pas faire violence au corps humain, de ne pas l'outrager.

219. Il serait possible d'attribuer le qualificatif d'invocabable au sens propre ou d'intangible à ce que l'on ne peut toucher ou frapper ou encore à la chose ou au sujet auquel il est interdit de porter atteinte. Cette expression doit être soulignée dans l'étude puisqu'elle se trouve au cœur de l'article 16-3 du code civil. Celui-ci débute en effet par la formule : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain etc. ». Cette formulation confirme qu'il est question de l'invocabilité du corps humain dans cet article 16-3, en réponse à l'article 16-1 qui dispose : « chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est invocabable ». L'article 16-3 est la suite logique, l'exception qui permet de déroger au principe précédemment posé, l'invocabilité. L'invocabilité de « quelque chose »²⁷⁴ peut s'entendre comme l'interdiction de porter atteinte à cette « chose » en violant une règle ou en manquant de respect à cette « chose ».

Il semble alors très intéressant de chercher à établir ce que signifie précisément le fait de « porter atteinte ».

²⁷⁴ Le mot chose est employé pour les besoins du raisonnement et ne désigne en aucune façon le corps humain.

2°) La signification de « porter atteinte »

220. Pour envisager l'origine du mot « atteinte », il faut s'intéresser au verbe « atteindre ». Celui-ci est issu par évolution phonétique du latin populaire *attangere*, lequel provient du latin classique *atingere* « arriver, parvenir à », modifié d'après *tangere* « toucher », d'où vient le préfixé. Selon le Dictionnaire Historique de la langue française, le sémantisme de « atteindre » a en tout cas des points communs avec celui des deux verbes « attaquer » et « attacher » et avec celui de « chasser ». Dans *la Chanson de Roland*²⁷⁵, « atteindre » signifie « attaquer » en parlant d'un mal. Puis, la graphie fréquente avant le XVIIe siècle « *ataindre* quelqu'un de quelque chose » signifie « le toucher en le blessant ». L'idée de blessure est donc une signification ancienne. Le dérivé « atteinte », nom féminin, apparu vers 1295, est d'abord figuré. Le sens concret de « coup par lequel on atteint », attesté entre le XVe et le XVIIe siècles, a disparu et le mot ne subsiste, au sens de possibilité d'atteindre que dans la locution « hors d'atteinte ». La valeur dominante est aujourd'hui « dommage matériel ou moral »²⁷⁶, notamment dans « porter atteinte à », que le Dictionnaire Historique assimile à « attaquer ». L'expression employée par la loi se trouve exactement être « porter atteinte à ».

221. La sémantique du mot permet, encore une fois, de relever l'aspect concret et physique du terme « atteinte ». Les origines touchant à la chasse, à la blessure et à l'attaque font penser que le fait de « porter atteinte » est une expression porteuse d'une grande matérialité. Ce mot est également associé à l'idée d'un mal. Toutefois, il faudra noter pour la suite que le dommage peut aussi être moral, ce qui révèle que l'inviolabilité ne concerne peut-être pas seulement les atteintes purement physiques.

222. Enfin, il est encore plus frappant de constater que l'origine du nom « atteinte » et du verbe « atteindre » se trouve être la même que pour les mots intangible ou intangibilité, c'est-à-dire, *tangere*, « toucher ».

De même, le terme « inviolabilité » comporte une racine sémantique en relation directe avec le corps et tout à fait empreinte de matérialité, puisqu'il est issu de *violare*, signifiant

²⁷⁵ Datée aux environs de 1080 d'après le *Dictionnaire Historique de la langue française*, sous la direction d'Alain Rey, éd. Dictionnaires Le Robert, 4^{ième} éd., juillet 2010, p. 145.

²⁷⁶ Corneille, 1636, par métaphore, *Dictionnaire Historique de la langue française*, sous la direction d'Alain Rey, éd. Dictionnaires Le Robert, 4^{ième} éd., juillet 2010, p. 145.

« traiter avec violence ». Ainsi, les deux expressions utilisées dans les textes fondamentaux que sont les articles 16 et suivants du code civil, l'inviolabilité du corps et le fait de ne pas porter atteinte celui-ci, constituent quasiment des expressions synonymes.

223. Dans le lexique des termes juridiques²⁷⁷, l'inviolabilité du corps humain est définie comme un « *principe prohibant toute atteinte à l'intégrité corporelle, sauf nécessité médicale pour la personne et consentement préalable de l'intéressé* ». L'ouvrage renvoie à la définition des droits de la personnalité signalant ainsi l'appartenance du principe à cette catégorie juridique. Il convient de se demander si l'inviolabilité du corps humain est correctement classée au sein de la catégorie des droits subjectifs et des droits de la personnalité.

L'intérêt de la question de la nature de l'inviolabilité du corps est fondamental pour analyser la notion de nécessité médicale. La nécessité médicale constitue-t-elle un critère permettant de passer outre un droit subjectif ou une liberté fondamentale ? L'ampleur de la notion n'est pas la même selon qu'elle sert à déroger à un droit de la personnalité ou à une liberté publique. Son régime en découlera.

B. La question de la nature de l'inviolabilité du corps humain

Il est possible d'envisager l'inviolabilité du corps humain en tant que droit subjectif (1°) avant de chercher à déterminer si elle correspond à une liberté civile (2°).

1°) Un droit subjectif et un droit de la personnalité ?

224. Dans les manuels de droit, l'inviolabilité du corps humain et la protection de l'intégrité corporelle sont classiquement présentées comme des droits subjectifs et des droits de la personnalité, donc des droits extrapatrimoniaux du sujet de droit.

Les droits subjectifs sont les prérogatives reconnues aux sujets de droits par le droit objectif, c'est-à-dire par les règles de droit, et sanctionnées par lui. Ils peuvent donc être subdivisés et classés entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux.

Les droits de la personnalité sont l'ensemble des droits reconnus par la loi à toute personne, en ce qu'ils sont des attributs inséparables de sa personnalité. Les exemples

²⁷⁷ Lexique des termes juridiques, D., 18^{ième} éd., p. 455.

fréquemment donnés, mais non exhaustifs, sont le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, le droit à l'honneur et à l'image, le droit au respect de la présomption d'innocence. Ce sont des droits détenus par tout un chacun, indépendamment d'une situation juridique ou d'un contrat, etc. Ce sont des droits extrapatrimoniaux qui sont dotés d'une opposabilité absolue.

225. Une partie de la doctrine ne pense pas pouvoir classer de manière aussi tranchée le droit à l'inviolabilité du corps et le droit à la protection de l'intégrité corporelle dans la catégorie des droits subjectifs et des droits de la personnalité. En revanche, il n'y a pas de véritable contestation doctrinale sur le fait que les droits de la personnalité soient une « sous-catégorie » de droits subjectifs. C'est la définition du droit subjectif et l'appartenance à cette notion catégorielle qui fait débat en doctrine²⁷⁸.

2°) Une liberté civile ?

226. Sans s'attarder sur la théorie qui nie l'existence du droit subjectif²⁷⁹, la doctrine présente souvent deux grandes écoles pour définir le droit subjectif : le droit comme pouvoir de volonté (WINDSCHEIG), et le droit comme intérêt protégé (IHERING). M. Jean DABIN a également proposé la définition du droit subjectif comportant un aspect d'appartenance et un aspect de maîtrise (inspiré du pouvoir). Selon lui, un lien d'appartenance commande l'ensemble du système, consacré ou créé par le droit objectif, entre une personne et une chose, représentant pour cette personne un bien, une valeur, un intérêt qui d'une manière directe ou indirecte, est sien : « *au commencement du droit subjectif est l'avoir* ». Instantanément, l'appartenance engendre à l'adresse du titulaire et en principe à son profit, un pouvoir de maîtrise, tant de la chose qui est l'objet de son avoir que du droit sur ou à cette chose, c'est-à-dire une faculté de libre disposition. Enfin, l'opposabilité à autrui est une composante de la définition retenue par cet auteur puisque appartenance et maîtrise s'imposent d'emblée au respect de tous. Il conclut que le droit subjectif est « *la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer*

²⁷⁸ V. par exemple, « *De la personnalité juridique* », Raymond Saleilles, éd. Rousseau, 2^{ème} éd., 1922, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, 22^{ème} leçon ; « *Le droit subjectif* », J. Dabin, D., 1952, p.55 ; « *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques* », Pierre Kayser, R.T.D.Civ., 1971, p.30 ; « *La notion de droit subjectif dans le droit privé* », thèse pour le doctorat, Octavian Ionescu, 1931 éd. librairie du recueil Sirey ; « *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* », Tristan Azzi, R.T.D.Civ., 2007, p.227.

²⁷⁹ La théorie qui nie le droit subjectif de la façon la plus expressive est celle que l'on rencontre dans la doctrine de M. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 3^{ème} éd., 1927.

en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites reconnues plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien ». Pour cet auteur, la volonté n'intervient en rien dans la construction du droit, elle n'intervient que dans sa mise en œuvre ultérieure.

227. M. Raymond SALEILLES écrit dans ses leçons d'introduction à un cours de droit civil, que la doctrine a complété la définition du droit subjectif donnée par IHERING, définition tenant à un « *intérêt juridiquement protégé* », en ajoutant à l'idée d'intérêt, laquelle marque le but, l'idée de volonté, laquelle marque le moyen. Il cite par exemple, la définition de M. MICHOUUD d'après laquelle le droit serait « *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* ». Selon SALEILLES, l'idée de volonté est indispensable, bien qu'il faille préciser qu'elle doit être autonome, pour être sûr qu'il s'agisse d'un pouvoir autre que les pouvoirs publics. C'est la raison pour laquelle SALEILLES recommande de mettre en avant la notion de pouvoir dans la définition du droit subjectif, afin de prendre en compte l'idée de volonté dans la définition du droit. Pour lui, le droit est une force en exercice, et non une force inerte comme la notion d'intérêt. Il conclut par une définition du droit subjectif comme « *un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome* ».

228. M. Pierre KAYSER a écrit, pour sa part, que le droit à l'intégrité physique était un faux droit de la personnalité²⁸⁰. Pour le comprendre, il faut revenir à la définition qu'il cherche à établir de la notion de droit subjectif, fort difficile à dessiner de façon catégorique.

Selon M. KAYSER, il faut compléter la définition du droit subjectif donnée par SALEILLES, en disant que « *le droit subjectif est un pouvoir, ayant un contenu déterminé, mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome* ».

L'auteur relève qu'une partie de la doctrine admet que les personnes physiques sont investies d'un droit à la vie, d'un droit à l'intégrité physique, et d'un droit à l'honneur, qu'elle considère comme des droits de la personnalité. Il ajoute « *on n'a pas eu de peine à trouver, sous cette inspiration généreuse, d'autres droits, qui seraient aussi des droits de la*

²⁸⁰ « *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques* », Pierre Kayser, R.T.D.Civ, 1971, p.30.

personnalité, le droit à la santé en particulier²⁸¹ (...) on ne peut manquer d'être frappés par le caractère incohérent, et pratiquement illimité, de cette énumération. Mais elle soulève une objection plus grave : aucun de ces droits ne correspond à la définition du droit subjectif, parce qu'aucun ne confère à son titulaire un pouvoir déterminé. »

Il explique alors qu'on ne pourrait parler de droit à l'honneur que si certaines personnes pouvaient exiger des marques de respect. Que penser des actions en diffamation, si ce n'est qu'elles existent pour assurer la protection du respect entre tous ?

229. Une partie du problème pourrait être résolue en relevant que M. KAYSER ne discute pas du droit à la protection de l'intégrité corporelle mais du droit à l'intégrité corporelle. Raccourci aujourd'hui abandonné et la nuance a de l'importance. En effet, si le droit subjectif tient à « la protection de... » et non à l'intégrité elle-même, ce droit apparaît plus réaliste et semble pouvoir correspondre à un pouvoir et à un intérêt de la personne mis au service d'intérêts de caractère social. Le droit pénal protège le corps humain, et en cela son rôle social a toujours été reconnu comme le premier de ses rôles.

Toutefois, le droit à l'inviolabilité et le droit à la protection de l'intégrité du corps humain attribuent quel(s) pouvoir(s) à l'individu ? Ils ne permettent pas d'exiger d'autrui une quelconque attitude ou action, hormis en cas de dommage. Il s'agit alors de responsabilité et non plus de pouvoir à l'égard d'autrui, sauf à considérer le pouvoir de porter plainte.

En retenant la définition du droit subjectif, telle que proposée par M. KAYSER, il ne semble pas rigoureux d'admettre le droit à l'inviolabilité corporelle comme faisant partie des droits subjectifs. Il s'agirait alors davantage de l'exercice de la liberté corporelle.

230. M. Octavian IONESCU a consacré sa thèse de doctorat à l'étude de « *la notion de droit subjectif dans le droit privé* ». Il y expose bien sûr les théories de définition du droit subjectif que sont la théorie de la volonté et celle de l'intérêt. Puis il propose de retenir une théorie de la volonté et de l'intérêt combinés, comme d'autres auteurs depuis lors. D'après M. IONESCU, le droit subjectif est « *le pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi* ». S'intéressant à la classification des droits subjectifs, l'auteur expose d'abord les droits de la personnalité, en y intégrant les droits de l'individu comme tel, et les droits de famille. Il intègre dans les droits de l'individu comme tel, « *les droits consacrés dans la législation française par les déclarations et les constitutions*

²⁸¹ « Droit à la protection de la santé » semble être une notion plus à propos, même si elle demeure en décalage avec la notion de droit subjectif.

de l'époque révolutionnaire : la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété ; par des lois pénales ; droit à la vie, à la santé, à l'honneur, à la liberté physique ; par des lois administratives : la liberté religieuse, la liberté des funérailles, la liberté d'association, » etc.

En 1931, IONESCU écrit que les droits de l'individu comme tel, se rapportant à son développement physique ou intellectuel ont été très peu étudiés car « *ils sont tellement évidents qu'ils s'imposent à tous sans discussion. La loi elle-même a cru presque inutile de les consacrer* ». Malheureusement, l'évolution du droit semble être allée en sens inverse depuis.

Enfin, IONESCU estime qu'on ne peut considérer toute possibilité du développement de l'individu comme un droit. « *Nous ne croyons pas qu'on pourrait parler d'un droit de respirer ou d'un droit de soupirer. On ne peut parler d'un droit que lorsque la possibilité d'un conflit avec le droit d'une autre personne, quand on entrevoit l'éventualité pour notre volonté de s'entrechoquer avec celle d'un autre intéressé.* »

Cette idée impose à l'esprit la différence fondamentale entre droit et liberté. L'inviolabilité du corps ne peut pas se réduire à l'idée d'un droit que l'on peut opposer à quiconque entrerait en conflit avec ce droit. Sinon, il suffirait de rédiger l'article 16-3 du code civil avec l'exigence du consentement. Au contraire, un critère légal, extérieur à la volonté de la personne (la nécessité médicale), qui vient limiter l'inviolabilité du corps impose l'idée que l'inviolabilité n'est pas qu'un droit mais qu'elle est aussi une liberté de la personne. En tant que liberté fondamentale, elle peut être limitée par le pouvoir souverain de l'Etat de droit, à travers le mécanisme de l'ordre public.

231. Selon le Vocabulaire juridique CORNU, un droit subjectif peut se définir, dans un sens technique de précision, comme une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois, dans l'intérêt d'autrui. L'exemple parfait en est le droit de propriété ou le droit de créance. Plus largement, dans un sens moins technique, CORNU définit le droit subjectif comme toute prérogative reconnue par la loi aux hommes individuellement ou parfois collectivement (faculté, liberté, protection).

232. En conclusion, deux acceptions de la notion de droit subjectif coexistent dans la doctrine : une définition classique et étroite, et une définition moderne et extensive qui permettait *a priori* d'englober les « droits à » tel que le droit à la protection de l'intégrité corporelle.

Le droit de la personnalité, quant à lui, y est défini comme le droit inhérent à la personne humaine qui appartient de droit à toute personne physique, inné et inaliénable, pour la protection de ses intérêts primordiaux. Les exemples cités sont le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique. L'ouvrage renvoie à la notion de droits de l'homme pour permettre de comprendre la notion de droit de la personnalité. Il est vrai, les définitions sont similaires : « *droits de l'homme en tant que tel, inhérents à la personne humaine* ». La différence tient au fait que les droits de l'homme sont une notion de droit public et qu'en cela, ils peuvent être définis comme « *un ensemble de facultés et de prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain dont le droit public, notamment constitutionnel, s'attache à imposer à l'Etat le respect et la protection en conformité avec certains textes de portée universelle* ».

233. Le lien doit être fait avec la décision du Conseil constitutionnel considérant que la protection de l'intégrité du corps humain participe à la sauvegarde du principe constitutionnel de dignité de la personne humaine. L'inviolabilité corporelle connaît une certaine protection constitutionnelle- même s'il n'est pas possible de considérer qu'il s'agisse d'un principe constitutionnel- à travers la constitutionnalité « par cliquet »²⁸². Ce faisant, le lien avec les droits de l'homme est établi. La liberté corporelle est protégée au titre des libertés fondamentales et des droits de l'homme. La liberté corporelle est originairement constituée par le fait de n'être ni arrêté, ni détenu. Cependant, la notion s'est affranchie des frontières entre droit public et droit privé puisqu'elle connaît aujourd'hui un contenu élargi.

Il convient à ce propos de citer un passage des conclusions du commissaire du gouvernement, Mme Mireille HEERS, dans deux espèces assez connues sous les noms « *Mme Donyoh et Mme Senanayake* ». Le commissaire du gouvernement explique pourquoi, de son point de vue, lorsqu'on parle de disposition du corps humain, il s'agit bien de liberté corporelle et non de droits subjectifs : « *En effet, la liberté corporelle n'implique pas en France libre et entière disposition de son propre corps. Certes, le principe d'indisponibilité du corps humain connaît des exceptions législatives. Mais comme celui de l'inviolabilité « noli me tangere », il est opposable à l'intéressé lui-même. Issus du droit romain, ils excluent que l'homme dispose pleinement de son corps comme le maître d'un bien. Il y faut une disposition législative expresse (IVG, PMA, dons d'organes...). A défaut, on le sait, les mutilations volontaires sans indication thérapeutique, par exemple, sont illicites. De même, le*

souci d'éviter que l'homme soit tenté de laisser se dégrader sa propre santé est au fondement du principe de gratuité du don d'organes ou de sang ou encore de l'interdiction totale du don dans certains cas. Ces principes sous-tendent ce que l'on appelle « l'ordre public de protection individuelle », qui a pour effet de limiter le champ de la liberté individuelle en protégeant l'intégrité physique de la personne et se traduit par une double exigence : nécessité du consentement de l'intéressé et d'une finalité thérapeutique pour toute intervention susceptible de porter atteinte à cette intégrité. Encore une fois, c'est le respect de l'intégrité physique, fondé sur le principe de droit objectif d'inviolabilité, qui fonde à son tour la nécessité du consentement. Ce n'est pas en France la seule liberté individuelle. Sinon, il serait susceptible de renonciations contractuelles, ce qui n'est pas le cas. Et puisque cela ne semble pas avoir été bien saisi par les requérants, nous redirons que la survie est un droit « objectif » en France au sens où il n'est pas susceptible de droits subjectifs, c'est-à-dire habilitant un titulaire à en définir les contours par le seul jeu de sa liberté individuelle²⁸³ ».

234. L'inviolabilité semble devoir être classée dans la catégorie des libertés civiles pour deux raisons : d'abord parce qu'elle ne confère aucun pouvoir déterminé à l'individu, à l'image des pouvoirs conférés par le droit de propriété par exemple (usus, fructus, abusus) et ensuite parce qu'elle ne peut se réduire à un droit opposable à autrui, puisqu'elle est justement limitée par l'ordre public de protection à travers la nécessité médicale, et est ainsi opposable à la personne elle-même.

Avant d'aller plus en avant s'agissant du caractère d'ordre public que recèle la notion de nécessité médicale, il faut terminer l'analyse de son objet principal qui est de contourner l'interdiction de l'atteinte à l'intégrité du corps humain. On ne peut pas toucher au corps humain sauf dans le cas de la nécessité médicale. L'objectif de la notion est de justifier l'atteinte à l'intégrité du corps pour que celle-ci appartienne au domaine du licite. Ce concept de justification est à étudier. Aussi, il faut s'intéresser à l'objet de la justification ainsi qu'à son mécanisme.

²⁸² Cons. constit. 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, commenté dans « *Les grands arrêts du droit de la santé* », Claudine Bergoignan-Esper, Pierre Sargos, D., éd. 2010.

²⁸³ Mireille Heers, conclusions sur Cour administrative d'appel de Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake, RFDA 1998, p.1231.

§2. *La justification de l'atteinte à l'intégrité corporelle*

235. Pour comprendre le mécanisme de la justification de l'atteinte à l'intégrité corporelle, il faut d'abord s'intéresser à son objet : l'atteinte à l'intégrité corporelle elle-même (A). La signification de « l'atteinte » a été énoncée précédemment. À présent, l'idée de l'atteinte à l'intégrité du corps doit être analysée. Elle doit être analysée au regard des hypothèses qui se présentent lors de l'activité médicale. Quand peut-on affirmer qu'il y a bien atteinte à l'intégrité corporelle. Quels sont les actes concernés ? Une fois cette analyse effectuée, il est possible de se demander si le mécanisme de la justification est un procédé adapté et s'il en est de même dans les droits étrangers (B).

A. L'atteinte à l'intégrité corporelle à l'épreuve des actes médicaux

236. La loi ne dispose pas à propos de l'atteinte au corps humain, mais à propos de l'atteinte à l'intégrité du corps humain. Cette dernière expression est beaucoup plus précise et finalement beaucoup plus vaste dans le domaine qu'elle recoupe. Il faut définir ce qu'est l'intégrité corporelle et l'atteinte à celle-ci (1) pour pouvoir ensuite établir les actes médicaux entrant dans cette catégorie (2).

1°) De l'intégrité corporelle

237. L'atteinte a été définie en amont comme un dommage matériel ou moral. Dans le langage courant actuel, l'atteinte peut revêtir trois sens : d'abord l'action, le fait d'atteindre. Dans le corps de l'article 16-3 du code civil, il s'agit bien de « porter atteinte », donc de l'action. Mais cette idée n'est pas suffisamment éclairante. Le second sens se trouve être le dommage, le préjudice, voire même l'infraction comme dans l'expression l'atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la vie d'une personne. Enfin, le troisième sens courant, se trouve être la douleur physique ou l'effet pénible produit sur quelqu'un par un mal. En vérité, ces trois sens paraissent liés et opportuns dans le cas de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Il s'agit toujours d'une action, qui est potentiellement et souvent qualifiable d'infraction lorsqu'on parle d'intégrité corporelle, et qui peut engendrer, une douleur physique, même si ce caractère n'est pas obligatoire pour constituer une atteinte. Finalement, l'atteinte peut être seulement une de

ces trois définitions (le fait d'atteindre, d'aboutir ou de toucher au but) ou les trois à la fois. L'atteinte doit être conjuguée à l'idée d'intégrité corporelle.

238. L'intégrité est la qualité de ce qui est entier, « *l'état d'une chose qui a toutes ses parties, qui n'a pas subi d'altération* ». Appliquée au corps, l'intégrité désigne un corps qui n'a pas subi d'altération, qui a toutes ses parties, qui est entier. Dès lors l'atteinte à cette intégrité serait de toucher au corps de façon à l'altérer, le modifier, voire à retirer une de ces parties. L'atteinte ne serait que l'action qui aboutit à l'altération de l'intégrité. L'atteinte, signifiant l'action ou le dommage, appliquée à l'intégrité du corps, a pour résultat une altération du corps. L'altération est l'action d'altérer, de changer la nature de quelque chose, ou l'état d'une situation. Altérer veut dire modifier, rendre autre, changer la nature ou changer en mal. Selon le Dictionnaire Historique de la langue française, le mot peut être employé dans les deux sens : modifier la nature de la chose ou modifier en mal la chose.

À la lecture de cette définition de l'altération, il est permis de considérer qu'il y a atteinte à l'intégrité corporelle, dans les deux hypothèses d'altération : lorsque le corps ou une partie du corps est modifié en mal, ou seulement modifié.

Ainsi, le seul fait de modifier, de rendre autre, le corps humain constitue une atteinte à l'intégrité du corps humain, si l'on entend l'atteinte comme une action, comme le fait d'atteindre l'intégrité.

En effet, si l'on retient une autre acception de l'atteinte et que l'on considère l'atteinte comme un dommage, l'altération est alors forcément un changement en mal.

Il ne semble pas que l'esprit du texte de l'article 16-3 du code civil ait été d'employer l'atteinte dans le sens de « dommage matériel ou moral »- en raison notamment de l'emploi de l'expression « porter atteinte à » qui reflète bien l'action-. Cette expression conjuguée à l'intégrité ne peut que signifier « toucher à l'intégrité du corps humain ». Ce qui est sous-entendu dans la formulation visée : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain » est que « l'on ne peut toucher au corps humain » « qu'en cas de... ».

En vérité, la notion de dommage ne peut être contenue dans la formulation du principe général de protection du corps humain. Il n'est pas question ici de dispositions relatives aux règles de responsabilité. Il s'agit du principe général quant à la disposition du corps humain. Plus précisément, il s'agit de savoir quand avons-nous le droit de toucher au corps humain ? Qu'est-il permis, Qu'est-il interdit ?

C'est pourquoi, nous pensons que le retour à la racine des mots « atteinte », « intégrité » et « inviolabilité », qu'est « *tangere* » est primordial pour une juste interprétation du texte. La

racine fait référence au « toucher ». C'est de cela dont il est question. Toucher au corps humain. Sans considération d'un quelconque dommage ou d'un mal. Il est possible de toucher au corps humain sans causer de dommage ou de changement négatif ; l'article 16-3 doit concerner ces hypothèses car sinon, il ne serait pas un principe général et ne concernerait que des hypothèses où il est question de responsabilité. L'article 16-3 doit concerner l'ensemble des hypothèses dans lesquelles l'intégrité du corps humain est concernée.

239. Après avoir défini l'atteinte à l'intégrité du corps humain, il est possible de se demander quels sont les actes, médicaux ou non, susceptibles d'être classés dans le domaine de l'article 16-3 du code civil.

2°) *Des cas d'atteinte à l'intégrité corporelle*

240. À l'évidence, toutes les hypothèses d'opérations chirurgicales constituent les exemples parfaits de l'atteinte à l'intégrité corporelle puisque celles-ci modifient sans conteste le corps humain, ne serait-ce que par l'apparition d'une cicatrice et par l'intervention que le médecin exécute dans le corps. Le fait qu'il retire une partie du corps, ou qu'il la répare est exactement qualifiable d'altération du corps. Il est déjà entrevu qu'il s'agit souvent et qu'il peut s'agir d'une partie du corps, seulement. Modifier une petite partie du corps, c'est modifier le corps. De même, toutes les interventions sur le corps humain, telles que la prise de médicaments, constituent des atteintes à l'intégrité corporelle en ce qu'elles modifient chimiquement la composition du corps humain. Toutes les actions altérant le corps humain, même sans mal, sont des atteintes à son intégrité ; des moyens de l'atteindre, de le toucher.

241. À côté de ces hypothèses, certains cas paraissent moins limpides. Par exemple, le cas de ce qu'il était convenu d'appeler jusqu'au 1^{er} août 2011 : « hospitalisation d'office et à la demande d'un tiers ».

L'hospitalisation d'office a été réformée par une loi du 5 juillet 2011 entrée en vigueur le 1^{er} août 2011. La nouvelle expression consacrée par la réforme est « l'admission en soins psychiatriques », nous rajouterons, sans consentement.

Le chapitre II s'intitule désormais « admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent » à la place d'hospitalisation sur demande d'un tiers. Le chapitre III anciennement nommé « hospitalisation d'office » est remplacé par l'expression « admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat ».

242. La réforme comporte un changement maladroit puisqu'elle remplace systématiquement, dans les dispositions légales, l'expression « hospitalisation d'office » par « l'admission en soins psychiatriques » ou seulement « soins psychiatriques », et ce, souvent sans préciser l'absence de consentement à ces soins. Or, si l'expression « hospitalisation d'office » comportait le sous-entendu évident de l'absence de consentement, l'expression de « soins psychiatriques » ne le contient pas. Il est tout à fait possible de recevoir des soins psychiatriques en y consentant et sans être soumis à ces procédures. Il est regrettable que l'expression retenue par la réforme et présente dans tous les articles légaux ne comporte pas la précision « sans consentement ». Certes, l'article L.3212-1 du code de la santé publique prévoit que la première des conditions à l'ouverture de toutes ces procédures de soins psychiatriques est l'impossibilité de pouvoir donner un consentement. C'est donc un préalable posé par le texte de loi mais qui n'est pas répété par la suite.

243. La question est de savoir si ces mesures administratives, toutes confondues, et peu importe leurs dénominations respectives, constituent ou non des atteintes à l'intégrité physique de la personne ? La première idée serait de dire que ces mesures effectuées sans le consentement de la personne sont de façon inévitable des atteintes à la liberté d'aller et de venir et donc des atteintes à la liberté corporelle. C'est l'idée de l'hospitalisation forcée qui marque d'abord l'esprit. Cette réforme a le mérite d'attirer l'attention sur un point primordial : ce sont les soins qui sont mis en avant désormais, et non plus l'hospitalisation, celle-ci n'étant plus automatique. Cela révèle que dans toutes les mesures d'hospitalisation d'office, au sens large, se retrouvent des mesures de soins. Certes, il s'agit de soins contraints par hypothèse, mais il s'agit quand même de soins. Le soin est aussi par hypothèse, une atteinte à l'intégrité corporelle, puisqu'il modifie toujours le corps humain de la personne. Ainsi, il est permis de considérer que ces mesures, nouvellement dénommées « d'admissions en soins psychiatriques » sont toujours des actes portant atteinte à l'intégrité corporelle et normalement concernés par l'article 16-3 du code civil -entres autres textes bien entendu-.

244. Aussi, il n'est pas étonnant de constater que dans les anciens comme dans les nouveaux textes régissant la matière²⁸⁴, une des conditions exigées est la nécessité médicale. L'expression n'est pas employée comme telle dans les articles de loi. Il est davantage

²⁸⁴ Articles L.3211-1 et suivants du code de la santé publique.

question de certificat ou d'avis médicaux attestant de la nécessité des soins ou de l'hospitalisation. La réforme n'a pas opéré de changement sur les expressions utilisées quant à la condition de « nécessité des soins ».

245. Antérieurement, le critère de l'hospitalisation à la demande d'un tiers²⁸⁵ était que l'état de la personne « *impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* ». On constate que c'est l'acception stricte du mot « nécessité » qui est visée ici puisque le verbe « imposer » reflète le caractère obligatoire de la situation. Dans la nouvelle rédaction, cette expression n'est pas modifiée. Il faut toujours que l'état « mental » de la personne « *impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme mentionnée au 2° de l'article L. 3211-2-1* ».

246. S'agissant de l'hospitalisation d'office, la formule n'a pas véritablement varié, l'article L.3213-1 du code de la santé publique passant de : « *à Paris, le préfet de police et, dans les départements, les représentants de l'Etat prononcent par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié, l'hospitalisation d'office dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* » à :

« *le représentant de l'Etat dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire* ».

Ainsi, l'exigence du caractère nécessaire de l'admission, ou anciennement de l'hospitalisation, est restée la même ; elle a simplement été renforcée.

247. Les principes généraux relatifs aux deux chapitres exigent également cette nécessité. L'article L. 3211-2-2 du code de la santé publique dispose que : « *Lorsqu'une personne est admise en soins psychiatriques en application des chapitres II ou III du présent*

²⁸⁵ Ancien article L.3212-1 du code de la santé publique.

titre, elle fait l'objet d'une période d'observation et de soins initiale sous la forme d'une hospitalisation complète.

« Dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un médecin réalise un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil établit un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission définies aux articles L. 3212-1 ou L. 3213-1. Ce psychiatre ne peut être l'auteur du certificat médical ou d'un des deux certificats médicaux sur la base desquels la décision d'admission a été prononcée.

« Dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un nouveau certificat médical est établi dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa du présent article.

« Lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques, un psychiatre de l'établissement d'accueil propose dans un avis motivé, établi avant l'expiration du délai de soixante-douze heures mentionné au troisième alinéa du présent article, la forme de la prise en charge mentionnée aux 1° et 2° de l'article L. 3211-2-1 et, le cas échéant, le programme de soins ».

248. Le changement de la réforme tient surtout à ce que, dorénavant, la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement, prononçant la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, peut ordonner l'admission en soins psychiatriques de la personne sous condition de justifier d'une nécessité médicale²⁸⁶.

249. Dans la jurisprudence relative aux remises en cause d'hospitalisations d'office, la condition de nécessité médicale est souvent au cœur du débat. Par exemple, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 22 mars 2005²⁸⁷, les juges décident de rejeter le pourvoi invoquant que l'arrêt d'appel a privé sa décision de base légale en ne caractérisant pas la nécessité médicale d'une hospitalisation d'office, et en ne faisant pas apparaître, en particulier, en quoi l'intéressée aurait concrètement présenté les symptômes de la schizophrénie mentionnée par le médecin examinateur. La Cour de cassation retient que la

²⁸⁶ Article 706-135 du code de procédure pénale, disposant que : « lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ».

²⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 22 mars 2005, n° de pourvoi 03-18.960 et n° 03-19.769, formation de section.

Cour d'appel a bien relevé que le certificat du médecin examinateur faisait état des troubles mentaux de l'intéressée, définis par lui comme révélateurs d'une pathologie à type schizophrénique, et décrivait son « refus de la réalité, son agressivité et son refus d'être traitée ». Ainsi, la condition de « nécessité médicale » avait bien été relevée par le médecin et par les conseillers.

250. Au surplus, si la nécessité médicale est une des conditions indispensables à la légalité d'une hospitalisation d'office, elle n'en est pas la seule. Ainsi, la nécessité médicale ne suffit pas à rendre une hospitalisation d'office parfaitement régulière. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 31 mars 2010²⁸⁸, illustre cette hypothèse. Dans cette espèce, les mesures de placement résultaient d'un arrêté de l'adjoint au maire et d'arrêtés du préfet. Ceux-ci sont annulés par le Tribunal administratif. La légalité formelle de la procédure appartient en effet au juge administratif, même après la réforme du 5 juillet 2011. Cependant, le juge judiciaire juge au fond de la nécessité de l'internement et de l'indemnisation d'un éventuel abus²⁸⁹. La demanderesse saisit le juge judiciaire en réparation du préjudice subi du fait de son hospitalisation d'office déclarée illégale. La Cour de cassation retient que des irrégularités ayant entaché les mesures d'hospitalisation d'office, celles-ci doivent donner lieu à indemnisation, malgré la situation de nécessité médicale avérée, car elles constituent des atteintes à la liberté individuelle.

251. L'admission en soins psychiatriques, avec ou sans consentement, est une hypothèse d'atteinte à l'intégrité corporelle car l'admission entraîne toujours des soins affectant l'intégrité du corps humain. En effet, l'admission en elle-même peut ne pas être vue comme une atteinte à l'intégrité corporelle -car elle ne modifie pas le corps en lui-même- mais être vue davantage comme une atteinte à la liberté corporelle ou individuelle, puisqu'il s'agit de contraindre une personne à demeurer à tel endroit. L'admission permet aussi, nécessairement, de la contraindre à se soigner, à prendre des médicaments, entre autres choses.

Finalement, l'admission en soins psychiatriques signifie le commencement d'un traitement, constitutif d'une atteinte à l'intégrité corporelle. Il faut admettre que c'est par extension que l'on peut faire entrer dans la catégorie des actes attentatoires à l'intégrité du

²⁸⁸ Civ 1^{ère}, 31 mars 2010, n° de pourvoi 09-11.803 et arrêt n°343 FS-P+B+R+I.

²⁸⁹ Ce qui n'est pas sans causer de problème vis-à-vis de la trop grande complexité des procédures. V. sur ce point « *La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte* », Xavier Bioy, AJDA 2011, p.174.

corps, les mesures de « soins sans consentement ». Elles le sont indirectement et non par leur nature.

Ce développement permet de constater que l'atteinte à l'intégrité corporelle est une notion qui englobe de nombreuses hypothèses, dont les cas d'admissions en soins psychiatriques, même si la loi prend la peine de préciser de nouveau dans des dispositions spécifiques, la condition de la nécessité médicale. En effet, l'article 16-3 devrait suffire à imposer la nécessité médicale à l'endroit de toutes les atteintes à l'intégrité corporelle.

Après avoir cerné les contours de l'atteinte à l'intégrité corporelle, il est possible de s'intéresser à la justification de ces atteintes en tant que mécanisme juridique.

B. Le mécanisme de la justification

252. On peut qualifier de mécanisme, la justification opérée par l'article 16-3 du code civil, dans le sens où elle est un « *mode de fonctionnement de quelque chose qui est comparé à une machine* ». La justification organisée par l'article 16-3 du code civil est comparable à une machine qui permet de transvaser un acte illicite dans la catégorie des actes licites. Cette justification est aussi assimilable à une équation mathématique.

Imaginons une hypothèse : X ou la matière première serait l'atteinte au corps, ou plus précisément l'atteinte à l'intégrité corporelle (l'acte). Y serait le critère de la nécessité médicale ou l'outil permettant de travailler et de modifier la matière première. Et le résultat, soit Z, le produit fini, serait la licéité de l'acte. Ainsi, $X + Y = Z$. En d'autres termes, ouvrir un tissu de peau ou injecter un produit par le biais d'une piqûre (X, l'atteinte à l'intégrité du corps humain) dans le cadre d'une situation de « nécessité médicale » (soit Y, la condition-outil) a pour résultat une situation licite organisée par l'article 16-3 du code civil (Z). C'est le mécanisme de la justification créée par l'article 16-3 susvisé.

Une autre définition du mécanisme peut être l'« *enchaînement des opérations propres à une fonction, processus* ». La fonction est de justifier, de rendre licite un acte normalement illicite.

253. Par ailleurs, si l'on s'intéresse à l'étymologie des mots « justifier » et justification », on s'aperçoit que ceux-ci sont issus²⁹⁰ du latin chrétien « *justificare* » signifiant « traiter avec justice, déclarer quelqu'un juste », et dérivé de « *justus* » (juste) au moyen de « *ficare* » (faire). Le verbe « justifier » signifie, à l'origine, « disculper quelqu'un en justice ». En moyen français, il est employé hors du contexte juridique pour « prouver, établir un fait »²⁹¹ et s'étend à « prouver le bien-fondé d'une opinion, d'un jugement », c'est-à-dire « justifier de ». Toujours d'après les historiens de la langue française, ce mot comporte parfois la nuance de « confirmer après coup », par laquelle il se sépare de « légitimer ». Ce verbe possède également un ancien sens technique qui est « vérifier une mesure ». Ainsi, le verbe s'est spécialisé en typographie pour signifier « aligner selon une règle ». L'évolution du mot « justifier » et donc celle du mot « justification » est intimement liée à l'évolution du mot « justice ». Le vocable « justification » comporte effectivement une idée de justice.

254. De même, le sens actuel du mot justifier se trouve être « mettre hors de cause, prouver l'innocence de » ou encore « faire admettre quelque chose, en établir le bien-fondé, la nécessité »²⁹². Ainsi, l'article 16-3 constituerait un mécanisme permettant de faire admettre la nécessité de l'atteinte à l'intégrité corporelle en invoquant, la « nécessité médicale ». Le rapprochement sémantique des concepts, voire la similarité, amène à penser que le législateur s'est simplement répété ou alors à justifier une atteinte « en la justifiant » « médicalement ». Encore une preuve de l'importance du terme « médical ». Le mécanisme consiste à considérer que : devant une « atteinte » au corps, par hypothèse « injuste », le législateur cherche à la « rendre juste », donc à la « justifier ». Pour cela, il fait appel à une notion proche du concept de justification : « la nécessité ». Ce faisant, cela revient à dire, dans le corps des principes généraux écrits dans le code civil, qu'est justifiée une atteinte injuste puisqu'elle est justifiée.

Ces considérations révèlent la différence entre le « juste » et le « justifié ». Peut être qualifié de juste un ensemble de choses sans que cela ne relève de l'intervention de l'homme tandis qu'est « justifié » un ensemble de choses par détermination de l'homme qui les a rendues justes ou a prouvé qu'elles étaient justes.

Cette façon de légiférer, relativement à des principes généraux, est-elle opportune et commune à d'autres systèmes juridiques ?

²⁹⁰ V. « *Dictionnaire historique de la langue française* », op.cit., qui situe vers 1120 l'apparition du mot justifier.

²⁹¹ Cette forme est attestée vers 1368 d'après le « *Dictionnaire historique de la langue française* », op.cit.

²⁹² V. « *Dictionnaire petit Larousse illustré* », éd. 2005.

1°) L'existence du mécanisme de la justification dans les droits étrangers

255. Ce mécanisme est-il retenu dans les systèmes juridiques étrangers ? Au Québec, le code civil²⁹³ est composé d'un livre 1, consacré aux personnes, lui-même divisé en un titre 1 relatif à la jouissance et à l'exercice des droits civils et un titre 2, relatif à certains droits de la personnalité. Le chapitre 1 intitulé « de l'intégrité corporelle » prévoit que « *toute personne est inviolable et a droit à son intégrité* ». L'alinéa 2 dispose : « *Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé* ». La différence notable est que l'on ne parle pas de « corps » humain mais de personne ou d'intégrité « corporelle ». On constate qu'aucune condition objective n'est prévue par la loi pour porter atteinte à l'inviolabilité exposée à l'article 10 sus énoncé. Il n'y a pas de critère de nécessité médicale ou autre fait justificatif que la loi énoncerait. Seul le consentement est pris en compte pour pouvoir porter atteinte à l'inviolabilité de la personne.

Faut-il y voir une explication au fait que la loi dispose au sujet de la personne et non au sujet du corps ? En édictant des règles relatives à la personne, le législateur fait appel tant à l'esprit qu'au corps de la personne, dans son unité²⁹⁴. Il faut y voir la raison pour laquelle seule la volonté est prise en considération : c'est la personne qui est protégée par la loi, personne douée de raison et de conscience, et non le corps, au contraire du code civil français. La référence au corps y est davantage apparentée à une dimension objective, dénuée de « personnalisation » et se prête donc à l'organisation de règles d'ordre public.

La deuxième remarque que l'on peut faire est que le fait justificatif, qui n'en est pas vraiment un, est un renvoi à la loi. En effet, l'expression « sauf dans les cas prévus par la loi » renvoie à la permission de la loi, solution qui avait été écartée par le législateur français. Ainsi, les dérogations à l'exigence du consentement sont possibles, à condition qu'elles soient prévues par la loi.

L'article 11 poursuit : « *Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, qu'elle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'exams, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention* ». Ainsi, hormis le consentement, le code civil québécois n'érige aucun autre principe général faisant office de condition pour porter atteinte à l'intégrité de la personne et donc par voie de conséquence à l'intégrité du corps humain.

²⁹³ Code civil du Québec, éd. Yvon Blais, Brisson et Kasirer, 2005-2006, 13^{ième} édition.

²⁹⁴ Cf *supra*, « *Le concept de personne humaine en droit public-Recherches sur le domaine des droits fondamentaux* », Xavier Bioy, Thèse de doctorat, Toulouse, 2001.

256. L'étude du droit espagnol amène, semble-t-il, à la même conclusion. Dans la partie du code civil espagnol consacrée aux personnes, il n'est question que de nationalité, de capacité et de droit de la famille. Tant le corps humain que l'intégrité corporelle de la personne humaine, ne sont pas régis par ces dispositions. Dans la constitution espagnole, c'est l'intégrité physique qui est protégée à travers l'article 15²⁹⁵. Selon la traduction approximative de cet article, « *chacun de nous a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans que, en aucun cas, nous ne puissions être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements dégradants ou inhumains* ». On ne trouve pas de critère selon lequel on pourrait, à titre dérogatoire, porter atteinte à cette intégrité physique. La constitution fait également référence à la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948²⁹⁶. Toutefois, celle-ci ne comporte pas non plus de critère justificatif permettant une atteinte au corps humain.

Il faut chercher dans des textes spéciaux. À la lecture de la loi relative aux droits des patients, du 14 novembre 2002²⁹⁷, on constate que le législateur espagnol a fondé tout le système de protection du patient sur le respect de l'autonomie de la volonté et sur le consentement de celui-ci. Tant dans le chapitre un relatif aux principes généraux que dans le chapitre quatre relatif au respect de l'autonomie du patient, il est rappelé l'obligation du respect du consentement du patient, du recueil et de la forme du recueil de celui-ci²⁹⁸. L'article 9 de la loi, relatif aux limites du consentement éclairé et au consentement avec représentation, dispose selon une traduction personnelle que : « *Los médicos pueden*

²⁹⁵ L'article 15 de la constitution espagnole, inséré dans la section relative aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, dispose que: « *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.* »

²⁹⁶ Déclaration adoptée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations Unies, composée alors de 58 Etats membres, et réunie à Paris au Palais Chaillot, résolution 217 A III. L'article 10 de la constitution espagnole y fait référence en disposant que les normes relatives aux droits fondamentaux que la constitution reconnaît s'interprètent en conformité avec cette déclaration : « *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.* »

²⁹⁷ « *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* » (BOE núm. 274, de 15-11-2002, pp. 40126-40132).

²⁹⁸ Les deux premiers alinéas de l'article 8 de la loi sus visée énonce : « *Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.* »

effectuer des interventions cliniques nécessaires à la santé du patient, sans leur consentement dans les cas suivants :

- *Quand il y a un risque pour la santé publique du fait de raisons sanitaires établies par la loi (...)*

- *Quand il ya un risque immédiat et grave pour l'intégrité physique ou mentale du patient et qu'il n'est pas possible de recueillir son autorisation (...) ».*

La condition de nécessité apparaît seulement dans les cas exceptionnels dans lesquels le médecin peut se passer du consentement du patient. La condition de nécessité médicale ne semble pas être formellement formulée. Il n'est pas permis de considérer qu'elle existe en tant que mécanisme juridique, à l'instar du droit français. Il s'agirait donc, selon ces quelques éléments de droits étrangers, d'une spécificité française.

2°) L'histoire du mécanisme de la justification en droit français

257. De tout temps, les textes d'incriminations visant les infractions volontaires et involontaires contre la personne humaine ont été, et ce malgré les modifications des textes, applicables aux gestes et actes médicaux portant atteinte à l'intégrité du corps humain. Les incriminations possibles sont nombreuses. Dans le code pénal, elles trouvent leur place au sein des « atteintes à la personne humaine » (titre 2 du livre 1). Il s'agit plus précisément du chapitre 2 s'intitulant « des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ». Les incriminations involontaires sont celles par exemple de l'homicide involontaire quand le malade décède des suites de l'intervention médicale. Les incriminations volontaires applicables peuvent relever de l'assassinat ou du meurtre, des violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner²⁹⁹ jusqu'aux violences volontaires « simples »³⁰⁰, sans oublier les contraventions volontaires ou l'empoisonnement et l'administration de substances nuisibles, infractions spécifiques. On pourrait aussi penser aux actes de torture et de barbarie réprimés par les articles 222-1 à 222-6-3 du code pénal.

La durée de l'incapacité totale de travail suivant des violences et le caractère permanent d'une mutilation ou d'une infirmité, constituent désormais les critères permettant de classer les infractions d'atteinte à l'intégrité physique des personnes et d'en déterminer les peines applicables (articles 222-1 à 222-14-1 du code pénal).

²⁹⁹ Article 222-7 du code pénal.

³⁰⁰ Nous entendons par violences « simples », les violences commises sans circonstances aggravantes et entraînant une durée d'incapacité totale de travail inférieure à 8 jours.

Bien avant 1994 et de tout temps, l'exercice de l'art médical impliquait la commission d'atteintes à l'intégrité du corps humain. Ainsi, comment les incriminations pénales pouvaient-elles coexister avec l'activité des médecins, sans que ceux-ci ne soient poursuivis à chacun de leurs actes ?

M. Bruno PY³⁰¹ a fort bien développé cette problématique, dans sa thèse de doctorat intitulée « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* ». Il y écrit que la première idée pour expliquer cette situation était de voir pour l'exercice de l'art médical, une sorte d'impunité. Il récuse fermement cette idée, tant d'un point de vue historique que d'un point de vue didactique, par la réponse aux arguments avancés par les partisans de cette thèse.

À l'étude des incriminations, M. PY s'interroge : « *On devrait en déduire que tous les auteurs d'actes chirurgicaux sont a priori des délinquants* ». Et pourtant, il part du constat selon lequel : « *l'immense majorité des actes médicaux ne sont pas considérés par la doctrine, ni par la jurisprudence, comme des actes infractionnels punissables, bien qu'aucun texte législatif ou réglementaire n'ait jamais expressément écarté l'activité médicale du champ d'application du code pénal. Pourquoi un chirurgien qui pratique des interventions n'est-il pas poursuivi pour coups et blessures volontaires ? À aucun endroit de la loi on ne trouve le fondement explicite d'une justification. Pourtant aucune personne sensée ne considérera cela comme un acte répréhensible*³⁰² ».

258. La thèse exposée par l'auteur répond au constat de ce paradoxe. Il y a deux solutions possibles : soit les actes médicaux ne remplissent pas les conditions de constitution des infractions sus énoncées, et dans ce cas, les actes ne peuvent être qualifiés d'infraction, soit il existe un fait justificatif, légitimant, a posteriori, un acte qui est objectivement infractionnel. L'auteur examine les deux thèses et conclut à l'exclusion de la première. En effet, tant l'élément matériel de l'acte que l'élément intentionnel sont réunis³⁰³. L'auteur développe un grand nombre d'exemples d'actes médicaux illustrant leur appartenance à la catégorie des actes attentatoires à l'intégrité de la personne, tant au sein des actes chirurgicaux que des actes de prévention et de diagnostic : « *La simple prise de sang, le prélèvement de moelle osseuse, la ponction lombaire, peuvent, sans dénaturation des textes, entrer dans les*

³⁰¹ Bruno Py, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », thèse de doctorat, Université de Nancy II, 1993.

³⁰² Patrick ARNOU, « L'immunité pénale du médecin. Fondements et limites », (titre néerlandais : *De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondlag en grenzen*, traduction de Michel Goulmy), Jura Falconis, 1979-1980, p. 431.

³⁰³ V. « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », op.cit., p. 16.

prévisions du code pénal, au titre des violences volontaires. » Concernant la composante intellectuelle, l'auteur retient qu'elle peut se réduire au dol général, c'est-à-dire à la connaissance, la conscience d'accomplir matériellement ce qui est prohibé par la loi et la volonté d'agir tout de même. « *Peu importe les mobiles altruistes, cette intention se caractérise en principe par la volonté de causer des blessures, volonté concomitante à l'acte* ». M. PY ajoute enfin que la jurisprudence reconnaît qu'il n'est pas nécessaire de vouloir le dommage qui résulte de l'acte de violence, il suffit de vouloir commettre l'acte générateur du dommage. Il suffit d'avoir conscience de commettre une violence à l'égard d'autrui. Le souhait du médecin d'apporter un bienfait à la personne ne peut être pris en compte dans la démarche de qualification d'un acte en infraction. « *L'infraction est une attitude non pas d'immoralité subjective, mais d'antisocialité objective*³⁰⁴ ». Pour l'auteur, l'intention de nuire est une condition surabondante car elle correspond au dol spécial et non à l'infraction de violences volontaires qui nécessite seulement un dol général³⁰⁵.

Ainsi, la seconde thèse s'impose selon le raisonnement de M. PY. Une justification doit exister pour pouvoir expliquer l'absence d'une systématique responsabilité pénale des médecins. La loi du 29 juillet 1994 a conforté pleinement cette explication en créant l'article 16-3 du code civil. Les justifications telles que les causes subjectives d'irresponsabilité pénale (démence, minorité, contrainte, erreur de droit) sont rapidement écartées par l'auteur, devant l'évidence de leur caractère inapproprié.

Seule une cause objective d'irresponsabilité pouvait expliquer le paradoxe. Il s'agit du fait justificatif. M. PY rappelle que le propre du fait justificatif est de rendre licite un acte illégal. L'acte licite pouvant être défini comme l'acte permis par un texte juridique ou conforme à l'ordonnancement juridique³⁰⁶.

259. Le mécanisme est donc de rendre licite un acte illégal et non de le rendre légal. En effet, la nuance est à souligner. Le fait justificatif ne rend pas l'acte infractionnel « légal »,

³⁰⁴ Yves Mayaud, « *Ratio legis et incrimination* », R.S.C., 1983, n°25, p.611. Il poursuit : « *Par l'incrimination, le législateur détermine de façon générale et impersonnelle le cadre de référence des bonnes et mauvaises conduites : il édicte un code de morale et de discipline sociale dont le contenu ne saurait être fonction de circonstances tenant à la personne de ceux qui y sont soumis* ».

³⁰⁵ En matière de violences volontaires, le code pénal ne réclame pas la présence d'une volonté particulière de la part du délinquant, comme cela est le cas pour d'autres infractions, telle que le meurtre par exemple (intention de tuer, *animus necandi*).

³⁰⁶ V. Légitime, in « *Vocabulaire juridique* », Gérard Cornu, précité. Pour sa part, André Vitu définit l'illicéité comme : « *la transgression, manifestée par l'un des agissements définis par une disposition législative ou réglementaire, de la norme de civilité, envisagée à travers l'un ou l'autre des biens juridiques que les pouvoirs publics ont retenus comme dignes de la protection pénale* », in « *De l'illicéité en droit criminel français* », Journées de la société de législation comparée, R.I.D.C. 1984, p.135 et p.140.

c'est-à-dire conforme à la loi. André VITU écrit à ce propos : « *Un acte objectivement contraire à la loi pénale n'est pas toujours répréhensible. Il arrive que, pour des raisons variées, son caractère illicite disparaisse et qu'il échappe à toute condamnation. Cette situation se produit surtout quand se manifeste un fait justificatif. (...) Quand se manifeste un fait justificatif, la norme de civilité demeure intacte, car la loi continue d'interdire, de façon générale, les comportements qui portent atteinte à cette norme. Mais l'acte accompli par la personne qui obéit à l'ordre ou à la permission de la loi (...) ne franchit nullement, en dépit des apparences, ce seuil de tolérance sociale en delà duquel le législateur estime nécessaire le prononcé d'une peine*³⁰⁷ ».

260. Dans la doctrine pénaliste, l'idée de la justification est toujours qu'une raison extérieure au délinquant rend conforme au droit, et donc impunissable pénalement, un acte objectivement infractionnel. La doctrine peut employer à propos de ce mécanisme les termes « neutralisation », « obstacle à la qualification », « exonération », etc. Le caractère éminemment dérogatoire du fait justificatif est également mis en avant dans la doctrine. Cette idée correspond parfaitement à la notion de nécessité qui connaît en droit, ce même caractère : la nécessité sert toujours à déroger à la règle.

Le caractère extérieur au délinquant est ici au cœur du sujet. En effet, si l'adjectif « thérapeutique » permettait de construire une notion ne dépendant pas, par définition, de l'appréciation du corps médical, le terme « médical », lui, impose de douter du caractère extérieur. En effet, ainsi qu'il a été étudié précédemment, l'adjectif médical renvoie directement à l'appréciation des médecins, ou à la médecine, ce qui revient sensiblement au même (la médecine présentant une dimension plus objective, mais résultant, inévitablement, de l'activité des médecins eux-mêmes).

Ainsi, il est permis de douter du caractère extérieur de la notion de nécessité médicale. Le fait justificatif se veut être un fait objectif. La permission de la loi peut être considérée en effet, comme un mécanisme débouchant sur des situations relativement objectives. Ce sont les circonstances de la commission de l'acte qui rendent un acte illégal licite. Ce sont des situations de fait. De même, l'état de nécessité formulé par l'article 122-7 du code pénal est une cause objective de non-responsabilité pénale³⁰⁸.

³⁰⁷ André Vitu, « *De l'illicéité en droit criminel français* », précité, p.142.

³⁰⁸ V. *supra* n° 77.

261. L'interrogation a été formulée en amont sur le point de savoir si la nécessité médicale telle que prévue dans l'article 16-3 du code civil, appartenait à la catégorie de la permission de la loi ou de l'état de nécessité.

Ce sont les articles 122-4 et 122-7 du code pénal qui sont donc concernés. Le premier dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Le second prévoit que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

Comme il a déjà été évoqué³⁰⁹, il y aurait des obstacles à retenir que la nécessité médicale est un état de nécessité au sens de l'article 122-7 du code pénal. D'abord, la responsabilité civile demeurerait même si l'état de nécessité était retenu par les juges. Ensuite, la faute antérieure de l'auteur de l'acte nécessaire empêcherait le jeu de l'état de nécessité. Enfin, de nombreuses décisions ont imposé une absence de moyens alternatifs à la commission de l'acte nécessaire. Ces éléments sont rappelés pour expliquer que ces obstacles ne sont pas insurmontables car jurisprudentiels et non légaux, à l'exception du dernier.

En revanche, si l'on retient la permission de la loi, le seul obstacle tiendrait au fait de savoir si le droit civil est légitime à créer une autorisation permettant de déroger aux dispositions de nature pénale. Les auteurs³¹⁰ et la jurisprudence semblent répondre par l'affirmative. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà considéré que la permission de la loi ou de la coutume justifiait dans de nombreuses hypothèses des infractions commises sur des victimes consentantes, l'impunité des auteurs tenant au jeu du fait justificatif de l'article 122-4 du code pénal et non au consentement des victimes, inopérant³¹¹. Ainsi, la permission de la loi semble être la catégorie de fait justificatif à laquelle il faut rattacher l'article 16-3 du code civil. En outre, considérant que certains auteurs rangent l'état de nécessité dans les permissions de la loi, le débat a peu d'incidences quant à la notion de nécessité médicale. Ainsi, que l'on classe les dispositions de l'article 16-3 du code civil dans les permissions de la loi ou dans les exemples d'état de nécessité, le fait est qu'il s'agit, dans les deux cas, de causes objectives de non-responsabilité.

³⁰⁹ V. *supra* n° 77, 78 et suivants.

³¹⁰ V. *supra* n° 77.

³¹¹ Crim., 9 novembre 1961, JCP 1962, II, 12777, note R. Savatier ; Crim., 30 mai 1991, Bull. crim., n°232.

Il n'est donc pas certain que la nécessité médicale, qualifiable de notion subjective, soit à la hauteur des caractères des causes objectives de non-responsabilité.

262. La justification posée par le code civil français est, en définitive, d'apparition très récente au regard de l'activité médicale puisqu'elle date de 1994. M. PY démontre, qu'à défaut de trouver une justification de principe explicitement formulée, dans le droit en vigueur en 1993, il fallait considérer que la permission légale de principe était implicite (organisation de la profession par la loi, entre autres) tandis que les dérogations à celle-ci étaient des permissions expresses (avortement, utilisation des produits et éléments du corps, expérimentation, etc.).

Au fil des développements, M. PY explique que le fondement du concept de fait justificatif est l'idée que la société reconnaît que certaines infractions sont socialement utiles. L'acte perd alors sa dimension antisociale.

Parallèlement aux origines et aux motivations du concept de fait justificatif, la méthode doit consister en l'analyse des conséquences de l'existence de celui-ci, au regard du statut du corps humain.

3°) La protection et le statut du corps humain à l'épreuve de la justification

263. Certains ont écrit que le droit, en s'intéressant et en régissant le corps lui-même, et non la personne, avait éloigné les deux notions, affaiblissant ainsi la protection du corps. En d'autres termes, contrairement à l'objectif affiché par la loi du 29 juillet 1994, qui tenait à la protection du corps humain, cette dernière aurait fragilisé la protection, en dissociant l'unité qui existe ou existait entre les concepts de corps et de personne.

264. Pour M. Xavier BIOY, c'est le régime légal des éléments issus du corps qui achève d'éloigner la notion de personne de la notion de corps. Dans sa thèse de doctorat consacrée au concept de personne humaine en droit public, M. BIOY explique clairement cette idée en écrivant que « *l'évolution du droit provoquée par les nécessités de la médecine a posé les jalons d'un statut propre du corps qui confirme son autonomie par rapport à la personne juridique tout en situant précisément la personnalité du corps dans le concept de personne humaine* ». Il poursuit : « *Si le corps se rattache juridiquement à la personne humaine, il faut y voir le souci d'unité, lui-même lié aux besoins de la personne. Cette logique*

trouve sa limite dans les degrés du détachement physique d'éléments corporels dont la personne se défait. Ainsi, le régime des produits et des organes atteste d'une perte d'influence de l'unité personnelle qui, a contrario, délimite les effets normatifs de l'unité personnelle sur l'intégrité du corps ».

265. Selon l'auteur, la doctrine, dans son ensemble, considère que les lois bioéthiques ont débuté un « mouvement d'autonomisation des normes relatives au corps ». M. BIOY cite ainsi Mme GIUDICELLI-DELAGE qui écrit à ce propos que : « On a beau dire que les lois bioéthiques ont proclamé la primauté de la personne, la dissociation formelle donne au biologique une place à part qui, loin de tenir sous le boisseau, lui donne une identité propre. Si le corps est la personne, le biologique s'y fond et se soumet aux règles du droit des personnes. Si le corps n'est pas la personne, le biologique refait surface et peut revendiquer des règles autonomes³¹² ». Ainsi, elle semble déduire de l'existence de règles spécifiques appliquées au corps que les deux concepts de corps et de personne sont désormais dissociés. M. BIOY estime, pour sa part, que les deux notions ne sauraient être confondues. Selon lui, le corps ne saurait être la personne juridique car tous deux se situent sur des plans conceptuels différents. C'est pourquoi il considère que le corps perd en protection en se dissociant de la personne. « Le corps dont le régime se sépare peu à peu de celui de la personne (...) se dote de principes autonomes (...) dont la qualité de protection paraît en deçà de celle que sa liaison avec la personnalité lui assurait ».

266. Une synthèse est donnée par Mme Dominique MANAIÏ, qui écrit déjà en 1996, que : « l'évolution scientifique nous contraint à constater que le corps se distingue de plus en plus de la personne. Aussi les progrès de la médecine, de la chirurgie et des biotechnologies bouleversent-ils les concepts juridiques traditionnels et poussent les juristes à reconnaître l'existence du corps humain en tant que tel. Car il n'est plus soutenable que le corps s'identifie à la personne alors qu'on manipule la procréation et la mort, alors que l'on dispose des organes humains, alors que le corps risque de devenir un matériau biologique³¹³ ».

³¹² « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », Geneviève Giudicelli-Delage, RSC, 1996, p. 26.

³¹³ « La personne et son corps : de la symbiose à la dissociation », Dominique Manaiï, in *Personne, société, nature. La titularité de droits, du rationalisme juridique du XVIIIème siècle à l'école moderne*, sous la direction de Bruno Schmidlin, éd. universitaires de Fribourg, 1996, p. 29.

À vrai dire, il est permis de penser que l'auteur désigne ici, les éléments détachables du corps humain et non le corps lui-même. Quelques doutes sont émis, en outre, sur le fait que l'on manipule la procréation et la mort. La procréation résulte toujours des mêmes processus biologiques. Elle nécessite de façon inchangée, la rencontre de deux gamètes, un utérus et une grossesse. La seule manipulation résulte dans le fait d'inséminer dans le corps d'une femme un gamète qui n'est pas le sien. Le reste n'est qu'une imitation de ce qui s'est toujours fait naturellement. De même, il semble que la manipulation de la mort relève de l'euthanasie.

267. Même si les extraits cités emportent aisément la conviction, un ajout doit être fait. Considérer que les lois de bioéthique, lorsqu'elles traitent du corps humain, ne traitent que du corps et évincent la notion de personne est peut-être à nuancer. Lorsque l'article 16-3 du code civil dispose qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain que dans certaines hypothèses précises, on peut considérer qu'il vise la personne. Lorsque l'article 16-1 dispose que le corps humain est inviolable, il sous-entend que la personne est inviolable mais que pour assurer cette inviolabilité, on doit préciser que le corps est inviolable. Viser le corps dans les textes de loi peut être compris comme plus précis que de viser la personne, la personne « incluant » nécessairement le corps.

Disposer que « la personne est inviolable » semble être une déclaration d'un domaine plus étendu que de disposer que « le corps est inviolable » ; il faudrait en effet protéger plus que le corps pour assurer l'inviolabilité de la personne (l'honneur, l'image, etc.).

Ainsi, protéger le corps revient à protéger une composante de la « personne ». Pourquoi s'imposer de couper le corps de son lien indissociable avec la personne ? La théorie juridique semble aller au-delà. M. BIOY semble d'accord avec l'idée selon laquelle une unité entre corps et personne est inévitable dans le discours juridique. Tout comme Mme Stéphanie HENETTE-VAUCHEZ qui écrit : « *Il s'agit à présent de déterminer l'influence des ces représentations dualistes du corps et de la personne sur le discours juridique. Une des premières traces de cette influence réside dans l'autonomisation progressive du corps par rapport à la personne, qui débouche notamment sur le fait qu'il devient une catégorie juridique à part entière. Pour autant, cette autonomisation catégorielle, de structure, n'empêche pas la pérennité principielle, fondamentale, de l'assertion selon laquelle le corps et la personne sont indissociés ».*

La preuve de cette indissociation est que tant les dispositions civiles que pénales relatives au corps humain sont toujours insérées à l'intérieur de chapitre ou de livre relatif à la

personne. Dans le code civil, il s'agit du livre premier intitulé « des personnes ». Dans le code pénal, il s'agit du livre deuxième intitulé « des crimes et délits contre les personnes ».

D'ailleurs, M. BIOY ne s'y trompe pas puisqu'il considère que le recours à la notion de personne humaine s'explique notamment par la difficulté que le droit connaît à protéger le lien existant entre corps et personne. Il écrit : « *Le système juridique recherche dans le concept de personne cette unité du sujet menacée par les pratiques biomédicales qui tendent à séparer esprit et corps, à les traiter séparément, l'un indépendamment de l'autre* ».

Ainsi, ce sont bien les pratiques médicales qui tendent à séparer le corps et la personne, non les textes de loi eux-mêmes, qui dans la pire des hypothèses, ne font que suivre la tendance de la pratique médicale.

M. BIOY conclut à la même idée, selon laquelle le concept de personne humaine englobe le corps humain, et en cela lui apporte une protection, lorsqu'il écrit : « *Le concept de personne humaine juridique assure désormais l'unité de ces deux éléments de nature juridiquement très différentes : la personne et le corps. La présence de ce concept amène la condition nécessaire pour « penser le corps », en droit, non plus comme un objet de droits, ou comme lié artificiellement à la personne juridique, mais comme élément intrinsèque du sujet, non plus seulement comme support ou condition de la volonté, mais comme « essence » ou si l'on préfère principe logique même du sujet de droit* ».

268. Le droit à la protection de l'intégrité corporelle, classiquement présenté comme un droit subjectif, incarne davantage, selon le raisonnement qui a été développé précédemment, la manifestation de la liberté d'une personne. Cette liberté fondamentale qu'est la liberté corporelle est confrontée au mur de l'ordre public, incarné par la notion de nécessité médicale, limite, supposée infranchissable, au jeu de la libre volonté des individus. Rappelons l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont les termes perpétuels sont : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ». La loi est entendue ici pour sa majeure partie comme la loi posant l'ordre public. Ainsi, par exemple, l'article 10 de la même déclaration proclame, au sujet de la liberté d'expression que : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ». L'ordre public incarne la première limitation juridique au jeu des libertés individuelles.

Section 2 : La nécessité médicale, notion phare de l'ordre public corporel

269. M. BIOY explique dans sa thèse de doctorat³¹⁴ que la protection du lien entre le corps et la personne fait l'objet d'un mode d'approche objectif rassemblant plusieurs dispositifs de protection de l'intégrité corporelle, indépendamment du bon vouloir de chacun. Selon lui, ces éléments, relevant du droit pénal pour l'essentiel, mais aussi du droit administratif de santé publique, reposent sur une conception, familière au droit public, d'un ordre social garant de l'intégrité du corps comme « minimum incompressible » du lien politique, à lier à la question de la sûreté personnelle. Il désigne ici la notion d'ordre public.

Cet auteur précise qu' « *un ensemble de protection pouvant être qualifiées d'objectives, dans la mesure où leur mise en œuvre et leur application ne dépendent en principe pas de la volonté individuelle, réalise [le lien unissant la personnalité juridique et le corps]. Le plus souvent d'ordre public (élément central d'un ordre public de la personne qui fera l'objet de développements ultérieurs), ces normes protègent l'intégrité corporelle contre des atteintes pouvant blesser, mutiler, ou priver de ses fonctions le corps d'un individu. L'intégrité corporelle se voit parfois protégée pour elle-même comme valeur sociale autonome (...), parfois instrumentalement pour éviter l'atteinte à l'autonomie de la volonté ou, selon les termes du code pénal « l'intégrité psychique », comme rempart de celle-ci, le corps étant l'accès matériel à la volonté³¹⁵ ».*

270. Il résulte de ces développements que l'inviolabilité du corps humain et la protection de l'intégrité de celui-ci doivent davantage être définis comme des libertés que comme des droits subjectifs. Les écrits de Mme Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ³¹⁶ confortent cette idée. On peut lire sous sa plume, à propos du *corpus*³¹⁷ juridique intéressant le corps humain : « *Bien plus qu'ils ne créent de droits, ces textes posent des principes*

³¹⁴ Xavier Bioy, « *Le concept de personne humaine en droit public, recherches sur le sujet des droits fondamentaux* », thèse, op.cit.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* », Stéphanie Hennette-Vauchez, préface d'Etienne Picard, texte remanié de thèse de doctorat, éd. L'Harmattan, collection logiques juridiques, 2004.

³¹⁷ Le terme *corpus* désigne pour l'auteur l'ensemble des interventions du législateur tant dans des domaines spécifiques (loi du 17 janvier 1975 relative à la dépenalisation de l'avortement, lois du 22 décembre 1976 et du 29 juillet 1994 sur les prélèvements d'organes, loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à l'expérimentation...) que dans un domaine général (loi n°94-653 du 29 juillet 1994).

impératifs qui prennent souvent en effet la forme d'interdictions, ou encore instaurent des mécanismes d'autorisation préalable à certains usages médicaux du corps. Cet angle d'analyse est tout particulièrement intéressant au regard de l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs de la personne sur son corps seraient l'expression d'une liberté corporelle. En effet, l'idée juridique de liberté est intrinsèquement liée à celle de sa nécessaire limitation. À ce titre, elle semble pouvoir, mieux que la notion de droits subjectifs, rendre compte de la réalité juridique des pouvoirs de la personne sur son corps ».

271. Dans les textes juridiques, on ne limite pas un droit mais on limite une liberté, par définition.

272. Cette conclusion amène à penser que la justification de l'atteinte à la liberté, qu'est l'inviolabilité, est une limite à la liberté individuelle de disposer de son corps. Poser dans la loi la possibilité d'une atteinte à la liberté de protéger l'intégrité de son corps constitue nécessairement une limite aux pouvoirs de la personne. Cette possibilité prend la forme d'une justification. La justification est composée d'abord de la nécessité médicale ; mais elle est ensuite complétée par l'exigence de consentement. Le consentement fait figure de condition supplémentaire sans être une véritable justification. Ainsi, la nécessité médicale est la seule exigence extérieure au sujet de droit qui limite son pouvoir sur son corps. Elle est la seule exigence qui ne dépend pas de son bon vouloir mais qui est, au contraire, un critère posé par l'Etat et le législateur. La nécessité médicale est la seule limite à la volonté de l'individu, s'agissant de la disposition de son corps. En cela, elle constitue une notion d'ordre public, puisqu'elle cherche à protéger l'individu de lui-même, parfois contre son gré. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer que, dans le cas contraire, le législateur aurait seulement imposé la condition du recueil du consentement pour rendre légales les atteintes au corps humain. Autrement dit, la nécessité médicale participe clairement à la manifestation de l'ordre public de protection ou ordre public corporel. Elle fait partie des interventions ou plutôt des intrusions que l'Etat et le législateur se permettent de réaliser, dans une optique de protection des individus. La motivation réside également dans la protection de valeurs fondamentales et dans la protection de la conception de l'être humain et donc de sa dignité. La nécessité médicale a donc aussi pour motivation originelle de participer à la dignité de l'être humain, dans son rapport au corps. En effet, la promotion de la dignité passe souvent par des considérations relatives au corps humain.

273. Avant de développer l'étude de la nécessité médicale en tant que notion participant à l'ordre public corporel, il est nécessaire de présenter préalablement un rappel de ce que constitue la notion originelle d'ordre public.

§1. *La délicate définition de l'ordre public*

274. Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il est très difficile, voire périlleux, de chercher à établir une définition de l'ordre public, principalement car cela reviendrait à limiter son contenu, alors que celui-ci n'est pas cernable mais, au contraire, vaste et extensible. Mme HENNETTE-VAUCHEZ, ayant approfondi la question, écrit que : « *L'ensemble des auteurs initie presque toujours des développements relatifs à la notion d'ordre public par le rappel de l'extrême difficulté de la tâche, tant la notion paraît indéfinissable*³¹⁸ ». Néanmoins, certaines définitions sont proposées par la doctrine et peuvent aider à la compréhension de la notion (A) et permettre d'appréhender la notion tant dans du point de vue de ses caractères que de celui de son contenu (B).

A. *Des essais de définitions*

275. « Ordre public » sont des termes qui, au sein d'un ordre juridique, servent à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière -par exemple, des lois ou des dispositions d'ordre public. Par extension et par un effet de métonymie, ces termes servent à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère³¹⁹.

En droit privé, il peut s'agir de normes impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions. Il peut s'agir de normes directives qui, exprimées ou non dans une loi, correspondent à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public

³¹⁸ Mme Hennette-Vauchez cite, à ce propos, un extrait célèbre de la thèse de M. Philippe Malaurie « *L'ordre public et le contrat* », 1954, p.3 : « *Chercher à définir l'ordre public c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon dans un célèbre rapport, c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le marquis Vareilles-Sommières ; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisaient à citer, c'est parler d'un paragraphe en caoutchouc, dans l'imagination allemande, c'est cheminer dans un sentier bordé d'épines selon le mot d'Algave. Toutes ces comparaisons révèlent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert.* »

³¹⁹ V. *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, Association Henri Capitant, éd. puf quadrige, 2010.

engloberait les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle). Cette dernière catégorie désigne indubitablement le domaine de la notion de nécessité médicale.

Enfin, l'ordre public peut se définir comme l'intérêt supérieur hors d'atteinte des volontés particulières contraires. En cela, il constitue une limite à la liberté qui fait ressortir positivement les valeurs fondamentales qu'il protège contre les abus de la liberté. Cette considération établit une résonance et même un lien avec l'étude de la notion de nécessité dans son sens non juridique. En effet, celle-ci contient potentiellement une idée de force irrésistible laissant peu place à la volonté, voire aucune.

Ainsi, l'ordre public peut protéger des intérêts étatiques, économiques ou individuels, mais ceux-ci sont toujours considérés comme fondamentaux. L'ordre public de protection individuelle est celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache. Les exemples souvent cités sont alors la protection du corps humain, la reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, etc.

276. Ainsi, la notion générale d'ordre public est une vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et juridique. Son contenu varie évidemment de façon considérable selon les régimes. À l'ordre public s'opposent, d'un point de vue dialectique, les libertés individuelles dites publiques ou fondamentales et spécialement la liberté de se déplacer, l'inviolabilité du domicile, la liberté de penser, ou encore la liberté d'exprimer sa pensée. L'un des points des plus délicats est finalement l'affrontement de l'ordre public et de la morale³²⁰.

277. En droit civil, l'expression regroupe un domaine plus précis ; elle est plus aisée à définir. Elle désigne le caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux. Les parties à un contrat ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public.

278. Dans le domaine économique, la doctrine distingue deux sortes d'ordre public. Premièrement, l'ordre public de protection qui tend à la défense d'intérêts particuliers estimés primordiaux et dont la violation n'entraîne qu'une nullité relative. Il s'agit, par exemple, de

³²⁰ V. *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Serge Guinchard et Thierry Debard, D., 18^{ième} éd., 2011.

l'intérêt du consommateur face au professionnel. Deuxièmement, l'ordre public de direction, dont la méconnaissance serait source de nullité absolue parce que la norme en cause correspond aux exigences fondamentales de l'économie. C'est le cas, par exemple, de la prohibition de certaines indexations pour leur effet inflationniste. Bien évidemment, la nature de notre notion n'implique pas de relation contractuelle. Contrairement à ce qu'une partie de la doctrine considère et contrairement à certains écrits, il n'est pas retenu dans cette recherche, que la nécessité médicale soit au fondement du contrat médical. Nous pensons profondément que la raison d'être de la notion de nécessité médicale est de répondre au jeu d'une des libertés les plus essentielles et fondamentales de l'être humain : la liberté corporelle. Sa raison d'être est de limiter la liberté corporelle. La notion de nécessité médicale est le pivot sociétal, étatique et législatif permettant de mettre en échec les volontés particulières au nom de considérations d'ordre général et de valeurs fondamentales. Ainsi, elle ne peut faire partie du domaine contractuel, par essence, soumis à la volonté des sujets de droit.

Le domaine économique ou contractuel de l'ordre public est donc ici à exclure. C'est l'ordre public de protection individuelle et corporelle qui concerne seul la nécessité médicale.

B. Des caractères et du contenu de l'ordre public

279. Selon Mme HENNETTE-VAUCHEZ, l'impérativité est la caractéristique première de la notion d'ordre public. Elle est, en effet, un des éléments communs à toutes les définitions. La force particulière des dispositions d'ordre public est ce qui permet de les reconnaître. Traditionnellement, il est rappelé qu'il ne peut être dérogé aux dispositions d'ordre public par des conventions particulières. C'est une des premières règles de validité d'un contrat passé entre particuliers : ne pas contenir de clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'adjectif « particulière » a de l'importance car, à l'opposé et par exception, les conventions non particulières, c'est-à-dire collectives, peuvent déroger aux dispositions sociales d'ordre public. Le droit du travail reconnaît, il est vrai, que les conventions collectives, lorsqu'elles prévoient des dispositions plus favorables aux salariés que celles contenues dans la loi, peuvent « contredire » celle-ci. Ces conventions contiennent, en fait, des progrès et des avantages allant au-delà la loi ; c'est pourquoi elles prévalent sur des dispositions d'ordre public qui constituent un minima incompressible en deçà duquel il n'est pas possible d'aller, par convention. Il n'y a finalement aucune dérogation aux dispositions sociales d'ordre public. De ce point de vue, l'ordre public, en tant qu'il protège la personne, ne souffre aucune dérogation par convention.

280. Au regard de ce caractère, nul doute n'est possible quant à la qualité d'ordre public des dispositions relatives au corps humain contenues au sein des articles 16 et suivants du code civil. D'une part, le caractère général et solennel de la formulation de ces textes, et d'autre part leur situation dans le plan du code civil sont des indices de leur appartenance à cette catégorie. Et s'il fallait douter, le législateur a expressément formulé cette idée à l'article 16-9 du code civil : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». Mme HENNETTE-VAUCHEZ a, en outre, fait brillamment remarquer que d'autres dispositions, créées par les lois bioéthiques en question, ont été insérées dans le code de la santé publique et dans le code pénal, indiquant leur caractère non civil, mais surtout indiquant que le caractère d'ordre public dépassait les frontières du code civil et était propre à la nature de ces lois. En effet, le droit pénal (lois de police) est par nature un droit d'ordre public, ne souffrant aucune dérogation contractuelle. De même, les dispositions insérées dans le code de la santé publique, sont dans leur majeure partie, accompagnée de sanctions pénales. Au surplus, il faut oser faire remarquer le terme « publique » dans l'intitulé du code de la santé publique, indiquant précisément que l'objet des dispositions de ce code n'est pas la protection de la santé des particuliers, mais bien l'organisation des systèmes de santé et des acteurs de ce système, dans un but d'intérêt général, soit d'ordre public.

281. À l'évidence, les deux notions sont étroitement liées ; de telle sorte que l'intérêt général peut être considéré comme la seconde caractéristique de l'ordre public. L'intérêt général s'entend d'un intérêt différent et transcendant des intérêts particuliers. Classiquement, les auteurs présentent l'intérêt général en l'opposant à l'intérêt particulier. À côté de l'intérêt d'une personne, existerait un intérêt collectif ou commun qui ne serait pas à proprement parler la somme des intérêts particuliers (vision utopiste) mais bien un intérêt autre, pouvant être différent et en contradiction avec un intérêt privé, et poursuivant un bien commun, peut-être le bien du plus grand nombre.

282. Ainsi, l'ordre public serait aussi une notion téléologique ; ce faisant les dispositions d'ordre public auraient une finalité d'intérêt général. L'ordre public serait « *un moyen orienté au service d'une fin qui relève, elle, de l'intérêt général* » comme l'écrit Mme HENNETTE-VAUCHEZ. L'auteur ne manque pas de relever qu'il peut *a priori* sembler être un paradoxe de dire que les dispositions relatives au corps humain poursuivent une finalité d'intérêt général, le corps étant perçu de prime abord comme le signe de l'individualité. Or, il

n'en est rien. La représentation sociétale du corps est une question d'intérêt général tant l'envergure des préoccupations engendrées par les progrès de la médecine est grande. Ce paradoxe est désamorcé par Mme HENNETTE-VAUCHEZ, qui conclut que « *l'ensemble des possibles usages médicaux du corps suscite interrogations et conflits d'une violence et d'une profondeur toutes particulières. La force de ces conflits paraît avoir des conséquences visibles sur l'intégrité de la communauté tant juridique que politique* ». Finalement, l'enjeu de ces dispositions est bien la préservation ou non de certains principes fondateurs et nécessaires au maintien d'une société politique. Il s'agit bien de fixer les bases conceptuelles, mais pas seulement, de la vision commune du corps et des pouvoirs des personnes sur leurs corps. En cela, les prescriptions juridiques relatives au corps humain traitent bien d'un intérêt général car différent d'un intérêt particulier ; par exemple, l'intérêt de celui qui demande de l'aide pour mourir, ou de celui qui veut recourir à une procréation médicalement assistée avec une personne du même sexe constituent des intérêts attachés à une personne et à une situation et l'on peut se poser la question de savoir s'il en va de l'intérêt général de permettre de telles demandes. La question des lois bioéthiques est bien de savoir quel est l'intérêt de tous, à travers la disposition ou l'utilisation du corps humain et de la médecine, et non l'intérêt de chacun.

283. Le caractère d'intérêt général des dispositions juridiques du corps humain est désormais admissible. Il permet d'envisager l'existence d'un ordre public axé sur le thème du corps. L'interrogation est de mise sur le possible contenu d'un ordre public corporel. La lecture de la doctrine nous renseigne d'abord sur les premiers éléments de contenu de l'ordre public en général. Le contenu ne peut être énuméré car il est extensible. Véritable « notion fixe à contenu variable », l'ordre public ne peut être saisi qu'*in concreto*, c'est-à-dire en pratique, devant des cas particuliers et des situations concrètes.

284. De ce fait, Mme HENNETTE-VAUCHEZ a cherché dans sa thèse, à définir le contenu fonctionnel de l'ordre public corporel, relativement à « son rôle dans une structure stable et globale³²¹ ». Outre la représentation culturelle et juridique du corps, les règles d'ordre public corporel auraient une orientation directive tenant à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. À l'image de la décision du Conseil constitutionnel concernant les lois de 1994 sus énoncées, qui a fait de la sauvegarde de la dignité humaine un principe à

³²¹ Etienne Picard, « *La notion de police administrative* », thèse, L.G.D.J., 1984, collection bibliothèque de droit public, tome CXLVI, 2 tomes, p. 533.

valeur constitutionnelle, les auteurs, dont Mme HENNETTE-VAUCHEZ, considèrent que la promotion et la protection de la dignité de la personne humaine seraient le rôle dévolu à l'ordre public corporel.

Toutefois, le caractère très imprécis du concept de dignité empêche Mme HENNETTE-VAUCHEZ de retenir le contenu fonctionnel de l'ordre public corporel. Mais surtout, elle relève que l'ordre public corporel connaît un contenu évolutif –à l'instar de la législation sur les mères porteuses, différente à l'étranger-, alors même que le principe de dignité humaine ne peut connaître de pareils changements. Pour elle, la dignité est un principe universel et transcendant qui ne peut fluctuer avec les mentalités.

Pour cette raison, l'auteur propose de retenir une idée formulée par Etienne PICARD, selon laquelle, l'ordre public corporel serait une « proposition de droit ». Ce dernier a élaboré l'hypothèse selon laquelle : *« il faut (...) admettre que l'ordre public recouvre d'un part, un ensemble de « normes juridiques » qui sont celles que l'expérience commune saisit le plus facilement : par exemple un certain nombre d'exigences de salubrité, de sécurité, de sûreté générale qui se manifestent par l'édition d'actes de police ; il recouvre d'autre part une « proposition de droit », concept purement théorique par lequel s'exprime parce qu'il les inspire tous, l'unicité de tous ces actes ou normes juridiques (...) ces normes n'ont aucun rapport entre elles si on ne les conçoit pas comme autant de concrétisations de cette seule et même proposition de droit qu'est l'ordre public ».*

285. La réflexion impose de douter de l'éviction de la préservation de la dignité de la personne humaine comme rôle et orientation directive de l'ordre public corporel. Si le caractère pérenne, stable et universel de la dignité emporte la conviction, le caractère fluctuant des lois bioéthiques qui est mis en avant laisse perplexe, en tant qu'argument décisif. En effet, même si les lois bioéthiques sont incontestablement d'une nature fluctuante³²², est-ce un argument imparable pour écarter le principe de dignité comme étant un fondement de l'ordre public corporel ? Par exemple, même si dans certains pays, le droit autorise les conventions de mère porteuse, il est permis de s'interroger sur la conformité de ces pratiques avec le concept de dignité et sur la pertinence de remettre en cause l'interdiction française. Ce n'est pas parce qu'une législation autorise et organise une pratique médicale que celle-ci est conforme au principe de dignité de la personne humaine. Ou bien ce serait confondre le principe juridique de dignité humaine « en vigueur » avec le principe lui-même, transcendant

³²² La loi elle-même prévoit une révision périodique des dispositions bioéthiques.

et universel. Que penser sinon des lois prises sous le gouvernement de Vichy ? Elles étaient sans nul doute attentatoires à la dignité humaine. L'argument de la fluctuation du droit n'emporte pas l'adhésion³²³.

De toute évidence, ces considérations sont également liées à la détermination de la définition objective ou subjective de la notion de dignité de la personne humaine.

286. Si le contenu de l'ordre public corporel ne peut être appréhendé avec des certitudes, la notion de nécessité médicale doit tout de même être confrontée à l'ordre public corporel, afin de savoir si la notion de nécessité médicale peut en faire partie.

§2. La nécessité médicale à l'épreuve de l'ordre public corporel

287. Les lois françaises de bioéthiques, toutes révisions confondues, sont toujours des lois d'ordre public : Les articles 16 et suivants du code civil qui en sont issus, sont de la même manière, et dans leur intégralité, des dispositions d'ordre public.

Pour autant, il ne s'agit pas ici du caractère d'ordre public de ces dispositions mais de la considération selon laquelle la notion particulière de nécessité médicale participe de la constitution de l'ordre public, et plus spécifiquement de ce que l'on peut nommer, l'ordre public corporel. Le critère de nécessité médicale est le frein, la barrière ou la limite, la butée au-delà de laquelle, on ne peut faire usage de sa liberté corporelle, s'il s'agit de porter atteinte à l'intégrité du corps. L'attribut du sujet « on », volontairement de nature indéfinie, a pour dessein d'englober la personne elle-même, occupant ledit corps, comme les tiers étrangers au corps. À cet égard, la loi utilise délibérément la formule impersonnelle suivante : « Il ne peut être porté atteinte... ».

Cet ordre public corporel répond à l'existence de ce qu'il convient de nommer « liberté corporelle ». Qu'elle soit un concept ou une notion, il est d'abord indispensable de s'intéresser aux écrits doctrinaux consacrés au sujet (A), afin de pouvoir, par la suite, mesurer la notion de nécessité médicale comme limite à cette liberté et comme composante essentielle de l'ordre public corporel (B).

³²³ En outre, serait-il réellement impossible de considérer que le contenu du concept de dignité humaine peut être amené à évoluer, de façon historique s'entend, selon les mœurs et les mentalités d'une civilisation ?

A. De la liberté corporelle

288. M. Jean RIVERO a défini la liberté corporelle par un critère qui lui permet de caractériser aussi d'autres libertés, celui de l'exclusion des tiers. Il écrit : « *la liberté corporelle (...) se définit par l'exclusion de toute intervention non consentie d'un tiers dans la vie physique de l'individu ; la liberté du domicile (...) en interdit l'accès en dehors de la volonté de celui qui l'habite. Dans ces trois cas, la liberté prend la même forme : celle de l'exclusion de toute intervention extérieure subie et non choisie*³²⁴ ». Cette définition appelle immédiatement la réflexion sur la différence entre un droit et une liberté.

1°) De l'utilité de la qualification de liberté corporelle

289. La thèse de M. BIOY apporte un éclairage indispensable sur la question. Il explique, à propos de la qualification de la liberté corporelle, qu'il faut faire la distinction entre liberté publique et droit subjectif privé : « *Le droit à voir l'intégrité physique protégée par l'Etat, contre lui et contre les tiers à la relation de droit public, n'implique guère le droit de disposer à titre privé de cette intégrité et à attendre l'abstention de l'Etat, voire son aide matérielle. La liberté corporelle consiste à pouvoir disposer de soi, elle n'implique pas la possibilité d'exiger une action positive de l'Etat autre que la protection de cette liberté contre les tiers, comme dans le cas du délit d'entrave à l'interruption de grossesse.* ». À la lecture de ces lignes, la contradiction avec la définition de M. RIVERO paraît évidente. La liberté permet-elle d'exclure les tiers ou de prétendre à l'abstention de l'Etat ? L'un peut être lié à l'autre lorsque l'Etat réglemente les droits des tiers sur la personne humaine.

Le débat n'a d'intérêt que si l'on cherche à distinguer les « droits » des « libertés ».

290. Certains auteurs publicistes considèrent qu'il n'y a pas d'intérêt à chercher à distinguer les notions de « droit » et de « liberté », l'un étant l'équivalent de l'autre, puisque leurs régimes sont sensiblement identiques³²⁵. D'autres auteurs, en revanche, y voient une différence majeure³²⁶. L'utilité d'y voir une différence est décrite par M. Jacques RAVANAS,

³²⁴ Jean Rivero, « *Les libertés publiques* », tome 2, « *Le régime des principales libertés* », 6^{ème} éd., 1991, p.76.

³²⁵ Le professeur Mourgeon, Michel Verpeaux, pour ne citer qu'eux.

³²⁶ Mme Henneville-Vauchez considère, dans une démonstration très convaincante, que les titulaires des droits et libertés ne sont pas les mêmes (indifférencié pour la liberté, identifié dans un acte juridique pour le droit), que leur détermination matérielle n'est pas la même (la liberté octroierait des prérogatives indéterminées quand le

à propos de la protection de la vie privée, passée de la notion de « liberté » à celle de « droit subjectif » : « Que la liberté devienne un droit, la protection en sort renforcée. La reconnaissance, d'abord par le juge, puis par le législateur, en 1970, d'un droit à la protection de la vie privée est doublement importante : elle fournit à l'individu une protection plus large que celle qui provient d'autres instruments (responsabilité civile, secret professionnel...)³²⁷ ». Il cite ensuite M. ERRERA qui écrit, à propos de la protection de la vie privée par le prisme des droits subjectifs, qu'elle a « une vertu synthétique et unificatrice assurant l'existence d'une sphère d'autonomie individuelle jouissant d'une garantie juridique en tant que telle³²⁸ ». Il cite également le Doyen Paul ROUBIER qui écrit, au sujet des droits subjectifs : « C'est un échelon de protection supérieur, parce que la sanction est fondée sur la violation du droit du demandeur, quel que soit le comportement du défendeur. C'est ici qu'on aperçoit quelle formidable régression résulterait, sur le plan de la politique juridique, de la négation des droits subjectifs... Même au point de vue technique, il est impossible de ne pas voir tous les bienfaits qui ont été apportés grâce à ce mécanisme à l'analyse des situations juridiques³²⁹ ».

291. Quelques travaux doctrinaux, empreints de modération, trouvent un compromis en élaborant l'idée selon laquelle les droits ont des objets plus précis que les libertés. « *Les droits sont des libertés strictement préorientés (ou prédéterminés)* ». Au surplus, certains estiment que toutes les libertés sont des droits mais que l'inverse n'est pas exact, car certains droits ne relèvent pas d'une liberté mais d'autres principes comme l'égalité³³⁰.

292. Pour M. BIOY, du point de vue des libertés publiques, un comportement non régi par le droit tombe dans le domaine de ce qui est permis et donc protégé contre l'intervention de l'Etat. On est alors en présence d'une liberté.

L'auteur ajoute également que la notion de liberté corporelle, dans laquelle la doctrine publiciste se retrouve pour appréhender le rapport du sujet à son corps, est une notion que l'Etat doit protéger au titre de la liberté personnelle. Il explique que la notion de liberté a

droit aurait un objet déterminé) ainsi que le lien entre l'objet et le sujet de chacune des relations (la liberté de penser la relation de la personne à elle-même en ce qu'elle s'appuie sur l'autodétermination).

³²⁷ Jacques Ravanans, « *Le plein exercice du droit au respect de la vie privée* », D. 1998, p. 84.

³²⁸ R. Errera, « *Sur les justes limites de la liberté d'expression* », Esprit, décembre 1990, p. 85.

³²⁹ Paul Roubier, « *Droits subjectifs et situations juridiques* », Dalloz, 1963, p. 24.

³³⁰ Henry Roussillon, « *Le Conseil constitutionnel*, D., 2000, 4^{ième} éd., p.52.

l'avantage de synthétiser les éléments de disposition du corps avec ses limites, alors que la théorie du droit subjectif ne présente pas les limites des pouvoirs sur le corps. Comme envisagé précédemment³³¹, on ne limite pas un droit mais on limite une liberté, par définition.

Cette idée conforte la démarche de l'étude cherchant à démontrer que la limite posée par le législateur dans l'article 16-3 du code civil, soit la nécessité médicale, s'apparente à une notion qui fait partie du domaine de l'ordre public.

2°) Liberté personnelle ou individuelle ?

293. Selon M. BIOY, la liberté corporelle serait à classer dans la catégorie juridique de la liberté personnelle³³². La liberté personnelle est une notion que l'on pourrait qualifier dans un souci de simplification- de droit public, permettant au juge administratif de se saisir, à travers le référé-liberté, de questions fondamentales, tandis que la notion de liberté individuelle, ne le permettrait pas. En effet, la liberté individuelle dont la protection appartient au juge civil, d'après l'article 66 de notre Constitution³³³, ne peut pas être invoquée par le juge administratif en matière de référé-liberté. La question s'est récemment posée à l'occasion des questions prioritaires de constitutionnalité adressées au Conseil constitutionnel en matière d'hospitalisation sans consentement. Les décisions du Conseil constitutionnel en date du 26 novembre 2010 et du 9 juin 2011³³⁴ ont donné lieu à la réforme entrée en vigueur le 1^{er} août 2011³³⁵.

Le Conseil constitutionnel avait été saisi le 7 avril 2011 par le Conseil d'État, d'une question prioritaire relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 du Code de la santé publique.

Il a également été saisi le 8 avril 2011 par la Cour de cassation, dans les mêmes conditions, d'une question prioritaire relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 3213-4 du même code. L'article L. 3213-1 du Code de la santé publique est relatif aux conditions de l'hospitalisation d'office. L'article L. 3213-4 porte

³³¹ V. *supra* n° 270 et 271.

³³² « *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ?* », X. Bioy et H. Roussillon, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse-LGDJ, 2006.

³³³ « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

³³⁴ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 sur saisine du Conseil d'Etat et décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 sur double saisine du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

sur le maintien de l'hospitalisation d'office. Par une seule décision sur les deux questions posées³³⁶, le Conseil a jugé ces deux articles contraires à la Constitution. En ce qui concerne les conditions de l'hospitalisation d'office, prévues à l'article L. 3213-1, le Conseil a, tout d'abord, repris sa jurisprudence relative à l'hospitalisation sans consentement. En revanche, il a relevé que, contrairement à l'hospitalisation sans consentement, si le certificat médical établi dans les vingt-quatre heures suivant l'admission ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, l'article L. 3213-1 ne prévoit aucun réexamen de la situation de la personne hospitalisée de nature à assurer que l'hospitalisation d'office est nécessaire. Le Conseil a jugé qu'en l'absence d'une telle garantie, cet article n'assure pas que l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public.

Il a en conséquence déclaré contraire à la Constitution l'ensemble de l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique. L'article L. 3213-4 permettait, quant à lui, que l'hospitalisation d'office soit maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire. Cette disposition méconnaissait les exigences de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil l'a jugée contraire à la Constitution à la suite de la censure similaire prononcée par la décision du 26 novembre 2010³³⁷ pour le maintien au-delà de quinze jours de l'hospitalisation sans consentement.

294. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a donc fait appel, bien entendu, à la notion de liberté individuelle s'agissant du rôle du juge judiciaire, dominant en la matière, mais aussi à la notion de liberté personnelle, s'agissant du rôle du juge administratif. D'après M. BIOY le Conseil a situé sa réflexion sur le terrain de la liberté personnelle : « *Le 32e considérant opère une appréciation complète de la conciliation que le législateur doit opérer dans le domaine du refus de soins. Il met en balance la liberté personnelle de l'article 2 de la Déclaration des droits qui fait son grand retour sous la plume du Conseil qui ne l'avait plus évoquée expressément depuis le 20 juillet 2006 (...). Il faut en effet remarquer que les composantes de cette liberté ont été appelées une par une : la vie privée (...) la liberté du mariage (...) et la protection du domicile, mais le Conseil ne semblait pas vouloir lui donner*

³³⁵ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

³³⁶ Cons. constit., 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC.

³³⁷ Cons. constit., 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC.

le caractère englobant qui est conceptuellement le sien (...) et qui implique tout particulièrement les prérogatives attachées au corps, à la liberté corporelle et à la santé ».

295. Parallèlement, la notion de liberté individuelle est également reconnue par la doctrine comme englobant celle de liberté corporelle. Notamment, Mme LE BAUT-FERRARESE, considère que la liberté individuelle connaît une protection constitutionnelle, en considération de l'article 66 lui-même, mais également en considération des décisions du Conseil constitutionnel, et que la liberté corporelle est, en outre, conventionnellement protégée par la Cour européenne des droits de l'Homme, à travers l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, du 29 avril 2002. La jurisprudence de la Cour intègre en effet, au sein de l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée, la notion de respect de l'intégrité physique et donc, selon l'auteur, la notion de liberté corporelle³³⁸.

Il faut en conclure que la liberté corporelle appartient tant au domaine de la liberté individuelle qu'au domaine de la liberté personnelle, et cela dans le but d'assurer un champ de protection le plus large possible.

296. Cependant, la thèse de Mme HENNETTE-VAUCHEZ réfute l'idée selon laquelle la liberté corporelle serait une manifestation particulière de la liberté individuelle. Elle commence par écrire que dans les ouvrages consacrés aux libertés publiques, la liberté corporelle fait partie des libertés physiques, au sein desquelles on trouve la vie privée, la liberté d'aller et de venir, la sûreté, etc. Ce sont les éléments classiquement présentés comme composant la liberté individuelle. Cependant, l'auteur considère que l'origine de la notion se trouve dans le droit pénal, recouvrant finalement le seul droit à ne pas être arbitrairement détenu. (article 66 de la Constitution). Dans cette optique, seule la liberté d'aller et de venir et la sûreté en font partie. Pour elle, cette notion est éloignée de l'idée vaste de disposition de son corps. De plus, elle estime que « *situer la problématique de la disposition par la personne de son propre corps au sein de la réflexion sur le droit au respect de la vie privée semble, dès lors, participer d'une confusion entre secret et liberté de la vie privée (...). On peut donc dire que l'étude matérielle des différentes composantes de la liberté individuelle (liberté d'aller et de venir, sûreté, vie privée...)* atteste une différence de nature entre celle-ci et la libre

³³⁸ « *La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soin* », Bernadette Le Baut-Ferrarèse, A.J.D.A., 2003, p. 1383.

disposition du corps telle qu'il paraît raisonnable de ne pas considérer cette dernière comme une des manifestations de la liberté individuelle ». De plus, l'auteur ajoute que la liberté individuelle est limitée par un ordre public « policier » axé sur la sécurité tandis que la liberté corporelle est limitée par un ordre public différent- qui selon nous, relève de l'ordre public de protection-.

Ainsi, la liberté corporelle serait une liberté publique spécifique et relèverait d'un principe général de liberté. Elle engloberait donc toutes les hypothèses par lesquelles la personne dispose de son corps, au sens plein du terme. Selon Mme HENNETTE-VAUCHEZ, il s'agirait « *tant des usages naturels du corps, comme le choix de se mouvoir, de se déplacer, de choisir une apparence spécifique, de consommer des produits donnés..., que de ses usages plus « artificiels » ou médicaux, comme le fait de se prêter à des expérimentations biomédicales, de donner un organe, (...) L'exercice de cette liberté corporelle s'exercerait, par ailleurs, dans les limites posées par les normes composant l'ordre public corporel. Une telle conception de la liberté corporelle paraît intéressante à plusieurs égards* ». Le raisonnement en vient naturellement à l'analyse de l'ordre public corporel.

297. À côté des développements sur le contenu de la liberté corporelle, il faut s'intéresser à la limite intrinsèque à celle-ci : l'ordre public corporel ou ordre public de protection. Rappelons néanmoins une autre limite puisque la liberté corporelle doit en toute logique, comme toutes les libertés, être limitée par la liberté des autres.

B. De l'ordre public corporel

298. Il convient de revenir sur le questionnement initié par Mme HENNETTE-VAUCHEZ sur la définition du contenu de l'ordre public corporel et plus précisément sur une définition fonctionnelle de celui-ci.

En raison de nombreux arguments, l'auteur écarte le principe de dignité humaine comme étant l'orientation directive de l'ordre public corporel. Elle explique notamment que le caractère imprécis du concept de dignité, tantôt entendu objectivement³³⁹ tantôt entendu subjectivement³⁴⁰ est difficilement compatible avec l'ordre public corporel, rempli de normes

³³⁹ Cf Emmanuel Kant, « *L'humanité qui réside en sa personne est l'objet d'un respect qu'il peut exiger de tout autre homme, mais il ne doit pas non plus s'en priver* », *Doctrines de la vertu*, p.109.

³⁴⁰ Voire de manière quasi-empirique et strictement individuelle, comme l'écrit Mme Hennette-Vauchez, « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* », op.cit., p. 397.

très précises, au nombre desquelles figure la nécessité médicale. De plus, elle rappelle que l'ensemble des textes formant le *corpus* juridique relatif au corps humain est difficilement interprétable à la lumière du principe de dignité, tant certains d'entre eux ne semblent pas y correspondre. Ils devraient pourtant.

Bien que la démarche soit convaincante car elle a pour objet de constater une réalité des textes juridiques, il semble souhaitable de préciser le sens dans lequel il faudrait entendre ces principes.

Il faut garder à l'esprit qu'en tant que règle morale, la dignité de la personne humaine inspire nombre de règles juridiques, qu'elles soient fondamentales ou supplétives, de nature juridique et de domaines juridiques très variés. Par exemple, le fait pour une personne marchant dans la rue de jeter un papier ou toute autre chose dans celle-ci, constitue un acte polluant, nécessitant le travail d'employés de mairie qui devront ramasser ces « déchets ». Ce comportement peut, pour un ensemble de raisons différentes, choquer certaines personnes et non d'autres. C'est une réalité sociale que l'on voit à chaque coin de rue. Cet acte peut ressembler à un manque de civilité, de respect et même de dignité. Est-il digne de l'être humain de ne pas considérer l'environnement dans lequel il vit, de salir le bien public, et de ne pas respecter le travail d'autrui ? En réalité, il s'agit d'un problème de conscience et de responsabilité de l'individu. L'individu n'a soit pas conscience de l'acte qu'il commet, soit il en a conscience et il ne fait preuve alors d'aucune responsabilité « sociale ». Cet acte pourrait faire l'objet d'une amende selon des dispositions réglementaires (pouvoir de police administrative du maire), en étant considéré comme un dommage à la salubrité publique, tout comme le fait d'uriner dans la rue est maintenant couramment réprimé par des arrêtés municipaux³⁴¹. Il s'agit, en vérité, d'une mesure de police et de préservation de l'ordre public. L'ordre public participe de cette idée selon laquelle le droit existe comme garde-fou de l'individu qui n'a pas conscience de la portée des actes qu'il accomplit. Certes, l'exemple donné est de moindre mesure. Mais le droit, à travers l'ordre public, se veut protecteur de la personne qui manque de conscience ou de responsabilité à l'occasion de la commission de certains actes.

³⁴¹ Article L.2212-1 du code général des collectivités territoriales : « Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs » et article L.2212-2. : "La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...)Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoyage, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements,(...)ainsi que le soin de réprimer les dépôts, déversements, déjections, projection de toute matière ou objet de nature à nuire, en quelque matière que ce soit, à la sûreté ou à la commodité du passage ou à la propreté des voies susmentionnées ».

De là à considérer que l'ordre public est un ensemble de règles ayant pour fonction de pallier le manque de dignité d'actes commis par certaines personnes, il n'y a qu'un pas.

Pourquoi interdire le recours à des mères porteuses, alors que les demandes, de part et d'autres, ne manquent pas ? Précisément parce que les demandeurs n'auraient pas conscience des conséquences engendrées par cette pratique, notamment des souffrances, tant physiques que morales, endurées par les protagonistes ou de l'image sociétale qui en résulterait : l'exploitation réifiante du corps d'autrui et de ses forces procréatrices, la modification de la définition de la maternité, parmi d'autres considérations. L'ordre public corporel a une inspiration semblable à celle de la notion générale d'ordre public : il se veut être un garde-fou empêchant de commettre certains comportements au regard bien sûr d'un standard qui serait, en partie seulement, la dignité humaine. De ce point de vue, l'ordre public corporel est un ordre public de protection, plus que de police.

299. En considération de cette idée, la notion de nécessité a toute sa place au sein des prescriptions d'ordre public corporel, en tant que condition à respecter pour user de sa liberté corporelle.

Elle est un critère impliquant que la personne elle-même ne peut disposer et user de l'intégrité de son corps que dans un seul cas, regroupant des hypothèses infinies : le cas de la nécessité médicale. L'acte qui n'est pas médicalement nécessaire ne saurait être demandé par la personne, ni accompli par un tiers, et cela correspondrait à un garde-fou posé par la loi dans le but de protéger le corps de la personne et donc la personne, contre elle-même. Ce garde-fou engendre comme conséquence la création d'une certaine conception du corps. De ce critère naît une représentation commune et culturelle du corps humain, puisqu'en principe, ni la personne ni un tiers ne peut toucher au corps humain si ce n'est pour des raisons médicales, répondant à un cas de nécessité. Cela induit nécessairement que tout le reste est prohibé ; l'ensemble des actes de nature différente n'est considéré comme légitime, voire comme digne de l'être humain, par la loi et donc par la société.

Fort heureusement ou non, nombre de dispositions spéciales, de nature législative et réglementaire, dérogent à cette exigence pourtant, qualifiée d'ordre public. En effet, l'étude permettra, dans un second temps, de révéler l'insuffisance de la qualification d'ordre public des dispositions de l'article 16-3 du code civil, par l'article 16-9 du même code. Il pourrait s'agir d'une déclaration de principe n'engendrant pas l'effectivité, pourtant souhaitable de ces prescriptions.

300. Conclusion de chapitre. Le domaine originel de la notion de nécessité médicale se trouve au cœur de l'article 16-3 du code civil que l'étude a permis de qualifier de fait justificatif au sens du droit pénal, correspondant parfaitement au cas de la permission de la loi civile et empruntant également beaucoup de caractères à un autre fait justificatif qu'est l'état de nécessité. Il est seulement regrettable que la notion de nécessité médicale ne comporte pas l'objectivité requise par les causes objectives de non-responsabilité. Par ailleurs, l'étude de l'appartenance de la notion au domaine des prescriptions d'ordre public a permis de lui donner la force de l'impérativité et le caractère d'intérêt général dont elle a besoin pour exister sur la scène du droit. La révélation de l'importance de ce domaine originel doit permettre de mesurer la fundamentalité de la notion et de souligner d'une part le soin qu'il conviendra de prendre si une réforme devait avoir lieu, et d'autre part, l'attention qu'il convient de porter sur les nombreuses dérogations dont souffre cette notion, tant dans le droit que dans la pratique.

301. Comme les développements ont permis de le constater, il est finalement très difficile de dresser un profil ou une énumération des cas d'atteinte à l'intégrité du corps. Il était logique de vouloir créer une notion permettant d'englober une série indéfinie d'hypothèses. C'est la raison pour laquelle la notion de nécessité médicale peut être qualifiée de « notion-cadre ».

La notion-cadre peut être définie comme une « *notion englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète) qui l'actualise in casu si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion*³⁴² » et aussi comme un « *critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps*³⁴³ ».

À la lecture de cette définition, on reste saisi de sa parfaite adéquation avec la notion de nécessité médicale. La nécessité médicale est une notion englobante et directive, comme il vient d'être vu. Nous dénonçons qu'elle reste un critère vague, chargé de trop nombreuses définitions potentielles. Cette définition enseigne que c'est l'appréciation d'un juge ou d'un « interprète » -en l'occurrence le médecin- qui en détermine finalement le contenu, qui est décrit comme variable et évolutif. Si le caractère variable et évolutif est adapté à la

³⁴² V. « *Vocabulaire juridique* », Gérard Cornu, association Henri Capitant, éd. puf, quadrige, 6^{ième}, p.609.

réglementation de la médecine, l'est-il pour la protection fondamentale du corps humain ? Cette appréciation fait l'objet de développements ultérieurs³⁴⁴. C'est en effet l'usage de la notion qui en fixe le contenu et donc les effets de droit qui en découlent.

La notion de nécessité médicale serait donc un standard ou une lacune *intra legem*, c'est-à-dire une imprécision volontairement commise par le législateur qui se traduit dans la loi par l'utilisation d'une notion intentionnellement vague (comme par exemple l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant) ou par un renvoi exprès à la coutume, aux usages, à la pratique. Faut-il ajouter à la pratique « médicale » ? Ainsi, la définition du critère de disposition du corps serait entre les mains du monde médical. Peut-on encore parler de protection du corps humain ? Tout dépend de l'usage qui est finalement et véritablement fait de la notion.

302. Avant de s'intéresser à cet usage, il faut achever l'étude du domaine de la notion car le législateur ne s'est pas contenté de faire appel à la notion de nécessité médicale dans le corps de l'article 16-3 du code civil. La notion connaît en effet un domaine allant au-delà de la protection de l'intégrité du corps.

CHAPITRE 2 : LE DOMAINE ETENDU DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE

303. Le domaine étendu de la notion de nécessité médicale recouvre l'ensemble de son existence au dehors de l'article 16-3 du code civil, c'est-à-dire l'ensemble des manifestations de la notion n'ayant pas pour but de justifier l'atteinte à l'intégrité du corps mais remplissant d'autres fonctions. La fonction de la notion de nécessité médicale ne serait alors plus la justification d'une infraction. Ces autres domaines d'expression de la notion sont variés.

L'étude de ce domaine élargi permet de mettre en évidence deux types de directions. Parfois, la nécessité médicale fait office de véritable critère au sein de dispositions intéressant le droit de la santé. Il s'agit de ce point de vue d'un domaine apparenté à l'article 16-3 du code civil puisqu'il s'agit de régir l'activité des professionnels de santé et les droits de la personne dans le cadre de cette activité (section 1). D'un autre côté, nombreuses sont les hypothèses, n'appartenant pas au domaine du droit médical à proprement parler, dans

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ Cf *infra* Partie 2.

lesquelles la notion de nécessité médicale est présente (section 2). Parfois, elle est expressément formulée tandis que, d'autres fois, sa présence est implicite. Ainsi, la notion semble s'être introduite discrètement dans des domaines variés, tant dans la branche du droit de la santé que dans des branches du droit qui ne semblent pas en lien avec elle, au premier abord.

Section 1 : Un domaine apparenté au domaine naturel

304. Le domaine de l'article 16-3 du code civil est le domaine naturel de la notion de nécessité médicale. Cet article est le texte fondateur de l'activité des professionnels de santé sur le corps humain et donc le texte fondateur du code de la santé publique dans ses dispositions touchant au corps humain. Il est donc possible d'affirmer que cet article intéresse le domaine du droit de la santé. On s'aperçoit que d'autres manifestations de la notion peuvent être regroupées au sein d'un domaine apparenté à celui de l'article 16-3, c'est-à-dire un domaine touchant également au droit de la santé. Les manifestations de la nécessité médicale qui font l'objet des développements suivants appartiennent toutes au domaine du droit de la santé, de la même façon que l'article 16-3. Le domaine initial de la notion de nécessité médicale et le domaine présenté ici sont en cela des domaines apparentés.

305. Le droit de la santé fait appel à la notion de nécessité médicale d'une façon non véritablement cohérente. Au prime abord, les manifestations rencontrées sont éparées et sans lien les unes avec les autres. Quoi qu'il en soit, l'analyse démontre que dans certains domaines, la nécessité médicale disparaît de leurs dispositions aboutissant presque à une extinction de cette notion (§2) tandis que d'autres domaines persistent dans la prise en compte de cette exigence (§1).

§1. *La persistance du critère de nécessité médicale*

306. La notion de nécessité médicale est employée par le législateur lorsqu'il souhaite poser des dérogations. De cette façon, le critère de nécessité médicale est utilisé dans un cadre que l'on peut qualifier de « dérogatoire » ou de « non traditionnel ». D'abord, en matière de recherche médicale. Celle-ci porte principalement sur le corps humain et

s'apparente à une véritable dérogation à la nécessité médicale pour la personne. C'est pourtant également de façon « dérogatoire », selon les textes, que la recherche est également autorisée à porter sur les embryons humains ou les animaux au motif d'une nécessité (qui n'est alors plus « pour la personne »). De ce fait, la nécessité médicale est appelée à jouer un rôle dans le cadre de ces recherches (A). Ensuite, c'est dans le cadre de nouvelles méthodes de soins, faisant souvent l'objet de débats quant à leur légitimité ou leur mise en place, que la nécessité médicale trouve à s'appliquer (B).

A. En matière de recherches dérogatoires

307. L'activité de recherche biomédicale sur le corps humain est en elle-même, une activité portant atteinte à l'intégrité du corps humain, et qui est donc, en principe, soumise au principe de nécessité médicale³⁴⁵. Elle correspond cependant à une des dérogations majeures à l'exigence de nécessité médicale puisqu'est inscrite de façon constante, l'exigence de « finalité thérapeutique » dans les dispositions du code de la santé publique. L'idée d'obligation ou de contrainte contenue dans la notion de « nécessité » est abandonnée au profit de la notion de « finalité », beaucoup moins exigeante.

Parallèlement, certaines activités de recherche ne portent pas à proprement parler sur le corps humain. Ces recherches sont souvent qualifiées de recherches « dérogatoires ». Pour autant, le principe de nécessité s'y retrouve également. En effet, certains domaines de recherche dérogatoires font l'objet de dispositions faisant expressément ou implicitement référence au principe de nécessité de la recherche. Il s'agit, d'une part, des prescriptions juridiques relatives à la recherche sur l'embryon, qui est prohibée par principe (1°) ; d'autre part, les recherches sur les animaux sont également régies par l'exigence de nécessité (2°).

1°) Recherches sur les embryons

308. En substance, le nouveau texte voté, le 7 juillet 2011, confirme le principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches³⁴⁶.

³⁴⁵ V. Partie 2 de l'étude, n° 589 et s.

³⁴⁶ Article 41 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 disposant que l'article L. 2151-5, I, du code de la santé publique serait rédigé ainsi : « La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite ».

Toutefois, des dérogations sont prévues et strictement encadrées³⁴⁷. Les critères posés par la loi sont de deux ordres : d'une part, la recherche envisagée doit reposer sur un projet scientifiquement pertinent, et être susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs et d'autre part il doit être impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches. Aucun autre moyen ne doit permettre d'aboutir au résultat escompté. Cette impossibilité relève en réalité du critère de la « nécessité médicale ». En effet, le fait de n'avoir aucun autre choix pour parvenir au but espéré est une composante majeure de la notion de nécessité étudiée préalablement³⁴⁸. En revanche, il ne s'agit pas d'une nécessité pour la personne mais d'une nécessité pour l'avancée de la recherche. La recherche étant une activité médicale, on peut alors qualifier cette nécessité de « nécessité médicale ».

Par ailleurs, la loi de 2011 suscitée prévoit, sans réelles modifications, que la recherche ne pourra être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Elle nécessitera un consentement écrit préalable du couple à l'origine des embryons.

Ainsi, le législateur effectue une référence indirecte, voire camouflée, à la notion de nécessité médicale lorsqu'il pose comme critère l'impossibilité médicale d'aboutir au résultat escompté par un autre moyen.

2°) Recherches sur les animaux

La notion de nécessité médicale a, depuis l'origine, fondé des activités dérogatoires. Elle justifie une atteinte qui n'est pas légale au commencement du raisonnement. Elle est en toute logique le fondement de la recherche sur les animaux, activité dérogatoire au principe porté par le code pénal, qui est la protection des animaux.

³⁴⁷ L'article L.2151-5 poursuit : « Par dérogation au I, la recherche est autorisée si les conditions suivantes sont réunies : 1° La pertinence scientifique du projet de recherche est établie ; 2° La recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs ; 3° Il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches ; 4° Le projet de recherche et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. »

³⁴⁸ V. *supra* n° 33 et s.

309. La convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques a été adoptée à Strasbourg le 18 mars 1986. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991³⁴⁹. La France ne l'a ratifiée que le 5 juin 2000. Le texte est donc en vigueur sur le territoire de la République française depuis le 1^{er} janvier 2001. Cette convention semble être « *un compromis entre les nécessités et les devoirs inhérents à la santé humaine impliquant malheureusement la conduite d'expériences sur les animaux pouvant entraîner la souffrance, voire le sacrifice de ceux-ci*³⁵⁰ ». S'agissant de l'expérimentation pratiquée sur l'animal, ce texte pose en effet, une condition liée à l'existence de buts légitimes ; ces buts légitimes correspondent essentiellement aux devoirs inhérents à la vie ou à la santé humaine ou animale qui sont énumérés à l'article 2 de la convention. Une seconde condition liée à la nécessité se retrouve également dans la convention, à l'article 6, qui exprime la règle éthique du remplacement par l'animal dans le cadre d'une expérimentation, lorsque cela est possible. Ainsi, la condition est bien l'absence d'autre choix, c'est-à-dire la nécessité de la recherche. On peut qualifier cette nécessité de nécessité médicale dans la mesure où elle répond à un objectif de recherche médicale. Le constat doit être fait, encore une fois, au sujet de la définition qu'il est permis de retenir de la notion de « nécessité ». C'est l'absence d'autre choix, d'autre moyen alternatif, pour parvenir à une certaine fin, qui caractérise la situation de nécessité. Il s'agit là aussi d'une nécessité « pour la recherche » et non « pour la personne ».

Le critère de la proportionnalité, dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme, apparaît également dans la convention de 1986, quant au choix de la procédure et des animaux utilisés. La préférence doit être accordée à l'utilisation des animaux les moins sensibles. Le choix des espèces doit faire l'objet d'un examen attentif. Le choix des procédures doit s'opérer en fonction de celles qui utilisent le nombre minimal d'animaux, qui causent le moins de dommages durables, de douleurs et de souffrances à l'animal et qui sont susceptibles de donner les résultats les plus satisfaisants (article 7). Ce critère de proportionnalité est en lien direct avec la conception d'une exigence de nécessité.

Par ailleurs, la convention de 1986 a fait l'objet d'un protocole d'amendement à la convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, adopté le 22 juin 1998 à Strasbourg et ratifié

³⁴⁹ La convention est entrée en vigueur pour la « Communauté européenne » le 1^{er} novembre 1998 (ratifiée par elle le 30 avril 1998).

³⁵⁰ Jordane Segura-Carissimi, « *Expérimentation animale et protection des animaux* », Gazette du palais, 11 août 2009, n° 219-223, p. 6 à 15.

par la France le 5 juin 2000. Le préambule de ce protocole mérite d'attirer l'attention, dans la mesure où il met davantage l'accent sur la limitation de l'utilisation des animaux à ces fins, par le développement et le recours à des méthodes substitutives. C'est une résurgence du principe de nécessité. Si l'on peut faire autrement et éviter le dommage causé, il convient de privilégier fermement le recours à un autre moyen.

310. La réglementation française en la matière suit la même logique. L'article 521-2 du code pénal prévoit que le fait de pratiquer des expériences ou des recherches scientifiques ou expérimentales sur les animaux sans se conformer aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'Etat est puni des peines prévues à l'article 511-1 du même code. Les prescriptions à respecter sont fixées par le décret n° 87-848 du 19 octobre 1987. Son article 1^{er} précise que les recherches pratiquées sur des animaux vivants ne sont licites qu'à la condition que celles-ci revêtent un caractère de nécessité et que ne puissent utilement y être substituées d'autres méthodes expérimentales. De plus, de telles expériences doivent être poursuivies à des fins limitativement énoncées.

En effet, l'article L.214-3 du code rural dispose qu'« il est interdit d'exercer des mauvais traitements envers les animaux (...). Il en est de même pour ce qui concerne les expériences biologiques médicales et scientifiques qui doivent être limitées aux cas de stricte nécessité. Le caractère de nécessité des expériences doit être apprécié sur des considérations essentiellement scientifiques ».

311. Enfin, une résolution législative du Parlement européen en date du 8 septembre 2010³⁵¹ limite et encadre les expérimentations à des fins scientifiques sur les animaux. Les nouvelles dispositions exigent des Etats membres qu'ils garantissent le recours aux méthodes de substitution lorsqu'elles sont validées au niveau communautaire. Auparavant, les Etats étaient encouragés à recourir à de telles méthodes ; il s'agit désormais d'une obligation. Si le recours à l'animal n'est pas nécessaire car une autre méthode existe, celle-ci doit être préférée. Ce texte, s'inscrit dans la même logique que les textes français et devrait conduire à une diminution sensible du nombre d'animaux utilisés à des fins scientifiques.

³⁵¹ Résolution législative du Parlement européen du 8 septembre 2010 relative à la position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques (06106/1/2010 – C7-0147/2010 – 2008/0211(COD)).

B. En matière de choix thérapeutiques « non traditionnels »

312. Le qualificatif « non traditionnel » a pour rôle de mettre l'accent sur la différence entre la méthode médicale classiquement et anciennement reconnue et les nouvelles méthodes de soins au sens large, reconnues plus récemment et dont la légitimité scientifique a longtemps fait débat. D'abord, l'ostéopathie et la chiropraxie sont des méthodes qui ont été considérées pendant de nombreuses années comme relevant de l'exercice illégal de la médecine ; ces pratiques sont désormais règlementées et rendues accessibles à des non-médecins (1°). La nécessité médicale y joue un rôle. Ensuite, la notion de nécessité médicale est également utilisée pour atténuer ou déroger à des grands principes du code de la santé publique intéressant des domaines « non traditionnels » tels que la procréation médicalement assistée ou l'utilisation des cellules souches placentaires (2°). Là aussi, le caractère récent et controversé de ces méthodes permet l'emploi du qualificatif « non traditionnel ».

1°) La réglementation de la chiropraxie et de l'ostéopathie

313. Selon l'article 1^{er} du décret du 7 janvier 2011 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de la chiropraxie, « les praticiens justifiant d'un titre de chiropracteur sont autorisés à pratiquer des actes de manipulation et mobilisation manuelles, instrumentales ou assistées mécaniquement, directes et indirectes, avec ou sans vecteur de force, ayant pour seul but de prévenir ou de remédier à des troubles de l'appareil locomoteur du corps humain et de leurs conséquences, en particulier au niveau du rachis, à l'exclusion des pathologies organiques qui nécessitent une intervention thérapeutique, médicale, chirurgicale, médicamenteuse ou par agents physiques ».

L'article 2 poursuit la même logique en imposant une obligation aux chiropracteurs à l'aide du même critère : « Les praticiens justifiant d'un titre de chiropracteur sont tenus, s'ils n'ont pas eux-mêmes la qualité de médecin, d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical, lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes ou que les troubles présentés excèdent leur champ de compétences ».

314. La réglementation de l'ostéopathie est similaire, elle en est l'inspiratrice puisqu'elle est plus « ancienne ». C'est un décret du 25 mars 2007³⁵² qui est venu, pour la première fois, reconnaître expressément l'exercice de l'ostéopathie en elle-même, et surtout l'exercice de l'ostéopathie par des non-médecins. Cette pratique était jusqu'alors considérée comme un exercice illégal de la médecine. L'article 1^{er} du décret explique les actes autorisés s'agissant d'ostéopathie. Il dispose : « les praticiens justifiant d'un titre d'ostéopathe sont autorisés à pratiquer des manipulations ayant pour seul but de prévenir ou de remédier à des troubles fonctionnels du corps humain, à l'exclusion des pathologies organiques qui nécessitent une intervention thérapeutique, médicale, chirurgicale, médicamenteuse ou par agents physiques. Ces manipulations sont musculo-squelettiques et myo-fasciales, exclusivement manuelles et externes. Ils ne peuvent agir lorsqu'il existe des symptômes justifiant des examens paracliniques ».

L'article 2 poursuit de la même façon que pour la pratique de la chiropraxie : « Les praticiens mentionnés à l'article 1^{er} sont tenus, s'ils n'ont pas eux-mêmes la qualité de médecin, d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical, lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes ou que les troubles présentés excèdent son champ de compétences ».

315. Ainsi, dès que le chiropracteur ou l'ostéopathe se trouve en présence d'une nécessité médicale, celui-ci doit d'une part reconnaître son incompetence à apporter une solution et d'autre part diriger la personne vers un médecin. La nécessité médicale signe la limite de compétence des deux nouvelles pratiques. Au surplus, la nécessité médicale crée également une obligation à la charge de l'ostéopathe et du chiropracteur en leur imposant la réorientation de la personne prise en charge. Cependant, il convient de noter qu'aucune sanction n'est prévue si le praticien exerçant, non-médecin, ne dirige pas le patient en état de nécessité médicale vers un médecin. On pourrait penser que les actes accomplis, au-delà de la compétence donnée par le décret, sortiraient dès lors de la légalité et ne seraient plus légitimés par ces dispositions réglementaires. Ils pourraient de ce fait être constitutifs d'un exercice illégal de la médecine.

En effet, les actes techniques de chiropraxie et d'ostéopathie sont des actes portant atteinte au corps humain en ce qu'ils peuvent modifier la disposition d'ensemble du corps. Les prescriptions décrétales susmentionnées sous-entendent, sans équivoque possible, que

³⁵² Décret n°2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

tant le chiropracteur que l'ostéopathe peut intervenir et agir sur le corps, en l'absence de nécessité médicale. Naturellement, cette condition est à écarter lorsque le praticien cumule la qualité de médecin avec celle d'ostéopathe ou de chiropracteur.

Ainsi, l'ensemble des praticiens en chiropraxie et ostéopathie effectue des actes qui portent atteinte au corps humain en l'absence de toute nécessité médicale. Leur activité est donc fondée sur des dérogations directes aux exigences de l'article 16-3 du code civil.

316. Dès lors, on comprend mieux les raisons pour lesquelles ces activités étaient considérées comme illégales avant la parution de ces décrets. D'une part parce qu'elles pouvaient constituer l'exercice illégal de la médecine³⁵³, d'autre part parce que la condition de nécessité médicale pouvait faire défaut. En définitive, ces dispositions de nature règlementaire viennent incontestablement déroger aux principes fondamentaux posés par le législateur dans l'article 16-3 du code civil. Pourtant, la protection des droits fondamentaux de la personne relève de la compétence du législateur (article 34 de la Constitution). Comment un décret peut-il contrevenir à des dispositions législatives générales, et fondamentales de surcroît ?

2°) *En tant qu'exception à des grands principes du code de la santé publique*

317. La nécessité médicale, de par son domaine naturel, a pour fonction de justifier l'atteinte à un grand principe posé par le code civil : l'inviolabilité du corps humain. Ces développements permettent de montrer que la notion de nécessité médicale est également amenée à justifier l'atteinte à d'autres « grands principes » du code de la santé publique.

318. Il s'agit d'abord du principe d'anonymat. Premièrement, on peut relever une atténuation du principe en matière de procréation médicalement assistée dans le cadre de l'hypothèse dérogatoire du don d'embryon. L'hypothèse est qualifiée de dérogatoire car le double don de gamètes demeure prohibé, et le don d'embryon revient d'une certaine façon à un double don, même si une différence est notable puisque l'embryon est déjà créé pour un

³⁵³ Les médecins ont, en effet, toujours disposé de la possibilité d'effectuer ce type d'actes, en cas de nécessité médicale, contrairement à ce qu'a soutenu le Syndicat national des ostéopathes français qui a tenté de faire interdire l'usage du titre d'ostéopathe aux médecins diplômés dans cette spécialité. L'ostéopathie fait partie des actes réservés aux médecins par l'arrêté du 6 janvier 1962 « fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins ». L'article 1er de ce texte dispose que ne peuvent être pratiqués que par des docteurs en médecine « toute mobilisation forcée des articulations et toute réduction de

couple, qui y renonce. Ce qui est d'ailleurs la condition de la loi³⁵⁴. Dans ce cas de figure, la nécessité médicale constitue le critère de l'exception au principe d'anonymat. En effet, le médecin peut avoir accès aux informations non identifiantes du couple ayant renoncé à l'embryon, et ce en cas de « nécessité thérapeutique ». C'est l'article L.2141-6 du code de la santé publique qui dispose : « Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce ». Les alinéas 2 et 3 poursuivent : « Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives. Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon ». Les informations transmises étant non identifiantes, il n'est pas possible de qualifier cette hypothèse d'« exception » véritable au principe d'anonymat ; il s'agit davantage d'une atténuation de celui-ci.

319. De toute évidence, il doit être remarqué que c'est la notion de nécessité thérapeutique qui est utilisée et non celle de nécessité médicale. La nécessité qui est thérapeutique est forcément médicale, comme l'étude a permis de le démontrer précédemment. L'adjectif thérapeutique comportant dans son contenu le qualificatif « médical ». En revanche, l'inverse n'est pas exact. Si l'on qualifie une chose, une action ou un concept de « médical(e) », cette chose, action ou ce concept, n'est pas nécessairement thérapeutique. Il pourrait l'être ou non.

Ainsi, l'article L.2141-6 du code de la santé publique concerne bien une hypothèse de nécessité médicale, et plus précisément de nécessité thérapeutique.

320. Deuxièmement, une véritable exception au principe d'anonymat est à relever en matière d'utilisation des cellules placentaires et de cordon ombilical. Là encore il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un cas d'atteinte à l'intégrité corporelle. La notion de nécessité

déplacement osseux, ainsi que toutes manipulations vertébrales, et, d'une façon générale, tous les traitements dits d'ostéopathie, de spondylothérapie (ou vertébrothérapie) et de chiropraxie ».

³⁵⁴ V. l'article L.2141-4 du code de la santé publique : « *Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6* ».

médicale n'est pas employée à cette fin, mais dans le but de pouvoir déroger au principe d'anonymat du don de cellules placentaires et de cordon ombilical. Le prélèvement en lui-même qui est l'acte attentatoire à l'intégrité du corps- est autorisé par sa prévision expresse dans la loi « à des fins scientifiques ou thérapeutiques ». Il s'agit déjà d'une dérogation au principe de l'article 16-3 du code civil. Au sein de cette dérogation, il est prévu une utilisation anonyme de ces cellules, sauf en cas de nécessité thérapeutique pour un enfant du couple.

321. En effet, depuis la loi du 7 juillet 2011 suscitée, l'article L. 1241-1 du code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. 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 ». On constate donc clairement que la nécessité thérapeutique est la condition à la dérogation du principe d'anonymat pour le prélèvement de cellules de sang de cordon et de sang placentaire.

322. L'autre principe auquel porte atteinte la notion de nécessité médicale est le principe de primauté et de dignité de la personne. En vertu des articles L. 2211-1 et L.2211-2 du code de la santé publique, la nécessité permet de porter atteinte aux principes édictés par l'article 16 du code civil : la primauté et la dignité de la personne humaine et le respect de l'être humain dès le commencement de la vie. La nécessité constitue, dans cette hypothèse, une justification pour pouvoir porter atteinte à un principe participant à la sauvegarde de droits constitutionnellement protégés. Dans ces prescriptions, il ne s'agit pas de façon exacte de la protection du corps mais de la protection de la personne. En effet, l'article L. 2211-1 suscitée reproduit l'article 16 du code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». L'article suivant, soit l'article L. 2211-2 vient immédiatement aménager une dérogation en précisant que : « *Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre* ». Ces deux articles constituent les principes généraux posés par la loi dans le

cadre de l'interruption volontaire de grossesse. Ils forment le chapitre un intitulé « principes généraux » du livre deux relatif à l' « interruption volontaire de grossesse ». Les conditions pour pouvoir porter atteinte au principe de primauté et de dignité de la personne dès le commencement de la vie sont l'état de nécessité et le respect des conditions légales spécifiquement prévues. Deux cas dérogatoires sont prévus par ces textes.

D'abord, l'hypothèse de la détresse de la femme enceinte qui souhaite avoir recours à un avortement³⁵⁵. D'après l'interprétation que l'on peut faire de la combinaison du principe de l'article L.2211-2 et de l'article L.2212-1 relatif au cas de détresse, ce cas entre forcément dans l'hypothèse de « nécessité » énoncée par la loi, et la condition supplémentaire tient au délai durant lequel la femme peut y avoir recours. Dans cette première hypothèse, la loi qualifie la situation de détresse de « cas de nécessité » dans le sens où, pour atteindre une fin, un seul moyen existe : l'interruption de grossesse. On est donc en présence d'un cas de nécessité pour la personne mais il est difficile de considérer que celui-ci soit un cas de nécessité « médicale ». Il s'agit d'une détresse non médicale ; la détresse est personnelle. En revanche, l'acte pratiqué exclusivement par un médecin, dans le cadre de son exercice professionnel, peut recevoir le qualificatif d'acte médical.

Ensuite, le second cas, qui est l'interruption de grossesse pour motif médical, peut dans certains cas constituer un cas de nécessité médicale. En effet, l'article L.2213-1 du code de la santé publique prévoit que : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.* ». Les deux motifs énoncés par ce texte sont d'ordre purement médical, puisqu'il s'agit de déterminer un péril pour la santé de la femme ou une affection incurable d'une particulière gravité pour le fœtus, et que de surcroît ces états sont appréciés exclusivement par des médecins. Le législateur a donc eu recours à la notion de nécessité médicale dans cette hypothèse, même si cela n'est pas exprès. En ce qui concerne le péril grave qui atteindrait la mère, la nécessité médicale (et même thérapeutique) pour elle-même ne fait pas de doute. En revanche, pour l'affection atteignant le fœtus, quelle serait la nécessité médicale de l'avortement ? La réponse est délicate à donner. Pour lui-même aucune, puisque la

³⁵⁵ Art. L.2212-2 du CSP : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ».

conséquence est son décès. Pour les parents ? Dans la définition pénale de l'état de nécessité, pour être en présence d'un tel état, la valeur sacrifiée doit être de moindre ou d'égale valeur, selon les doctrines, que le bien protégé. Dans le cas précité, la valeur sacrifiée est la vie de l'enfant à naître tandis que la valeur protégée est difficile à définir : l'absence de maladie incurable ? Le choix de vie des parents ? Il semble que l'équilibre de la balance des valeurs soit discutable. Ainsi, il est possible qu'un décalage entre la déclamation des textes et la définition de la notion de nécessité médicale existe. La législateur peut graver dans les textes que le cas de l'article L.2213-1 concernant le fœtus est un cas de nécessité médicale sans qu'en réalité, il en soit un. Si le caractère médical de la situation ne peut pas être contesté, il est discutable de considérer qu'au regard de la notion pénale d'état de nécessité, le cas de l'affection incurable du fœtus soit un cas de nécessité.

323. Force est de constater que le législateur peut parfois utiliser la notion de nécessité médicale pour qualifier une situation ne correspondant pas parfaitement à la définition classique de la notion. Le critère de nécessité médicale est donc utilisé par le législateur d'une manière différente de celle usitée pour la notion pénale de nécessité.

Dans ce cadre, le recours à la notion de nécessité permet une plus grande liberté de la personne. Il ne s'agit pas de réduire la liberté de la personne puisqu'on lui permet une plus large disposition de son corps.

324. Pour terminer, et à titre anecdotique, il sera mentionné que le code de la santé publique prévoit, dans sa partie réglementaire et dans ses dispositions particulières aux établissements publics de santé, les conditions de sortie des hospitalisés. Là encore, de façon assez incongrue, un article fait appel à la condition de nécessité médicale. C'est l'article R. 1112-65 du code susvisé qui précise que : « *Sous réserve du cas particulier des prématurés, de nécessité médicale, ou de cas de force majeure constatée par le médecin responsable du service, le nouveau-né quitte l'établissement en même temps que sa mère* ».

325. De façon constante, la nécessité médicale sert de fait justificatif à des situations dérogeant à la règle. Ici, la règle veut que le nouveau-né quitte l'établissement avec sa mère. Cette règle est contournée une nouvelle fois dans l'hypothèse de la nécessité médicale. Il s'agit ici d'une restriction opposée à la liberté de la mère. La valeur sacrifiée, étant la liberté de rentrer chez soi avec son nouveau-né, qui s'attache à la liberté d'aller et de

venir, paraît de moindre valeur que la valeur protégée qui est la protection de la santé du nouveau-né.

§2. *L'extinction du critère de nécessité médicale*

326. Dans le but d'élargir le champ de certaines règles dérogatoires, le législateur n'a pas repris, voire a supprimé, la condition de nécessité médicale. C'est le cas par exemple pour l'activité de télémédecine ou la régulation médicale par téléphone. Ces règles dérogatoires sont fondées au commencement sur la nécessité médicale mais celle-ci paraît rapidement oubliée (*B*). Dans d'autres cas, comme celui du dossier médical personnel, la nécessité médicale est envisagée comme justifiant la création du dossier mais cette motivation n'est pas expressément formulée par la loi (*C*). Dans un domaine plus sensible encore, celui du diagnostic prénatal et donc indirectement celui de l'avortement pour motif médical, la nécessité médicale aurait pu servir de rempart, devant le risque d'eugénisme entraîné par les nouveautés techniques. Après débats, la nécessité médicale n'est finalement pas requise pour pouvoir délivrer l'information relative à la possibilité du diagnostic prénatal (*A*).

A. En matière d'information relative au diagnostic prénatal

327. Lors de la dernière révision des lois dites « bioéthiques », dont le vote définitif a eu lieu le 23 juin 2011³⁵⁶, le Sénat avait modifié le projet de révision, en innovant sur de nombreux points. Il avait, par exemple, voté l'autorisation d'une recherche encadrée sur l'embryon et l'ouverture de l'aide médicale à la procréation aux femmes homosexuelles. Sur la question du diagnostic prénatal, le Sénat s'était penché sur la question de l'information systématique de la femme enceinte.

Comme ils l'avaient également décidé en commission, les sénateurs, au nom du principe d'autonomie du patient, avaient rejeté l'amendement qui souhaitait, pour limiter les risques d'eugénisme, que le diagnostic prénatal ne soit proposé que « lorsque les conditions médicales le nécessitent ». Les sénateurs souhaitaient donc rétablir l'information systématique de la femme enceinte.

³⁵⁶ Loi n° 2011-814, 7 juillet 2011 ; J.O., 8 juillet 2011, après seconde lecture et intervention d'une commission mixte paritaire.

L'examen, en première lecture, par le Parlement du projet de loi relatif à la bioéthique a donc dévoilé d'importants désaccords entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Lors de la seconde lecture et sous l'impulsion de la commission mixte paritaire, un rapprochement des points de vue s'est opéré, et la loi a été adoptée de façon définitive dans un sens plus conforme aux *desiderata* du Gouvernement.

328. Selon M. Daniel VIGNEAU, le diagnostic prénatal a été l'objet de « *l'ultime compromis sur des approches divergentes à propos des dérives possibles du diagnostic prénatal* »³⁵⁷. En effet, le texte adopté prévoit que toute femme enceinte doit recevoir, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse. Il s'agit donc d'une information quasiment automatique. Elle est seulement « adaptée à la situation ».

Le nouvel article L. 2131-1 du code de la santé publique prévoit ensuite qu'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, le cas échéant ou à leur demande, 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 né. De nouveaux examens de biologie médicale et d'imagerie à visée diagnostique peuvent être proposés par un médecin, le cas échéant membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, au cours d'une consultation adaptée à l'affection recherchée.

329. Le critère de la « nécessité », forcément médicale en l'espèce, a été purement et simplement évincé par le Sénat et, au final, par l'Assemblée Nationale qui y a renoncé. Pourtant, il fallait voir dans l'énonciation textuelle de ce critère la confirmation selon laquelle l'information ainsi délivrée conditionne la réalisation d'un acte grave par la suite. Au sein de la proposition originelle de loi, l'information délivrée n'était pas automatique mais délivrée en cas de nécessité médicale, c'est-à-dire si des raisons objectives portaient à croire que le risque d'une malformation existait.

330. L'information automatiquement délivrée à la femme enceinte ne constitue pas, il est certain, un acte attentatoire à l'intégrité corporelle. Pour autant, l'obligation d'information du médecin sur la possibilité de ces examens est le point de départ d'actes attentatoires à l'intégrité corporelle de la femme et du fœtus qui vont se dérouler par la suite. Cette information n'est donc pas sans lien avec le fait de pouvoir toucher au corps humain.

De surcroît, la délivrance, plus ou moins formalisée, par le médecin d'une telle information est source de soupçons et d'inquiétudes pour la femme enceinte qui imagine, de ce fait, un scénario malheureux qu'elle n'avait pas envisagé.

331. Pour ces raisons, la délivrance de l'information relative au diagnostic prénatal, subordonnée à la condition de nécessité médicale, aurait permis une meilleure protection de l'intégrité corporelle. On peut objecter cependant que cela aurait été fait au détriment du dépistage de certaines maladies intra-utérines. Cependant, le lien entre ce dépistage et la possibilité d'un avortement pour le motif d'une maladie incurable et grave du fœtus doit être fait. Ainsi, l'information délivrée sans condition, conduit à l'examen invasif, qui lui-même peut conduire à l'avortement du fœtus malformé ou handicapé. Encore une fois, la condition de nécessité médicale est évincée pour permettre une plus grande liberté corporelle de la femme, au détriment de la protection de la vie du fœtus.

B. En tant que fondement de la dérogation au principe de l'examen clinique par le médecin

L'article 7 du code de déontologie médicale rappelle un des principes basiques mais fondamentaux de l'exercice de la médecine : l'examen clinique du patient. De nouveaux modes d'exercice de la médecine permettent désormais d'y déroger, en raison, initialement pour le moins, de la nécessité médicale.

1°) Télé médecine

332. À l'origine, les règles relatives à la pratique des actes de télé médecine comprenaient, en tout premier point, la nécessité de tels actes. Au départ, la réalisation d'un acte de télé médecine devait être fondée sur une nécessité justifiée par l'absence d'offre de soins comparable pour le patient dans un périmètre proche.

³⁵⁷ V. « Révision de la loi de bioéthique : un « accouchement » au « forceps » », Daniel Vigneau, Dictionnaire

Par exemple, un rapport du Conseil national de l'Ordre des médecins relatif à la télémédecine, datant de janvier 2009, rappelle ses préconisations en la matière³⁵⁸. Ainsi, l'article 1^{er} de ces préconisations donne la mesure en édictant que : « *La réalisation d'un acte de télémédecine doit être fondé sur une nécessité justifiée par l'absence dans la proximité géographique du patient d'une offre de soins similaire de même qualité* ».

L'article 2 poursuit : « *Le patient doit être informé de la nécessité, l'intérêt, les conséquences et la portée de l'acte ainsi que sur les moyens mis en œuvre pour sa réalisation, et doit donner librement son consentement* ».

333. À la lecture de ces dispositions, il faut rappeler que la notion de nécessité médicale a, depuis l'origine, fondé des activités dérogatoires. Elle a pour fonction de justifier une acte qui n'est pas légal au commencement du raisonnement. De façon subséquente, elle « était » ainsi le fondement d'une activité dérogatoire (la télémédecine) à l'activité de principe (la médecine clinique). Pendant très longtemps, l'examen clinique a été considéré comme l'étape indispensable à l'intervention du médecin et à toute mise en place de traitement. Nombreuses étaient, et seront encore, les condamnations de praticiens qui prescrivent ou diagnostiquent, et donc exercent la médecine, sans examen réel du patient. Par exemple, la jurisprudence est constante sur le fait qu'un médecin prodiguant des conseils ou dispensant des traitements par voie téléphonique sans avoir vu et examiné le patient, est fautif, sur le plan ordinal tout du moins. La raison en est que l'exercice de la médecine implique nécessairement l'examen clinique et l'observation du patient en vue de l'exactitude de l'établissement du diagnostic, entre autres considérations. Ce principe, reconnu traditionnellement au sein des règles déontologiques des médecins a été récemment mis à mal par l'essor de la pratique de la télémédecine et de sa légalisation.

334. La condition de nécessité médicale pour pouvoir déroger au principe de l'examen clinique semble avoir disparu des textes de loi régissant la télémédecine. Si elle a été, au commencement, un critère servant à légitimer la dérogation, elle semble être oubliée à présent.

permanent de bioéthique, *Editions législatives*, 8 juillet 2011.

³⁵⁸ « *Les préconisations du CNOM* », rapport du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la télémédecine, janvier 2009, consultable en ligne sur leur site internet.

2°) Régulation médicale

335. Le principe de l'examen clinique par le médecin a également été infléchi par les nouvelles dispositions découlant de la loi « Hôpital, Patients, Santé, Territoire », relative à la permanence des soins, qui permettent plus qu'une régulation téléphonique, une véritable prise en charge du patient par téléphone. Le décret n° 2010-809 du 13 juillet 2010, relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins, crée notamment l'article R. 6315-5 du code de la santé publique qui dispose, dans son alinéa 3 : « *En dehors des cas relevant de l'aide médicale urgente, le médecin régulateur peut donner des conseils médicaux, notamment thérapeutiques, pouvant aboutir à une prescription médicamenteuse par téléphone. Il peut également procéder à une telle prescription lors de situations nécessitant en urgence l'adaptation d'une prescription antérieure. Lorsque la prescription nécessite l'établissement d'une ordonnance écrite, celle-ci est adressée à une pharmacie. La prescription, d'une durée limitée et non renouvelable, est conforme aux recommandations de bonnes pratiques professionnelles édictées par la Haute Autorité de santé relatives à la prescription médicamenteuse par téléphone dans le cadre de la régulation médicale* ». Dans ce texte, on retrouve la même dérogation que pour la télémedecine : un exercice médical sans examen clinique. Et, la dérogation prévue n'est pas, dans son principe, conditionnée par une exigence de nécessité médicale puisque le médecin régulateur peut, sans réserve, « *donner des conseils médicaux, notamment thérapeutiques, pouvant aboutir à une prescription médicamenteuse par téléphone* ».

C. En matière de « dossier médical personnel »

336. Créé par la loi du 13 août 2004, le dossier médical personnel (« DMP »), est l'objet d'expérimentations depuis 2006 et a connu quelques difficultés pratiques de mises en œuvre. Un décret du 4 janvier 2006, n° 2006-6, a été pris pour régler l'hébergement de données de santé à caractère personnel.

337. Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), a proposé, dans un avis du 29 mai 2008³⁵⁹, plutôt que de créer un dossier médical personnel pour chaque citoyen, un dossier médical personnel pour « *des personnes volontaires atteintes de maladies dont l'état*

³⁵⁹ Avis CCNE n° 104, 29 mai 2008, rendu public le 12 juin 2008.

nécessite l'intervention de nombreux professionnels sur le long cours ». Dans cet avis, le CCNE a dénoncé que le projet de DMP tel qu'il était envisagé n'était ni réaliste ni raisonnable et cela pour trois raisons. Le CCNE a d'abord identifié le risque d'échec économique en cas d'extension du DMP à l'ensemble de la population ; puis, il a indiqué le risque de masquage si le DMP est imposé et non proposé à titre facultatif ; enfin, il a souligné le risque d'appauvrir la dimension clinique et confidentielle de la médecine. Cela étant l'avis conclut en faveur de la mise en place du DMP pour des patients atteints de pathologies chroniques ou de handicap au long cours, c'est-à-dire dont l'état le nécessite. La fréquentation de divers acteurs de soins a donc été un argument important pour le CCNE, l'objectif à atteindre étant une meilleure prise en charge du patient et donc la délivrance de meilleurs soins. Le CCNE a donc indiqué que le DMP devait rester basé sur le volontariat et la nécessité.

Le législateur a, pour partie, suivi la position formulée par le CCNE en retenant le volontariat ; cependant, la nécessité n'a pas été expressément reprise. Il n'est donc plus possible de considérer que la nécessité médicale est un critère exigé par la loi pour l'établissement du DMP.

338. Ainsi, l'Agence nationale des Systèmes d'Informations Partagés de Santé³⁶⁰ a été créée pour permettre le déploiement national des conditions favorables à la mise en place effective du DMP. Le DMP est en effet, un dossier médical, informatisé et sécurisé qui a vocation à accompagner le patient tout au long de sa vie. Il est accessible sur internet.

Il est conçu comme un ensemble de services permettant au patient et aux professionnels de santé autorisés, de partager, sous forme électronique, partout et à tout moment, les informations de santé utiles à la coordination des soins du patient. Le DMP peut ainsi centraliser des informations telles que les antécédents et les allergies, les prescriptions médicamenteuses, les comptes-rendus d'hospitalisations et de consultations, ou encore les résultats d'examens complémentaires.

La loi prévoit que chaque assuré puisse en disposer. Il n'est cependant pas obligatoire et relève du choix du patient qui peut le consulter directement et en a l'entier contrôle : lui seul est censé autoriser son accès aux professionnels de santé.

³⁶⁰ Groupement d'Intérêt Public (anciennement dénommé GIP-DMP), devenu par un arrêté du 28 novembre 2009, l'Agence des Systèmes d'Informations Partagés de Santé (ASIP), agence d'Etat, Convention constitutive du 19 novembre 2009 consultable à l'adresse suivante : http://esante.gouv.fr/sites/default/files/Convention_constitutive_ASIP_19novembre2009.pdf

Désormais les patients consentent donc à la création d'un DMP, lors de la consultation d'un médecin ou lors d'un séjour dans un établissement de santé. Le consentement n'est pas matérialisé mais la remise de la carte vitale, dans cet objectif, fait office de présomption en la matière³⁶¹. Il faut en conclure qu'aucune véritable condition ne demeure dans l'instauration du DMP, ni la nécessité, ni le recueil d'un véritable consentement, puisqu'une présomption suffit³⁶².

Le patient peut à tout moment consulter son dossier, demander à le modifier, ou à supprimer certains éléments, voire même l'intégralité du dossier³⁶³. Le patient peut également s'informer des prises de connaissances de son dossier par les professionnels de santé.

339. Un des arguments soulevés pour sa création, a été d'exposer que l'historique médical est nécessaire au médecin pour soigner efficacement le patient. L'argument majeur est d'améliorer la coordination des soins et donc leur qualité et leur continuité. Se cache derrière ces considérations, la référence à une idée de nécessité médicale. Afin de gérer au mieux le vieillissement de la population et le développement des maladies chroniques, le DMP est perçu comme un outil performant, répondant à une nécessité médicale, mais non la nécessité médicale du patient, mais bien celle invoquée par le médecin³⁶⁴. Malgré tout, on peut déplorer que le principe de nécessité ne soit pas repris expressément dans les prescriptions légales. Le silence législatif répond certainement à la crainte de fermer le dispositif à des patients qui ne sont pas dans une situation incontestable de « nécessité

³⁶¹ Article L. 1111-8, alinéa 5 du CSP : « *Les professionnels et établissements de santé peuvent, par dérogation aux dispositions de la dernière phrase des deux premiers alinéas du présent article, utiliser leurs propres systèmes ou des systèmes appartenant à des hébergeurs agréés, sans le consentement exprès de la personne concernée dès lors que l'accès aux données détenues est limité au professionnel de santé ou à l'établissement de santé qui les a déposées, ainsi qu'à la personne concernée dans les conditions prévues par l'article L. 1111-7* ». Les deux premiers alinéas imposent le consentement de la personne concernée pour le recueil des informations font l'objet d'un hébergement, leurs modalités d'accès et de transmission.

³⁶² Notons également que depuis le décret n° 2012-1131 du 5 octobre 2012, l'article R. 1111-20-5 du CSP prévoit que le pharmacien consulte et alimente le dossier pharmaceutique, en utilisant conjointement la carte vitale de l'assuré et sa carte de professionnel de santé, et que de plus : « *Au moment de la dispensation, et sauf opposition du bénéficiaire ou de son représentant légal, le pharmacien, dans le respect des règles déontologiques et professionnelles qui lui sont applicables :*

1° Consulte le dossier pharmaceutique, afin de déceler et de signaler au bénéficiaire ou à son représentant légal les éventuels risques de redondances de traitements ou d'interactions médicamenteuses pouvant entraîner des effets iatrogènes connus et, le cas échéant, de refuser la dispensation ou de délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit, dans les conditions respectivement des articles R. 4235-61 et L. 5125-23.

2° Reporte ensuite dans ce dossier les informations mentionnées au 2° du I de l'article R. 1111-20-2. ».

³⁶³ Celui-ci est toutefois archivé pendant 10 ans.

³⁶⁴ Le CCNE, dans son rapport n° 104, souligne d'ailleurs que : « *Schématiquement, on peut considérer que le DMP a fait l'objet de deux conceptions différentes : tantôt il a été perçu comme instrument au service des professionnels de santé dans l'intérêt du malade et de la société ; tantôt il a été appréhendé comme un outil au service de patients dont la qualité de la prise en charge pâtit trop souvent d'une mauvaise coordination entre soignants* ».

médicale à être fichés de façon électronique », et ce, pour permettre un meilleur accès de tous les professionnels de santé.

340. Toutefois, s'agissant du report des informations dans le DMP, il faut noter certains principes créés par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, notamment l'article L.1111-15 du code de la santé publique, qui prévoit que :

« Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2, et selon les modalités prévues à l'article L. 1111-8, chaque professionnel de santé, exerçant en ville ou en établissement de santé, quel que soit son mode d'exercice, reporte dans le dossier médical personnel, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. En outre, à l'occasion du séjour d'un patient, les professionnels de santé habilités des établissements de santé reportent sur le dossier médical personnel les principaux éléments résumés relatifs à ce séjour ». Les éléments nécessaires à une bonne coordination des soins sont les éléments que le médecin peut et doit reporter sur le dossier médical personnel. Il s'agit bien d'une nécessité « médicale » puisqu'elle a trait à la coordination des soins. La coordination des soins est une des composantes essentielles d'une prise en charge efficiente de la personne ; elle permet de constituer ce que l'on dénomme le parcours de soins. Elle participe donc à la détermination de la qualité des soins eux-mêmes.

341. L'article L.1111-17 du code de la santé publique³⁶⁵, est relatif aux exceptions à l'exigence du consentement du patient pour qu'un professionnel de santé ait accès à son dossier. Il dispose : *« II.-Le professionnel de santé recueille, après avoir informé la personne concernée, son consentement pour qu'un autre professionnel de santé à qui il serait nécessaire de confier une partie de la prestation accède à son dossier médical personnel et l'alimente ».* Il s'agit toujours d'une nécessité pour des raisons médicales. Dans cette hypothèse, la nécessité médicale sert de critère pour déroger à l'exigence du recueil du

³⁶⁵ Article L1111-17, modifié par l'ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010, : *« I.-Les professionnels de santé accèdent au dossier médical personnel d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, en présence d'une situation comportant un risque immédiat pour sa santé, sauf si cette personne avait auparavant manifesté son opposition expresse à ce que son dossier soit consulté ou alimenté dans une telle situation. Le médecin régulateur du centre de réception et de régulation des appels d'aide médicale urgente mentionné à l'article L. 6311-2 qui reçoit un appel concernant une personne accède, sauf si cette personne avait auparavant manifesté son opposition expresse à ce que son dossier soit consulté dans une telle situation, au dossier médical personnel de celle-ci. ».*

consentement du patient par le professionnel accédant à son dossier médical. Le consentement est alors donné à un autre professionnel de santé, par avance en quelque sorte. La nécessité médicale permet encore une fois, d'accroître la liberté du corps médical.

342. Finalement, on constate une existence massive de la notion de nécessité médicale, sous des formes moins expresses, parfois même camouflées, dans le domaine large du droit de la santé. Même si, dans ce domaine, les prescriptions contenant la notion de nécessité médicale ne concourent pas à porter atteinte au corps humain, elles correspondent encore et toujours à des dérogations eu égard à des principes fondateurs du droit de la santé publique. Ces principes peuvent concerner, tant les droits des patients (principe d'anonymat, droit à l'information) que l'exercice de la profession de médecin (principe de l'examen clinique, création des dossiers médicaux). Les dérogations à ces principes trouvent un fondement commun : la nécessité médicale.

Section 2 : Un domaine étranger au domaine naturel

343. Le domaine est dit « étranger » au regard du domaine originel qui est celui du droit médical ou droit de la santé au sens étroit du terme.

Le domaine étranger au domaine du droit médical et faisant appel à la notion de nécessité médicale, d'une manière parfois camouflée, est constitué d'abord par le droit social et le droit de la sécurité sociale- deux branches du droit intimement liées par leur origine commune-. Le domaine étranger au domaine naturel est aussi composé de prescriptions relatives à la situation administrative des étrangers en situation irrégulière. Pour acquérir davantage de clarté dans l'analyse, il doit être procédé à l'étude du droit de la sécurité sociale d'abord, et ensuite à celle des dispositions du droit du travail intéressant la notion de nécessité médicale car elles sont en lien avec l'assurance-maladie.

En effet, dans son ensemble, la « sécurité sociale » englobe les prestations d'assurance-maladie, d'accidents du travail et des maladies professionnelles, les allocations vieillesse et les prestations familiales. Ainsi, en s'intéressant en premier lieu au code de la sécurité sociale, on s'aperçoit que la nécessité médicale est un des critères servant à la détermination du caractère remboursable des prestations médicales (actes, médicaments, etc.). En second lieu,

l'étude du droit social dans ses dispositions relatives à la femme salariée enceinte permet de parachever l'analyse.

Enfin, la recherche est complétée par l'étude des manifestations de la notion de nécessité médicale en droit administratif par le biais du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

§1. *En droit de la sécurité sociale*

Bien que le système de couverture sociale des particuliers soit moins développé aux Etats-Unis d'Amérique, le critère de « medical necessity » est également pris en compte pour la détermination de la prise en charge du coût des actes et dispositifs médicaux³⁶⁶. En droit français, l'étude des textes légaux (A) et de la jurisprudence en la matière (B) révèlent la prise en compte de la notion de nécessité médicale.

A. *Les textes applicables à la prise en charge des actes*

344. Les textes issus du code de la sécurité sociale mettent en exergue, d'une part, le domaine de couverture que le régime de l'assurance maladie prend en charge (1°) et d'autre part, les critères de l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie (UNCAM) pour déterminer la prise en charge ou non de l'acte ou de la prestation du professionnel de santé (2°).

1°) *Disposition générale relative au fonctionnement de l'assurance maladie*

345. L'article L.321-1 du code de la sécurité sociale dispose que : « *L'assurance maladie comporte : 1°) La couverture des frais de médecine générale et spéciale, des frais de*

³⁶⁶ En vertu de la loi, l'assurance-maladie ne peut couvrir que les dispositifs et les actes qui sont « nécessaires pour le diagnostic ou le traitement d'une maladie ou d'une blessure ou d'améliorer le fonctionnement d'un membre du corps malformé », à moins qu'il n'existe une autre autorisation légale pour le paiement. Voir les sites suivants :

http://insurance.illinois.gov/HealthInsurance/Medical_Necessity.asp

http://healthinsurance.about.com/od/healthinsurancetermsm/g/medical_necessity_definition.htm Le dernier site donne la définition de la nécessité médicale telle que formulée par Medicare (système d'assurance-santé géré par le gouvernement des États-Unis au bénéfice des personnes de plus de 65 ans ou répondant à certains critères) : « *Medicare, for example, defines medically necessary as: "Services or supplies that are needed for the diagnosis or treatment of your medical condition and meet accepted standards of medical practice."* ». Cette définition peut être traduite de la façon suivante : « Les services ou fournitures qui sont nécessaires pour le diagnostic ou le traitement de votre état de santé et répondent aux normes acceptées de la pratique médicale ».

soins et de prothèses dentaires, des frais pharmaceutiques et d'appareils, des frais d'examens de biologie médicale, y compris la couverture des frais relatifs aux actes d'investigation individuels, des frais d'hospitalisation et de traitement dans des établissements de soins, de réadaptation fonctionnelle et de rééducation ou d'éducation professionnelle, ainsi que des frais d'interventions chirurgicales, nécessaires pour l'assuré et les membres de sa famille, au sens fixé par l'article L. 313-3, y compris la couverture des médicaments, produits et objets contraceptifs et des frais d'examens de biologie médicale ordonnés en vue de prescriptions contraceptives ».

Le régime de l'assurance maladie a donc pour vocation de couvrir le paiement des actes et prestations des professionnels de santé « nécessaires pour l'assuré ». Il convient donc de savoir comment est apprécié ce caractère nécessaire. Il n'est pas, bien évidemment, laissé à l'appréciation de l'assuré, ni à l'appréciation du médecin. Les dispositions du code de la sécurité sociale prévoient comment et par qui, il est procédé à l'appréciation du caractère « nécessaire » et donc remboursable des actes accomplis.

2°) Disposition générale relative aux soins

346. L'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale dispose que : « La prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé, dans le cadre d'un exercice libéral ou d'un exercice salarié auprès d'un autre professionnel de santé libéral, ou en centre de santé ou dans un établissement ou un service médico-social, ainsi que, à compter du 1er janvier 2005, d'un exercice salarié dans un établissement de santé, à l'exception des prestations mentionnées à l'article L. 165-1, est subordonné à leur inscription sur une liste établie dans les conditions fixées au présent article. L'inscription sur la liste peut elle-même être subordonnée au respect d'indications thérapeutiques ou diagnostiques, à l'état du patient ainsi qu'à des conditions particulières de prescription, d'utilisation ou de réalisation de l'acte ou de la prestation (...) ».

La manière de procéder tient à donc à l'inscription sur une liste. Celle-ci dépend de critères qui relèvent d'une compétence d'appréciation partagée entre la Haute Autorité de Santé et l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie (UNCAM).

Ainsi, dans le cadre de ses missions, la Haute Autorité de Santé évalue le service attendu des actes professionnels puis, rend un avis quant à leur inscription ou à la modification de leur condition d'inscription ou à leur radiation de la liste prévue à l'article sus visé, c'est-à-dire la liste des actes pris en charge par l'assurance maladie. L'avis de la Haute Autorité est ensuite

transmis à l'Union nationale des caisses d'assurance maladie qui prend la décision d'inscrire ou de modifier les conditions d'inscription ou de radier les actes. L'évaluation du service attendu prend en compte l'intérêt diagnostique et l'intérêt de santé publique. Dans l'appréciation de l'intérêt diagnostique ou thérapeutique sont considérées l'efficacité, la sécurité et la place de l'acte dans la stratégie diagnostique ou thérapeutique. L'intérêt de la santé publique est évalué en terme d'impact sur la santé de la population (mortalité, morbidité, qualité de vie, besoin thérapeutique non couvert eu égard à la gravité de la pathologie), d'impact sur le système des soins, et d'impact sur les programmes et politiques de santé publique.

L'article L. 162-1-7 suscitée précise également que doit être appréciée l'amélioration du service attendu (ASA), c'est-à-dire le bénéfice supplémentaire apporté par l'acte évalué par rapport aux techniques alternatives déjà existantes.

La Haute Autorité rend également le même type d'avis pour les produits et les prestations de santé et sur les médicaments³⁶⁷.

347. Ainsi, si la nécessité médicale est un critère pour la Haute Autorité de Santé, ce n'est que d'une manière camouflée. Derrière la considération du « bénéfice supplémentaire » et de l'« intérêt thérapeutique » des actes professionnels étudiés par elle, se cache certainement l'idée de la nécessité médicale, ou plutôt de l'opportunité médicale.

348. *Cas de l'affection de longue durée.* Une affection de longue durée « exonérante » est une maladie dont la gravité et/ou le caractère chronique nécessitent un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse ouvrant droit à la prise en charge à 100 % pour les soins liés à cette pathologie. Les affections de longue durée sont limitativement définies par leur inscription sur une liste établie par le ministre de la Santé. La liste est, fixée par l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale, et a été actualisée par le décret du 19 janvier 2011³⁶⁸ et par le décret du 24 juin 2011³⁶⁹. Ce dernier a retiré l'hypertension artérielle sévère de la liste des affections de longue durée, à compter du 27 juin 2011.

Cette évolution réglementaire s'appuie sur les avis rendus par la Haute Autorité de santé, soulignant que l'hypertension artérielle isolée constitue un facteur de risque et non une

³⁶⁷ Ces avis sont consultables en ligne et dans leur intégralité, à l'adresse suivante : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/sd_668980/toutes-nos-publications-ligne-principale?portal=c_6737

³⁶⁸ Décret n° 2011-77 du 19 janvier 2011.

³⁶⁹ Décret n° 2011-726 du 24 juin 2011.

pathologie avérée. Cependant, les traitements hypertenseurs qui sont prescrits dans le cadre d'une autre affection de longue durée, comme le diabète ou une affection cardiovasculaire restent pris en charge intégralement par l'Assurance maladie.

349. On constate dès lors que la notion de nécessité médicale est entendue dans un sens extrêmement étroit. En effet, le traitement d'un facteur de risque permettra d'éviter la survenue d'une pathologie plus lourde, pouvant constituer une affection de longue durée. Néanmoins, l'assurance-maladie ne prend pas en compte ces considérations et a choisi de ne pas couvrir les actes relevant de la prévention.

350. Un autre exemple marquant est celui de la chirurgie réfractive de l'œil qui permet de supprimer, par exemple, la myopie d'une personne. Cet acte chirurgical qui peut être considéré comme un acte thérapeutique nécessaire, puisqu'il guérit un trouble de la vision, n'est pas pris en charge par l'assurance-maladie. Cette opération est considérée par l'assurance-maladie comme une opération de confort.

351. *Illustrations multiples.* La nécessité médicale s'insère dans de nombreuses dispositions et réglementations diverses. Par exemple, la convention nationale conclue entre les médecins libéraux et l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie prévoit, dans son article 27.2, relatif à l'amélioration de la prise en charge de certaines pathologies chroniques, que : « les patients atteints de maladies neurodégénératives, et tout particulièrement ceux atteints par la maladie d'Alzheimer, nécessitent un suivi attentif et une évaluation périodique de leur pathologie. Une consultation réalisée au domicile du patient et en présence des aidants naturels apparaît nécessaire pour mieux appréhender la situation du patient dans son environnement habituel et mieux répondre à ses besoins et à ceux de son entourage ». Il est alors créé une « visite longue et complexe valorisée à hauteur de 2V et dénommée VL ».

352. À la lecture de ces stipulations, on comprend que l'appréciation de la nécessité médicale peut servir de point d'ancrage au remboursement ou non d'actes médicaux, mais elle peut aussi être inspiratrice de nouveaux dispositifs de rémunération du médecin et donc de remboursement pour l'assuré. Certes, cette nécessité n'est pas toujours utilisée de façon expresse dans les textes juridiques mais elle existe de façon sous-jacente, malgré la non-prise de conscience des rédacteurs et des décideurs.

353. *Tendance à l'éviction du critère de la nécessité médicale au profit de considérations économiques.* À côté de cette existence camouflée, le critère de la nécessité

médicale peut parfois être ignoré et écarté au profit de considérations économiques dont l'importance préoccupe fortement les pouvoirs publics à l'heure actuelle. Ainsi, le projet de loi³⁷⁰ de financement de la sécurité sociale pour 2012 instaure un régime de rigueur pour participer au comblement du déficit du système de sécurité sociale. Il prévoit, par exemple, une économie de 770 millions d'euros pour les Caisses de sécurité sociale grâce à la suppression ou à la baisse du remboursement de certains médicaments jusqu'alors couverts par les cotisations³⁷¹.

354. La Haute Autorité de Santé (HAS) a pour mission, depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008, d'émettre des recommandations et des avis médico-économiques sur les stratégies de soins, de prescription ou de prise en charge les plus efficaces³⁷².

Selon la nouvelle loi de financement de la sécurité sociale, cette évaluation médico-économique, qui repose sur la comparaison des différentes thérapeutiques pertinentes en prenant en compte simultanément leurs coûts et leurs conséquences, permet de mieux analyser l'efficacité attendue ou constatée des produits de santé remboursés au regard des alternatives disponibles et constitue ainsi un levier essentiel d'optimisation des décisions en matière de fixation du prix des traitements et des conditions de leur prise en charge par l'assurance maladie.

Pour que cet outil puisse pleinement jouer son rôle, il est ainsi proposé de renforcer la mission médico-économique de la HAS dans tous les domaines où l'identification des stratégies de soins, de prescription et de prise en charge fait apparaître des enjeux importants, notamment au plan financier.

La commission spécialisée dans le domaine de l'évaluation médico-économique des produits de santé voit son champ de compétence étendu et ses avis pris en compte pour fixer les prix des produits de santé et décider ou non de l'opportunité de leur prise en charge. Toute demande d'inscription et de renouvellement d'inscription d'un produit de santé nécessitant une évaluation médico-économique sera accompagnée du versement d'une taxe additionnelle.

³⁷⁰Projet de loi n° 3790 consultable à l'adresse suivante <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3790.asp>

³⁷¹ Le projet de loi prévoit également de taxer le chiffre d'affaires des entreprises pharmaceutiques à hauteur de 1,6% pour les trois prochaines années (article L.245-6 du code de la sécurité sociale). L'exonération instaurée à l'égard des contrats des mutuelles étudiantes de santé est également supprimée ; les droits sur les boissons alcoolisées sont relevés et le prix du tabac augmenté.

³⁷² Article L. 161-37 du code de la sécurité sociale.

355. Au final, le critère de la nécessité médicale des actes pour déterminer leur prise en charge par l'assurance maladie semble être de plus en plus mis à l'écart par la politique actuelle, confrontée à la nécessité du désendettement. Si l'on peut considérer qu'il n'est pas mis à l'écart, il est au moins, combiné avec les impératifs d'efficacité et d'économie.

D'un certain point de vue, il est possible de penser que la nécessité médicale pourrait servir d'outil au service de cette nouvelle vision de la médecine économiste. En considérant notamment que seuls les actes médicalement nécessaires ou les médicaments répondant à une nécessité médicale pourraient donner lieu à remboursement, la nécessité médicale pourrait constituer un critère de réduction du domaine de remboursement.

356. Dans le même ordre d'idées, il doit être signalé la présence quasi systématique, dans les cabinets dentaires, d'une affiche grand format, réalisée par l'assurance-maladie indiquant que « *certaines actes ne sont pas remboursables par votre Caisse d'assurance maladie* » tels que le rescellement d'éléments de prothèse dentaire, les prothèses dentaires provisoires, les implants, etc., et concluant que « *le fait que ces actes ne soient pas pris en charge ne signifie pas qu'ils ne sont pas médicalement justifiés* ».

Le message est limpide s'agissant des soins dentaires : l'assurance maladie ne base pas la détermination de sa prise en charge sur le caractère médicalement justifié des actes de soins.

Entre le caractère « nécessaire » et le caractère « justifié », il n'y a qu'un pas puisque la nécessité sert précisément de fait justificatif, comme nous l'avons démontré par ailleurs. Etant donné qu'il s'agit d'une notion téléologique, la finalité poursuivie détermine le caractère nécessaire ou justifié d'une action.

Ainsi, l'assurance-maladie s'affranchit publiquement et sous couvert d'informations de prévention, de la règle basique en matière de détermination de recouvrement : le caractère médicalement nécessaire des actes en cause, posé par l'article L.321-1 du code de la santé publique.

Les critères de la prise en charge par l'assurance maladie sont également mis au jour par l'apport des décisions de justice.

B. L'apport jurisprudentiel

357. Les modalités de prise en charge des divers frais médicaux par les organismes d'assurance maladie sont également révélées par des décisions de justice, ayant précisé les règles textuelles applicables ou les ayant illustrées, tant sur le plan national que sur le plan européen. La première illustration par des juridictions françaises concerne le remboursement des frais de transports exposés par l'assuré ayant subi un accident du travail ou souffrant d'une maladie professionnelle (1°). Parallèlement, la Cour de justice de l'union européenne a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises sur la prise en charge de soins transfrontaliers, c'est-à-dire, délivrés dans un Etat différent du pays d'origine du patient (2°).

1°) La détermination de la prise en charge des frais de transports

358. Les personnes victimes d'accidents du travail sont souvent contraintes de se présenter à des consultations médicales dans le cadre du traitement qu'elles suivent, pour faire face aux conséquences de l'accident lui-même ou à une éventuelle rechute. La question se pose alors souvent de savoir dans quelle mesure les frais de déplacements, pour se rendre à ces consultations, sont pris en charge par les caisses de sécurité sociale.

Les litiges relatifs aux frais de transports de victimes d'accidents du travail sont anciens. La jurisprudence a toujours retenu l'état de santé du patient comme étant le critère déterminant de l'obligation de remboursement qui pèse sur les caisses, même si le coût du transport est élevé. Dans les années 1970, la Cour de cassation a amorcé une jurisprudence considérant que la caisse de sécurité sociale n'était tenue de prendre en charge les frais de déplacement de la victime d'un accident du travail « *qu'en cas de nécessités médicales* » du traitement³⁷³. Dans un arrêt du 10 janvier 1975, la chambre sociale a considéré que l'organisme social ne pouvait être condamné au paiement des frais exposés lors d'un transport en ambulance dès lors que l'expert technique avait écarté cette nécessité médicale, peu importaient les convenances personnelles de la victime, mal conseillée, ou l'erreur commise par l'hôpital en mettant une ambulance à sa disposition³⁷⁴.

³⁷³ V. Thierry Tauran, « *Prise en charge de frais de déplacement* », J.C.P. Social, 13 janvier 2009, n° 3, 1022.

³⁷⁴ Soc., 10 avril 1975, Bull. Civ. 1975, V, n° 184 ; Soc., 13 décembre 1973, Bull. civ. 1973, V, n° 663.

359. Dans le même sens, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 22 mars 1982³⁷⁵, a conclu que les frais de déplacement d'un assuré victime d'un accident du travail, sur un parcours entre son domicile et un hôpital situé dans la même commune pour y suivre des séances de massage, doivent être couverts dès lors que la nécessité médicale du transport n'est pas contestée.

360. Au surplus, la chambre sociale a décidé, dans un arrêt du 20 avril 2000³⁷⁶, que la prise en charge des frais nécessités par le traitement de la victime s'étend à toutes les conséquences directes de l'accident du travail. Ainsi dans ces espèces, il s'agit, pour la juridiction, de caractériser la nécessité médicale du transport, et par conséquent des frais engendrés par l'accident, pour statuer sur leur prise en charge.

361. Finalement, le caractère remboursable des frais médicaux liés directement à l'accident du travail est défini par la nécessité médicale de ces frais (transports, etc.).

En vertu de ce raisonnement, la deuxième chambre civile, dans un arrêt du 13 novembre 2008, a même reconnu que l'absence d'autorisation préalable de la caisse d'assurance, pour un transport de plus de 150 kilomètres, n'était pas un obstacle à la reconnaissance du caractère remboursable des frais, dès lors que ce transport était en lien direct avec l'accident du travail. En l'espèce, il s'agissait d'un rendez-vous de consultation précédent une opération, (elle-même liée à l'accident).

La nécessité médicale est ici sous-jacente même si elle n'est pas expressément visée par la décision.

362. Sans être lié à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'article R. 322-10-1 du code de la sécurité sociale prévoit qu'un référentiel de prescription arrêté par le ministre chargé de la sécurité sociale précise les situations dans lesquelles l'état du malade justifie la prescription et la prise en charge des modes de transport en fonction de l'importance des déficiences et incapacités et de leurs incidences.

³⁷⁵ Soc., 22 mars 1982, Bull. Civ. 1982, V, n° 199.

³⁷⁶ Soc., 20 avril 2000, Bull. Civ. 2000, V, n° 148.

C'est un arrêté du 23 décembre 2006³⁷⁷ qui fixe le référentiel de prescription des transports prévu à l'article R. 322-10-1 du code de la sécurité sociale. Il prévoit, dans son article 1^{er}, que :

« Un transport par ambulance peut être prescrit lorsque l'assuré ou l'ayant droit présente au moins une déficience ou des incapacités nécessitant un transport en position obligatoirement allongée ou demi-assise, un transport avec surveillance par une personne qualifiée ou nécessitant l'administration d'oxygène, un transport avec brancardage ou portage ou un transport devant être réalisé dans des conditions d'asepsie »

L'article 2 poursuit : *« Un transport assis professionnalisé mentionné au 2° de l'article R. 322-10-1 peut être prescrit pour l'assuré ou l'ayant droit qui présente au moins une déficience ou incapacité suivante :*

- *déficience ou incapacité physique invalidante nécessitant une aide au déplacement technique ou humaine mais ne nécessitant ni brancardage ni portage ;*
- *déficience ou incapacité intellectuelle ou psychique nécessitant l'aide d'une tierce personne pour la transmission des informations nécessaires à l'équipe soignante en l'absence d'un accompagnant ;*
- *déficience nécessitant le respect rigoureux des règles d'hygiène ;*
- *déficience nécessitant la prévention du risque infectieux par la désinfection rigoureuse du véhicule.*

Un transport assis professionnalisé peut également être prescrit pour l'assuré ou l'ayant droit soumis à un traitement ou ayant une affection pouvant occasionner des risques d'effets secondaires pendant le transport »

Au final, le critère est celui de l'état de nécessité du patient apprécié par un médecin. Cette nécessité « appréciée par le médecin », donc médicale, est véritablement au cœur de la détermination de la prise en charge des frais de transports des assurés sociaux.

2°) La prise en compte de la nécessité médicale par la jurisprudence de la CJUE

363. D'abord, la nécessité médicale sert de fondement aux organismes couvrant les assurés sociaux pour autoriser ou non la prise en charge à l'étranger (a). Ensuite, l'institution compétente est liée par le constat de la nécessité médicale (b).

³⁷⁷ Arrêté du 23 décembre 2006 fixant le référentiel de prescription des transports prévu à l'article R. 322-10-1 du

a) La nécessité médicale fonde la prise en charge

364. À diverses reprises devant la Cour de Justice de l'Union Européenne, la question s'est posée de savoir si des actes médicaux au sens large -soins, hospitalisations, etc.- pouvaient donner lieu à une prise en charge par l'assurance maladie du pays du patient, lorsque celui-ci a reçu les soins dans un autre pays que le sien, appartenant néanmoins à l'Union européenne. Le fondement de ce questionnement réside dans l'article 49 du Traité CE relatif à la libre prestation de services³⁷⁸.

Depuis 1998, dans un arrêt *Kholl*³⁷⁹, la Cour avait rejeté le principe même de l'autorisation préalable pour l'accès à des prestations non hospitalières prodiguées à l'étranger. Pour les seuls soins hospitaliers en revanche, le préalable de l'autorisation est approuvé par la Cour, notamment à travers l'arrêt *Smits et Peerboms* du 12 juillet 2001³⁸⁰, mais sous de strictes conditions³⁸¹. Si le droit communautaire ne s'oppose pas, en principe, à l'exigence de cette autorisation préalable pour avoir droit aux remboursements de prestations médicales effectuées à l'étranger, il faut néanmoins que les conditions mises à l'octroi d'une telle autorisation soient justifiées, d'après le raisonnement de la Cour. Il faut que ces conditions soient proportionnées. Elles sont au nombre de deux dans cet arrêt contre les Pays-Bas : le caractère usuel de l'acte pratiqué et la nécessité médicale de celui-ci.

Ainsi, la Cour a examiné la condition liée au caractère nécessaire du traitement envisagé et en a conclu que :

« Il y a lieu de répondre à la juridiction nationale que les articles 59 et 60 du traité ne s'opposent pas à la législation d'un État membre(...), qui subordonne la prise en charge de soins dispensés dans un établissement hospitalier situé dans un autre État membre à l'obtention d'une autorisation préalable de la caisse de maladie à laquelle l'assuré est affilié et qui soumet l'octroi d'une telle autorisation à la double condition que, d'une part, le

code de la sécurité sociale, NOR: SANS0624760A.

³⁷⁸ La CJUE a jugé dans un arrêt *Watts* du 16 mai 2006, C-372/04, que « l'article 49 CE s'applique à une situation dans laquelle une personne dont l'état de santé nécessite des soins hospitaliers se rend dans un autre État membre et y reçoit de tels soins contre rémunération, sans qu'il soit besoin d'examiner si les prestations de soins hospitaliers fournies dans le cadre du système national dont relève cette personne constituent en elles-mêmes des services au sens des dispositions sur la libre prestation des services ».

³⁷⁹ Affaire C-1258/96 en date du 28 avril 1998.

³⁸⁰ V. « Note sous Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 13 mai 2003, C-385/99, V. G. Muller-Fauré et E.E.M van Riet, conclusions D. Ruiz-Jarabo Colomer », Journal du droit international (Clunet), 2004, n° 2, p.595, commentaire de Mme Monique Luby.

³⁸¹ L'exigence de l'autorisation préalable est admise par la Cour dans certains cas : risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, maîtrise des coûts, accessibilité permanente à des soins hospitaliers de qualité.

traitement puisse être considéré comme « usuel dans les milieux professionnels concernés », critère également appliqué lorsqu'il s'agit de déterminer si des soins hospitaliers dispensés sur le territoire national bénéficient d'une couverture, et que, d'autre part, le traitement médical de l'assuré l'exige. Il n'en va toutefois de la sorte que pour autant : - que l'exigence relative au caractère « usuel » du traitement soit interprétée de telle manière que l'autorisation ne puisse être refusée de ce chef lorsqu'il apparaît que le traitement concerné est suffisamment éprouvé et validé par la science médicale internationale, et - que l'autorisation ne puisse être refusée du chef d'une absence de nécessité médicale que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun auprès d'un établissement ayant conclu une convention avec la caisse de maladie dont relève l'assuré ».

Pour la Cour, il y a donc une « nécessité médicale » de se rendre dans un autre Etat pour y être hospitalisé et soigné, lorsque dans son pays, une offre de soins comparable et en temps opportun n'existe pas. Elle assimile donc la nécessité médicale au traitement adéquat à l'affection et délivré au moment opportun.

365. Selon certains auteurs, la CJUE a affiné l'approche développée dans *l'arrêt Smits et Peerboms* lorsqu'elle s'est prononcée dans l'arrêt *Müller-Fauré* du 13 mai 2003³⁸² pour apprécier la nécessité médicale de la situation du patient. La Cour retient une analyse *in concreto*, au cas par cas, pour qualifier ou non de nécessité médicale la situation du patient (degré de douleur, nature du handicap, antécédents etc.). Ainsi, dans cette décision, le dossier médical du patient est le critère décisif mais non exclusif pour apprécier la nécessité médicale du traitement. Finalement, la protection de la santé publique, sert de support juridique à la dérogation au principe de libre prestation de services, à travers le mécanisme des autorisations préalables en matière de soins hospitaliers transfrontaliers. Dans le cadre d'un litige, c'est ensuite, au juge national d'apprécier dans chaque cas, la nécessité médicale du traitement au vu du dossier médical et accessoirement de la liste d'attente, comme dans cette espèce.

366. Dans une affaire opposant la Commission européenne à la République portugaise, pour laquelle les conclusions de l'avocat général sont disponibles³⁸³, le reproche

³⁸² Affaire C-385/99.

³⁸³ Conclusions présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire C-255/09 pour laquelle la République de Finlande et le Royaume d'Espagne sont intervenus à la procédure au soutien des conclusions de la République portugaise. L'avocat général introduit son propos ainsi : « *La présente espèce s'inscrit dans le contexte de toute une série d'affaires dans lesquelles la Cour a montré les limites en droit de l'Union des restrictions opérées par les États*

fait au Portugal tient à l'exigence d'une autorisation préalable pour la prise en charge de soins non hospitaliers dans un autre Etat membre de l'Union. Le problème tient plus précisément à l'existence de conditions restrictives pour l'obtention de l'autorisation préalable du système d'assurance. En vertu du droit portugais, et sans entrer dans le détail, le patient, qui a besoin d'un traitement hautement spécialisé à l'étranger, doit obtenir l'autorisation de trois services différents avant de se faire soigner à l'étranger. Ces trois services attestent de la nécessité médicale pour le patient d'obtenir des soins à l'étranger, faute de pouvoir dispenser les mêmes soins au Portugal. La nécessité réside alors dans l'absence d'offre de soins comparable dans le pays d'origine.

367. L'avocat général rappelle dans ses conclusions que : « *Si la réglementation litigieuse (portugaise) n'empêche pas directement les patients de s'adresser à un prestataire dans un autre État membre, la perspective d'une perte financière en l'absence de prise en charge des frais médicaux par le système national de santé à la suite d'une décision administrative négative est, en soi, objectivement de nature à décourager des patients potentiels souhaitant recevoir un traitement médical à l'étranger. Ce point de vue est corroboré par les arrêts Kohll, Smits et Peerbooms, ainsi que Müller-Fauré et van Riet, dans lesquels la Cour a notamment confirmé l'effet dissuasif de ces exigences d'autorisation qui visent à attester la nécessité médicale d'un traitement à l'étranger. La complexité de cette procédure d'autorisation, qui s'articule notamment en trois étapes, constitue un autre facteur dissuasif pour le recours à des prestations de santé transfrontalières. La possibilité d'une divergence de points de vue des différents services sur la nécessité médicale d'un traitement à l'étranger n'est pas à exclure* ».

membres concernant le bénéfice de prestations de santé transfrontalières dans le marché intérieur. Dans l'exercice de ses compétences d'interprétation du droit de l'Union et, en l'espèce, des dispositions de droit primaire relatives à la libre prestation des services, la Cour a progressivement développé une abondante jurisprudence, qu'elle a affinée au fur et à mesure des demandes de décision préjudicielle qui lui ont été soumises par les juridictions des États membres. Le droit des citoyens de l'Union de bénéficier, aussi largement que possible et sans entraves, de prestations de santé transfrontalières, généralement connu sous l'expression «mobilité des patients», a pu être précisé, notamment grâce à la jurisprudence abondante en la matière. Jusqu'à présent, la Cour a, d'une certaine manière, joué un rôle de précurseur dans la mise en œuvre du droit de toute personne d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux, désormais reconnu à l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, malgré l'inaction du législateur de l'Union, la jurisprudence a permis d'éliminer les restrictions opérées sous la forme de réglementations nationales qui faisaient obstacle à la réalisation d'un marché intérieur en matière de prestations de santé. Cette jurisprudence a donné naissance à certains principes importants concernant les conditions dans lesquelles les patients peuvent, en vertu des dispositions relatives à la libre prestation des services, recevoir des soins médicaux dans d'autres États membres et se faire rembourser les frais y afférents par les régimes nationaux d'assurance maladie auxquels ils sont affiliés. »

368. Dans cette affaire, jugée le 27 octobre 2011³⁸⁴, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'un État membre qui dispose d'un service national de santé peut fixer des tarifs de remboursement pour les soins reçus à l'étranger « à condition que ces montants reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents ». Elle a rappelé le texte européen applicable : « Aux termes de l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71: « Le travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'État compétent pour avoir droit aux prestations, (...) et: a) dont l'état vient à nécessiter des prestations en nature nécessaires du point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour, a droit: i) aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour (...) ».

La CJUE a estimé que dans le cas de la République portugaise, le régime de la triple autorisation est de nature à décourager les assurés. L'exigence d'une « attestation de nécessité médicale du médecin traitant » est jugée acceptable par la Cour mais la triple autorisation prévue en l'espèce est jugée beaucoup plus contraignante. En effet, elle explique que l'argumentation du gouvernement portugais selon laquelle la procédure d'« attestation préalable de la nécessité clinique » (« *referenciação prévia da necessidade clínica*») d'un traitement à l'étranger prescrite par le décret en cause est comparable à un renvoi vers un médecin spécialiste sur le territoire national ne saurait prospérer³⁸⁵.

La Cour a considéré que subordonner à une autorisation préalable la prise en charge de soins programmés dans un autre État membre constitue une entrave à la libre prestation de services dans la mesure où ce système peut décourager les patients ou les empêcher d'avoir recours à des soins dispensés par un prestataire à l'étranger. Elle a donc conclu que le Portugal avait manqué aux obligations du Traité.

369. Il faut en déduire que la nécessité médicale constitue bien un critère dans de nombreux droits nationaux, à la prise en charge, par les systèmes d'assurance maladie, de traitements divers dispensés à l'étranger, par le biais d'une exigence d'autorisation préalable

³⁸⁴ Affaire C-255/09 Commission européenne contre République portugaise, arrêt du 27 octobre 2011.

³⁸⁵ La CJUE ajoute : « En effet, d'une part, selon les indications fournies par le gouvernement portugais dans ses mémoires devant la Cour, l'accès aux soins spécialisés sur le territoire national, garantis par le SNS, dépend simplement de l'obtention d'une attestation de leur nécessité clinique délivrée par le médecin traitant et non d'une triple autorisation préalable équivalente à celle prévue par le décret-loi n° 177/92 pour le remboursement des frais médicaux encourus dans un autre État membre. »

(se fondant elle-même sur la nécessité médicale) ou d'un certificat médical attestant de la nécessité médicale.

En résumé, pour les caisses et organismes d'assurance maladie, l'appréciation de la nécessité médicale de la situation du patient permet ainsi un contrôle de la couverture des actes et traitements pratiqués à l'étranger.

b) Le constat de la nécessité médicale lie l'institution compétente

370. Dans la continuité de cette jurisprudence, la Cour de Justice de l'Union a jugé que lorsque l'organisme d'assurance maladie a délivré l'autorisation préalable pour qu'un de ses assurés sociaux reçoivent des soins médicaux dans un autre Etat membre, celui-ci est lié par les constatations relatives à la nécessité de soins urgents à caractère vital, effectués au cours de la validité du formulaire par des médecins agréés par ledit organisme de l'Etat membre de séjour, ainsi que par les décisions prises par ces médecins sur le fondement desdites constatations, de transférer le patient dans un établissement hospitalier situé dans un autre Etat, ce dernier fût-il un Etat tiers³⁸⁶.

371. Ainsi, dans cette décision du 12 avril 2005 et de façon générale dans la jurisprudence relative à la question du remboursement des soins transfrontaliers, la Cour se fonde sur la nécessité médicale pour favoriser la libre circulation des assurés sociaux qui ont besoin de prestations médicales au cours d'un séjour dans un autre Etat membre, ou qui ont une autorisation pour se faire soigner dans un autre Etat membre. Le deuxième alinéa de l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indique, en effet, que « toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». La jurisprudence décrite s'inscrit dans la réalisation de cet objectif.

372. Finalement, la nécessité médicale est un critère d'appréciation du caractère remboursable des prestations médicales dans leur ensemble, tant dans le droit national, par le biais du code de la sécurité sociale, que dans le droit européen, par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

³⁸⁶ CJCE, 12 avril 2005, affaire C-145/03, *Keller*, commentaire de M. Jean-Claude Zarka, JCP éd. G., n° 25, 22 juin 2005, II 10083.

373. Cette manifestation de la notion se prolonge au-delà de la considération de la couverture de l'assurance maladie, puisque c'est par ce biais qu'elle s'insère dans des dispositions de nature sociale. Le statut de salarié, point d'ancrage des droits sociaux de l'assuré, est également concerné par l'application du critère de la nécessité médicale.

§2. *En droit social proprement dit*

La législation sociale protège le salarié qui se trouve placé dans une situation de vulnérabilité : la femme enceinte en la protégeant des réaffectations (A) et en lui permettant de prendre un congé maternité supplémentaire (B) et aussi de façon générale, le salarié souffrant d'une maladie, que celle-ci soit d'origine professionnelle ou non (C). Le médecin du travail et le critère de la nécessité médicale jouent un rôle clé dans cette protection.

A. Le cas du changement d'affectation de la salariée enceinte

374. L'article L. 1225-7 du code du travail prévoit le changement d'affectation de la salariée enceinte, (on parle aussi de « mutation temporaire ») si la nécessité médicale l'impose, et cela en dépit de la protection de la salariée enceinte (article L. 1225-1 du même code). En effet, d'après cet article, si l'employeur ne peut pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour procéder à une mutation d'emploi, il doit, en revanche, tenir compte de l'état de santé médicalement constaté de la salariée pour l'affecter temporairement à un poste compatible avec son état. Cette mutation temporaire peut être effectuée à l'initiative de la salariée ou de l'employeur.

375. L'article L. 1225-7 dispose exactement que : « La salariée enceinte peut être affectée temporairement dans un autre emploi, à son initiative ou à celle de l'employeur, si son état de santé médicalement constaté l'exige. En cas de désaccord entre l'employeur et la salariée ou lorsque le changement intervient à l'initiative de l'employeur, seul le médecin du travail peut établir la nécessité médicale du changement d'emploi et l'aptitude de la salariée à occuper le nouvel emploi envisagé ».

Ces dispositions de droit social illustre clairement le rôle d'ordre public de protection que peut jouer le critère de nécessité médicale, puisque cette règle peut aller à l'encontre de la volonté de la salariée, dans un but de protection.

376. Sur le fondement de cet article, la jurisprudence a notamment considéré que le changement d'affectation pris dans ces conditions, ne doit entraîner aucune diminution de la rémunération. Ainsi, pour la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 9 novembre 1989³⁸⁷, lorsque le médecin du travail retient la nécessité médicale d'un changement d'emploi pour une salariée engagée en qualité de chauffeur ambulancière, l'employeur qui refuse de la reclasser temporairement dans un emploi de bureau doit le paiement des salaires dus pendant la période de suspension du contrat de travail.

377. On trouve une jurisprudence identique dans un arrêt du 20 mai 1994 de la Cour d'appel de Paris. Celle-ci retient que le médecin du travail, en ayant indiqué que la salariée en état de grossesse était inapte à son poste provisoirement, a inévitablement retenu la nécessité médicale d'un changement d'emploi, changement qui ne fut pas réalisé. C'est donc à bon droit que le Conseil de prud'hommes a fait application des dispositions de l'article L. 122-25-1 (ancien) du code du travail en décidant que la rémunération de la salariée devait être maintenue pendant toute la période litigieuse.

378. De même, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 17 décembre 1997³⁸⁸, que : « *En cas de nécessité médicale de changement d'affectation l'employeur ne peut suspendre la rémunération de la salariée enceinte en attendant de lui trouver un poste compatible avec son état* ».

Si la salariée n'est pas d'accord, le changement d'affectation ne peut avoir lieu que sur avis du médecin du travail établissant la nécessité médicale du changement d'emploi. Ce changement d'emploi est temporaire et prend fin dès que l'état de santé de la salariée lui permet de reprendre son emploi normal.

En conséquence, la nécessité médicale constitue ici un véritable critère permettant d'accentuer la protection normalement organisée par le code du travail à l'égard de la salariée enceinte, même à l'encontre de sa volonté.

B. Examens obligatoires de la future mère et congé pathologique

379. L'article L. 2122-1 du code de la santé publique dispose que « toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement

³⁸⁷ CA Bordeaux, 9 nov. 1989 : JurisData n° 1989-048452.

qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme ». L'alinéa 2 précise que le nombre et la nature des examens obligatoires ainsi que les périodes au cours desquelles ils doivent intervenir sont déterminés par voie réglementaire.

380. Ainsi, ce sont les articles R. 2122-1 et suivants du code de la santé publique qui organisent les examens obligatoires, au nombre de sept pour une grossesse évoluant jusqu'à son terme. Ces articles fixent les examens et analyses à effectuer. Ces textes sont issus, à l'origine, du décret du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénatal, pré et postnatal³⁸⁹.

Parmi les sept examens prénataux obligatoires, trois échographies sont recommandées. Leur contenu et les délais dans lesquels ils doivent être réalisés pour donner lieu à une prise en charge sont exposés dans la circulaire CNAMTS DGR n° 2739/92 du 11 mai 1992. Les examens de laboratoire prévus, qu'ils soient obligatoires ou facultatifs, doivent avoir fait l'objet d'une prescription médicale au cours d'un examen prénatal. À chaque examen correspond un feuillet du carnet de maternité dont un volet qui doit être adressé à la caisse primaire d'assurance maladie. Dans le cadre d'une politique de maîtrise des dépenses de santé, il est demandé aux médecins de ne pas prescrire plus de trois échographies, sauf nécessité médicale.

381. S'agissant du congé maternité, c'est l'article L. 1225-17 du code du travail qui organise le droit au repos de la femme enceinte à l'occasion de son accouchement : « La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci ». Une hypothèse dérogatoire est prévue en cas de nécessité médicale pour la femme de s'arrêter de travailler de façon plus précoce ou de prolonger le repos après l'accouchement.

L'article L. 1225-21 dispose que : « Lorsqu'un état pathologique est attesté par un certificat médical comme résultant de la grossesse ou de l'accouchement, le congé de maternité est augmenté de la durée de cet état pathologique dans la limite de deux semaines avant la date présumée de l'accouchement et de quatre semaines après la date de celui-ci ». La nécessité médicale du repos, ici plus spécifiquement appelée « état pathologique », est le

³⁸⁸ Soc., 17 déc. 1997 : RJS 1998, n° 176.

critère permettant à la salariée de bénéficier des droits sociaux liés à la maternité reposant sur la solidarité.

382. De façon inattendue, il semble intéressant de signaler l'article L. 2122-3 du même code prévoyant que : « Chaque fois que l'examen de la future mère ou les antécédents familiaux le rendent nécessaire, il est également procédé à un examen médical du futur père accompagné, le cas échéant, des analyses et examens complémentaires appropriés ». Ce sont là encore des considérations d'ordre médical qui peuvent rendre nécessaires des examens médicaux du futur père.

383. De façon générale, il convient de préciser que la nécessité médicale fonde la plupart des certificats médicaux, notamment ceux permettant les arrêts de travail donnant droit au versement d'indemnités de la sécurité sociale. Cette considération est d'autant plus vraie s'agissant des arrêts de travail pour une maladie trouvant son origine dans le travail du salarié.

C. Maladies professionnelles

384. Dans le cas d'un arrêt de travail, celui-ci est à l'évidence motivé par une nécessité médicale. La nécessité médicale sert également à justifier la prescription d'examens complémentaires en vue d'une reprise. L'article R. 4626-30 du code du travail dispose que le médecin du travail prescrit les examens complémentaires nécessaires, à la détermination de l'aptitude de l'agent au poste de travail et notamment au dépistage des affections comportant une contre-indication à ce poste de travail, ou au dépistage d'une maladie professionnelle ou d'affection contagieuse. Le médecin peut prendre l'initiative de prescrire tout examen nécessaire.

385. Il en est de même concernant l'aptitude au poste de travail. L'article R. 4626-25 du code du travail prévoit de la même façon que le médecin du travail peut prescrire les examens complémentaires nécessaires à la détermination de l'aptitude médicale au poste de travail, notamment au dépistage des affections comportant une contre-indication à ce poste de travail, au dépistage des maladies à caractère professionnel prévues à l'article L. 461-6 du

³⁸⁹ Décret n° 92-143 du 14 février 1992.

code de la sécurité sociale et des maladies professionnelles non concernées par les dispositions réglementaires prises en application du 3° de l'article L. 4111-6, et au dépistage des maladies dangereuses pour l'entourage.

386. On constate invariablement que la nécessité est appréciée au regard d'une autre considération. Il s'agit toujours d' « examens nécessaires à... ».

Dans ces hypothèses, il semble que les textes de droit positif utilisent la nécessité médicale comme un critère permettant au salarié d'accéder à des droits sociaux, couverts par la solidarité nationale, mais également comme un critère permettant de protéger le salarié ou les tiers.

§3. *Au sein des règles régissant le séjour et l'éloignement des étrangers*

387. En matière de droit des étrangers, la nécessité médicale est un critère tant dans les prescriptions relatives au séjour de l'étranger que dans le contentieux des mesures d'éloignement des étrangers en situation administrative irrégulière. Ainsi, la notion de nécessité médicale est clairement exprimée par la législation en vigueur (A). En vertu de ces dispositions, tant les plaideurs que les juridictions, font appel à la notion (B).

A. La nécessité médicale dans les textes en vigueur

388. S'agissant d'abord de la délivrance du titre de séjour, le critère de nécessité médicale intervient dans le cadre de la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ». L'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que ce titre de séjour est délivré de plein droit, « à l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle ».

La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative, après avis du médecin de l'agence régionale de santé de la région de résidence de l'intéressé, désigné par le directeur général de l'agence. Il s'agit donc bien d'une question de nécessité médicale.

389. S'agissant ensuite de la possible obligation de quitter le territoire français et de l'interdiction de retour sur le sol français, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), prévoit de façon exhaustive et détaillée les cas dans lesquels une personne étrangère peut être soumise à une telle obligation (article L.511-1 du CESEDA). Par exemple, il peut s'agir du cas d'un étranger entré irrégulièrement sur le territoire français ou ne possédant pas ou plus de titre de séjour délivré par les autorités administratives françaises.

390. Par la suite, l'article L. 511-4 du même code prévoit les cas dans lesquels les mêmes personnes ne peuvent pas faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire ou d'une interdiction de retour sur le sol français. Cet article prévoit que ne peut faire l'objet d'une telle mesure « *l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé* ».

Il s'agit exactement du même critère que pour la délivrance automatique du titre de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ». L'article L. 521-3³⁹⁰ du CESEDA prévoit également le même critère concernant les exceptions aux mesures d'expulsion. L'arrêté d'expulsion non exécuté peut entraîner dans ce cas une assignation à résidence, prévue par l'article L.523-4 du même code, dans les cas de nécessité médicale.

391. Enfin, il faut examiner l'annexe 6-4 mentionnée à l'article R.611-3 du CESEDA relative aux catégories de données à caractère personnel susceptibles d'être enregistrées dans l'application de gestion des dossiers des étrangers dénommée « AGDREF2 ». Il s'agit en réalité des données contenues sur les composants électroniques. On y trouve notamment au titre des données relatives au droit au séjour « *l'avis du médecin de l'agence régionale de la santé sur la satisfaction par l'étranger sollicitant un droit de*

³⁹⁰ Extrait de l'article L.521-3 du CESEDA : « *Ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes (...) l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé* »

séjour des critères relatifs à son état de santé (sens de l'avis, nombre de jours de séjour autorisés, caractère curable de la maladie dans le pays d'origine, caractère d'exceptionnelle gravité du défaut de soins, maintien sur le territoire autorisé, sursis à l'éloignement autorisé, capacité à voyager) ».

392. Cette information permet de constater l'importance du critère de nécessité médicale dans la législation relative aux étrangers. La détermination de la nécessité médicale est étudiée minutieusement par les autorités administratives³⁹¹. L'étude de la jurisprudence permet de confirmer ce point de vue.

B. Applications jurisprudentielles du critère de nécessité médicale

393. À titre d'exemple, on peut retenir un arrêt du 15 novembre 2002 rendu par le Conseil d'Etat dans lequel les faits étaient les suivants. Madame CHEN de nationalité chinoise vivait en France depuis 1996, son conjoint l'ayant rejoint en 1997. Elle fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière le 12 janvier 2001. Son conjoint quant à lui bénéficie d'un titre de séjour temporaire pour des raisons de santé jusqu'en septembre 2002. Elle demande l'annulation de l'arrêté en raison de l'atteinte qu'il porte au respect de sa vie familiale (article 8 de la convention européenne des droits de l'homme), notamment parce qu'elle serait séparée de son mari alors qu'ils ont un enfant. Toutefois, le Conseil d'Etat retient dans sa motivation, qu' « aucune pièce du dossier n'établit la nécessité médicale de la présence auprès de lui de son épouse ou d'un renouvellement du titre de séjour ». Il retient par ailleurs que la demanderesse a d'autres enfants et tout le reste de sa famille dans son pays d'origine. Ainsi, le Conseil d'Etat en conclut qu'il n'y a pas d'atteinte manifestement disproportionnée portée au droit au respect de la vie familiale de Madame CHEN au regard des buts dans lesquels l'arrêté de reconduite à la frontière a été pris.

394. Dans le même ordre d'idées, deux espèces méritent d'être citées. Les faits ont donné lieu à deux décisions du Conseil d'Etat, section du contentieux, datées du 7 avril

³⁹¹ Par ailleurs, dans les conditions du maintien en zone d'attente, la nécessité médicale permet également de définir cette zone. L'article L.221-2 alinéa 3 prévoit que « la zone d'attente s'entend sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale ».

2010³⁹². Les deux décisions ont en commun de rejeter les prétentions de l'autorité administrative souhaitant la reconduite à la frontière, sur le fondement de la situation de nécessité médicale de l'intéressé.

Dans la première décision, le ressortissant étranger a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, annulé par le Tribunal administratif de Paris. Le Conseil d'Etat souligne deux choses. D'abord, en présence d'une pathologie grave et devant la nécessité du traitement, la juridiction aurait dû vérifier que l'intéressé ne pouvait pas bénéficier du traitement adéquat dans son pays d'origine. En effet, la juridiction retient que même si le traitement est onéreux, il existe dans le pays d'origine un dispositif assurant une prise en charge des soins dispensés aux personnes dépourvues de ressources ou dont les ressources sont inférieures à certains seuils. Ainsi, la nécessité médicale est strictement appréciée. Si dans le pays d'origine, le traitement adéquat existe, la nécessité médicale de rester sur le territoire français n'est pas constituée. « *Considérant que si M. A a fait valoir (...) que son état de santé nécessitait une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'il ne pourrait en bénéficier en Tunisie, il ressort toutefois des pièces du dossier et des informations d'ordre sanitaire disponibles sur la Tunisie recueillies par le préfet et qui ne sont pas pertinemment contestées que, si la gravité de la pathologie et la nécessité de bénéficier d'un traitement sont établies et d'ailleurs reconnues par le préfet, il existe en Tunisie des possibilités de traitement approprié du diabète et des autres pathologies dont souffre l'intéressé ;*

« qu'en outre, si M. A, a pu utilement soutenir que, faute de disposer de revenus en Tunisie, il ne pourrait pas bénéficier effectivement des soins, particulièrement coûteux, qui lui sont nécessaires, il ressort des pièces du dossier qu'existe dans ce pays un dispositif assurant la prise en charge des soins dispensés aux personnes dépourvues de ressources ou dont les ressources sont inférieures à certains seuils ; que M. A ne fait état d'aucune circonstance exceptionnelle tirée des particularités de sa situation personnelle qui l'empêcherait d'en bénéficier ».

Cependant, le Conseil d'Etat retient que l'administration doit vérifier que l'état de santé de l'étranger lui permet voyager sans risque vers son pays d'origine. Dans le cas d'espèce, le médecin chef du service médical de la préfecture de police a rendu un avis ne comportant

³⁹² Arrêts du 7 avril 2010 n° 316625 et n° 301640, publiés au recueil Lebon.

aucune indication sur la possibilité pour le ressortissant de voyager sans risque ; ainsi, le préfet ne pouvait décider en toute légalité de la mesure d'éloignement.

395. Dans la deuxième décision, le Conseil d'Etat retient que la Cour d'appel a souverainement apprécié la situation de nécessité médicale de l'intéressée et rejette la demande du Ministre de l'immigration tendant à l'annulation de l'arrêt d'appel.

Ainsi, pour annuler le refus de renouvellement du titre de séjour, la Cour s'est fondée sur : « *la circonstance que l'intéressée, dont il n'est pas contesté qu'elle souffre d'un diabète insulino-dépendant nécessitant une prise en charge dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, n'est pas en mesure, compte tenu du coût global du traitement et de la faiblesse de ses ressources en Côte d'Ivoire, de bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans son pays ; que, contrairement à ce que soutient le ministre, la cour, en ne se bornant pas à vérifier si un traitement approprié à l'état de santé de Mme B était disponible dans son pays d'origine mais en recherchant si l'intéressée pouvait effectivement bénéficier d'un tel traitement, n'a pas entaché son arrêt d'une erreur de droit* ».

Ainsi, le Conseil d'Etat valide l'interprétation opérée par la Cour d'appel quant à l'exigence de vérification de la possibilité effective d'obtenir le traitement médical nécessaire. La Cour a recherché si, en pratique, la personne en situation irrégulière pourrait se voir dispenser les soins nécessaires dans son pays d'origine ; elle n'a pas seulement considéré l'existence de ces soins. En conclusion, l'état de nécessité médicale permet donc d'annuler le refus de renouvellement du titre de séjour.

396. De façon plus générale, la situation de nécessité médicale de l'intéressée est le critère permettant l'application de l'article L.313-11 du CESEDA, 11°, et donc l'obtention de plein droit d'une carte de séjour temporaire, portant la mention « vie privée et familiale ».

L'état factuel de nécessité médicale, apprécié et attesté par un médecin puis considéré par l'administration, est un critère décisif en matière de droit des étrangers.

§4. En matière de dopage

397. Depuis une ordonnance du 23 mai 2006³⁹³, les dispositions relatives à la lutte contre le dopage, prises dans l'intérêt de la santé des sportifs, ne figurent plus dans le code de

³⁹³ Ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006, article 5.

la santé publique mais figurent au titre III du livre II du code du sport (article L.3525-1 du code de la santé publique). Certaines substances mais également certaines méthodes sont interdites aux sportifs car considérées comme dopantes et dangereuses pour la santé. Cependant, l'exception au régime d'interdiction mis en place de plus en plus sérieusement ces dernières années, est constituée par la situation de nécessité médicale du sportif. En effet, celui-ci peut être amené, en fonction d'une maladie ou de son état de santé, à utiliser des médicaments au sens large, pouvant comporter des substances dopantes. Tant les anciens textes du code de la santé publique (A) que la jurisprudence en la matière ont fait appel au critère de la nécessité médicale pour autoriser au cas par cas, ces dérogations (B).

A. La recherche de la nécessité médicale dans les textes régissant le dopage

398. Depuis peu, les contrôles des sportifs et leur organisation sont confiés à une autorité administrative indépendante, l'Agence française de lutte contre le dopage. Celle-ci a pour fonction de délivrer aux sportifs les autorisations permettant d'utiliser tel ou tel médicament potentiellement dopant, dans les cas de nécessité médicale. Par la force des choses, c'est un médecin qui atteste de cette nécessité.

Selon l'article D. 232-73 du code du sport, la demande d'autorisation d'usage à des fins thérapeutiques est adressée à l'Agence française de lutte contre le dopage par le sportif ou par le représentant légal de l'intéressé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Celle-ci comporte : « l'attestation du médecin traitant sur le formulaire mentionné au 1°, qui établit la nécessité de l'utilisation de la substance ou de la méthode interdite pour le traitement du sportif, en décrivant les raisons pour lesquelles une substance ou une méthode autorisée ne peut être utilisée dans le traitement de sa pathologie ».

399. Par ailleurs, les substances et méthodes interdites pouvant donner lieu à un usage dérogatoire en cas de nécessité médicale sont listées et fixées par voie réglementaire³⁹⁴.

400. Depuis le durcissement des règles juridiques en la matière, les articles du code du sport n'ont pas repris *in extenso*, la condition de nécessité médicale, de formulation peut être trop générale. L'article L. 232-9 du code du sport pose un cadre plus précis lorsqu'il dispose que : « *Il est interdit à tout sportif : 1° De détenir ou tenter de détenir, sans raison*

³⁹⁴ V. les articles L. 232-2-2 du code du sport.

médicale dûment justifiée, une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article ; 2° D'utiliser ou tenter d'utiliser une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article ». Ainsi, le critère est désormais la « raison médicale dûment justifiée ». L'interdiction ne couvre pas que l'utilisation de ces substances, elle couvre également la détention de celles-ci.

Toutefois, comme il a été énoncé précédemment, l'interdiction prévue ne s'applique pas aux substances et méthodes pour lesquelles le sportif dispose d'une autorisation pour usage à des fins thérapeutiques (renvoi exprès à la nécessité médicale), ou peut se prévaloir d'une déclaration d'usage ou encore dispose d'une raison médicale dûment justifiée.

Ces trois cas de figure renvoient directement à l'appréciation de la nécessité médicale par un ou plusieurs médecins. Bien entendu la condition de « raison » médicale paraît moins exigeante que celle de « nécessité » médicale. Cependant la raison doit être dûment justifiée. Il semble que la notion de raison soit moins subjective que celle de nécessité ; cette dernière ouvrant le champ à beaucoup de cas de figure en fonction du but invoqué par le médecin³⁹⁵.

B. L'existence de la nécessité médicale dans la jurisprudence relative au dopage

401. Un arrêt du Conseil d'Etat, statuant en tant que juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, en date du 27 mars 2006³⁹⁶, illustre la question. Un joueur de rugby est interdit de participer aux compétitions sportives pour une durée de neuf mois, sur décision du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage. Il demande l'annulation de cette décision sur le fondement de son illégalité, au regard de sa non-conformité aux articles du code de la santé publique prévoyant des dérogations aux interdictions en cas de nécessité médicale.

Le Conseil d'Etat a considéré : « *que, si M. Y... soutient qu'il souffre d'un asthme d'effort qui rend médicalement nécessaire l'inhalation de salbutamol, les certificats médicaux qu'il produit ne sont pas suffisamment précis, notamment quant aux dosages prescrits, pour justifier le taux élevé constaté lors du contrôle ; qu'avant de prendre sa décision, le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage l'a invité à trois reprises à se soumettre, en application de l'article L. 3634-3 du code de la santé publique, à une expertise en vue de déterminer si son état de santé rendait nécessaire le recours au salbutamol dans des*

³⁹⁵ V. *supra* partie I, chapitre I sur l'étude des sens polysémiques de la notion de nécessité.

proportions correspondant au taux constaté ; que M. Y... n'a donné aucune suite à ces invitations ». En conséquence, le sportif est débouté de sa demande d'annulation.

402. En application du droit en vigueur aujourd'hui, on pourrait considérer que dans cette espèce, le caractère « dûment justifiée » de la raison médicale fait défaut. Ainsi, la situation de nécessité médicale doit être prouvée *in concreto*, en fonction de l'état de santé de la personne.

403. À l'inverse, une autre espèce a donné lieu à l'annulation d'une décision du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage prononçant l'interdiction de participer aux compétitions et manifestations sportives pour une durée de six mois. Le Conseil d'Etat, dans cette décision du 18 mai 2005³⁹⁷, a donné raison à un coureur cycliste suspendu pour six mois, prononçant ainsi l'annulation de la décision d'interdiction, aux motifs que l'obligation de présenter une prescription médicale lors d'un contrôle anti-dopage n'est pas assortie d'une sanction et que la seule circonstance selon laquelle le sportif n'a pas signalé l'utilisation d'un médicament dopant lors du contrôle, n'est pas de nature à justifier une sanction. Si l'on revient sur les faits exposés par le Conseil, on constate que c'est la situation de nécessité médicale qui permet au sportif de déroger à l'interdiction de l'utilisation de substances dopantes.

Il est opportun de rappeler qu'à l'époque des faits, les dispositions de l'article 3631-1 du code de la santé publique régissait la question : « *Il est interdit, au cours des compétitions et manifestations sportives organisées ou autorisées par des fédérations sportives ou en vue d'y participer : - d'utiliser des substances et procédés de nature à modifier artificiellement les capacités ou à masquer l'emploi de substances ou procédés ayant cette propriété ; - de recourir à ceux de ces substances ou procédés dont l'utilisation est soumise à des conditions restrictives lorsque ces conditions ne sont pas remplies. Les substances et procédés mentionnés au présent article sont déterminés par un arrêté des ministres chargés de la santé et des sports* ». L'arrêté interministériel du 27 mars 2002, pris en application de ce dernier alinéa, en vigueur à la date du contrôle litigieux, autorisait, au III de son annexe, les injections locales et intra-articulaires de glucocorticostéroïdes « dans le cas d'une nécessité médicale ».

³⁹⁶ CE, 27 mars 2006, n° 291072.

³⁹⁷ CE, 18 mai 2005, n° 258660, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

404. Le Conseil d'Etat interprète ces prescriptions de la façon suivante : « *Considérant que, si les dispositions précitées du III de l'arrêté interministériel du 27 mars 2002 imposent aux sportifs de n'utiliser des glucocorticostéroïdes que sous forme d'injections locales ou intra-articulaires et qu'en cas d'une nécessité médicale, elles n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet de leur imposer aussi, sous peine de sanction, de déclarer l'utilisation de ces substances lors de tout contrôle antidopage* ».

405. Il semble désormais que la jurisprudence fasse référence également à la « raison médicale dûment justifiée ». Face aux abus d'appréciation, tant de la part des juridictions que de la part des médecins, la législation a été quelque peu modifiée, notamment dans le choix sémantique : le code du sport ayant davantage recours à l'expression « raison médicale dûment justifiée » qu'à l'expression « nécessité médicale ». Cette considération porte à croire que l'expression-notion « nécessité médicale », parce qu'elle permet une grande liberté d'appréciation et qu'elle est une notion servant au fondement des dérogations, est peut-être à remplacer, dans d'autres domaines où elle est employée, par une notion plus précise.

CONCLUSION DU TITRE 2

406. L'approche du sujet par l'évocation du rassemblement des éléments de la notion, c'est-à-dire la « nécessité » et son qualificatif « médical », était une façon d'opposer cette analyse à la première démarche que fut celle de l'étude séparée des deux termes. En réalité, la reconstitution de la notion constitue simplement l'étude de la notion telle qu'il est possible de la trouver dans les diverses branches du droit alors que notre première démarche cherchait à exploiter les possibilités de signification des deux termes et à mettre en lumière les conséquences potentielles du choix de ces deux termes.

407. L'angle de vue des diverses branches du droit étudiées démontre que l'expression connaît, il est vrai, une utilisation par le législateur tout à fait éparse. Cela a pour conséquence de créer un domaine notionnel disparate, un ensemble sans unité et sans harmonie. Toutefois, l'étude de ce domaine a permis de mettre en exergue deux grands domaines de la notion : un domaine originel, voire naturel de la notion, celui de l'article 16-3 du code civil ; puis un domaine étendu, allant au-delà de ce domaine initial, et ne s'intéressant pas au critère de l'atteinte au corps humain. En effet, la différence entre les deux domaines est celle-ci : dans le domaine originel, la notion de nécessité médicale sert de critère à la licéité de l'atteinte au corps humain ; dans le domaine étendu, il ne s'agit plus de légitimer, à proprement parler, une atteinte au corps humain mais d'autres comportements. La nécessité médicale sert alors de critère de permission pour des actes d'une autre nature ou pour la délivrance de droits. *Elle ouvre parfois la voie à l'obtention d'un droit, mais elle permet souvent une plus grande liberté d'action du corps médical.*

408. Au sein du domaine originel, l'étude s'est attachée à démontrer que la nécessité médicale constituait un véritable fait justificatif de l'atteinte portée au corps humain. La notion permet donc de créer deux sphères : les actes autorisés, licites, et les actes non autorisés, illicites. Elle est le point d'équilibre entre ces deux catégories. Pour comprendre l'existence de la justification, il était nécessaire de se pencher sur sa raison d'être dans ce cas précis. Son objet n'est autre que la protection de l'intégrité du corps humain et donc de son inviolabilité. L'article 16-3 du code civil, en se référant à l'atteinte à l'intégrité corporelle, nous a obligé à nous questionner sur la signification de l'intégrité. Quand se trouve-t-on devant un acte portant atteinte à l'intégrité du corps humain ? Dès lors qu'une altération ou

une modification du corps est entraînée par l'acte, sans qu'il soit besoin qu'un mal soit ressenti. Enfin, étant donné que la notion de nécessité médicale présente la fonction, parmi d'autres, de déroger à l'inviolabilité du corps humain, il convenait d'établir la nature du « droit à » l'inviolabilité : véritable droit subjectif ou liberté de l'individu ? Cette détermination de nature était importante pour pouvoir esquisser un portrait précis de la notion de nécessité médicale. En effet, selon que cette dernière permette de déroger à un droit subjectif ou de porter atteinte à une liberté, sa nature n'était pas la même. La conclusion a porté sur la qualification de l'inviolabilité du corps en tant que liberté corporelle. Cette qualification a eu pour conséquence de considérer la notion de nécessité médicale comme une notion phare de l'ordre public et plus précisément de l'ordre public corporel, même si cette catégorie demeure en construction. Les prescriptions de l'article 16-9 du code civil confirment le caractère d'ordre public de l'ensemble de ces dispositions, et non pas seulement de la notion de nécessité médicale. Nonobstant cela, la nécessité médicale a un rôle particulier. Au regard de son rôle de limitation de la liberté corporelle, elle participe pleinement à l'instauration d'un ordre public que l'on peut alors qualifier de « corporel » car appliqué au corps humain, lui-même.

Finalement, ce domaine originel pourrait être qualifié de fondamental puisqu'il intéresse les principes généraux de protection du corps humain et de la personne humaine. À côté de ce domaine initial, la nécessité médicale connaît un domaine étendu.

409. Au sein de ce domaine étendu, un domaine apparenté à l'article 16-3 du code civil (droit de la santé) et un domaine étranger à celui-ci (droit social et droit administratif) se distinguent. Dans le droit de la santé au sens large, on retrouve d'abord l'idée selon laquelle la nécessité médicale a pour fonction première de protéger contre les atteintes. C'est le cas pour la recherche sur les animaux, l'emploi du critère de nécessité visant à réduire les atteintes. C'est également le cas pour la réglementation de l'activité des ostéopathes et des chiropracteurs, limitée aux cas ne relevant pas d'une nécessité médicale. En matière de procréation médicalement assistée enfin, la nécessité thérapeutique sert à protéger l'embryon et l'enfant, en permettant de déroger au principe d'anonymat. La nécessité médicale constitue encore un point d'ancrage entre le corps qui est protégé et les atteintes qui sont autorisées.

Tout au contraire, certaines matières du droit de la santé voient périlcliter le critère de nécessité médicale, ce qui engendre directement une liberté d'action plus grande pour les professionnels de santé. Dans le but d'élargir le champ de certaines règles dérogatoires, le législateur n'a pas repris, voire a supprimé, la condition de nécessité médicale. C'est le cas

par exemple pour l'activité de télémédecine ou la régulation médicale par téléphone. Ces règles dérogatoires sont fondées, au commencement, sur la nécessité médicale mais celle-ci paraît rapidement oubliée. Dans d'autres cas, comme celui du dossier médical personnel, la nécessité médicale est envisagée comme justifiant la création du dossier mais cette motivation n'est pas expressément formulée par la loi. Dans un domaine plus sensible encore, celui du diagnostic prénatal, et donc indirectement celui de l'avortement pour motif médical, la nécessité médicale aurait pu servir de rempart, devant le risque d'eugénisme entraîné par les nouveautés techniques. Après débats, la nécessité médicale n'a finalement pas été exigée pour pouvoir délivrer l'information relative à la possibilité du diagnostic prénatal.

Finalement, on constate une existence massive de la notion de nécessité médicale, sous des formes moins expresses, parfois même camouflées, dans le domaine large du droit de la santé. Les prescriptions contenant la notion de nécessité médicale correspondent encore et toujours à des dérogations eu égard à des principes fondateurs du droit de la santé publique. Ces principes peuvent concerner, tant les droits des patients (principe d'anonymat, droit à l'information) que l'exercice de la profession de médecin (principe de l'examen clinique, création des dossiers médicaux). Les dérogations à ces principes trouvent un fondement commun : la nécessité médicale.

410. Dans le domaine étranger au domaine de l'article 16-3 du code civil, la notion de nécessité médicale constitue un critère permettant l'octroi d'avantages sociaux (ou le refus en cas d'absence de nécessité médicale). Il s'agit alors de l'appréciation du caractère remboursable d'un médicament ou de la prise en charge des transports par l'assurance-maladie. En droit social, la notion de nécessité médicale a pour but de faire bénéficier le salarié de certains droits (congé pathologique de la femme enceinte, changement d'affectation...).

La notion se retrouve aussi en matière de droits des étrangers et de droit du sport. Dans le contentieux de la délivrance du titre de séjour, ou des moyens d'expulsion de l'étranger en situation irrégulière, l'état de nécessité médicale sert de protection à la personne étrangère, lui permettant de bénéficier d'un titre de séjour temporaire ou de n'être pas reconduit à la frontière ou expulsé.

En matière de droit du sport, la nécessité médicale a pour fonction de permettre la dérogation à une règle fondamentale : l'interdiction du dopage. Ainsi, il est possible pour les sportifs de prendre des substances ou d'utiliser des méthodes, dites dopantes, en cas de

nécessité médicale, c'est-à-dire si leur état de santé l'exige, bien que l'évolution récente de la législation a montré un resserrement des conditions (raison médicale dûment justifiée).

Dans ce domaine étranger au droit de l'activité des professionnels de santé, la notion de nécessité médicale permet l'octroi d'un avantage social ou administratif, à charge pour la personne de rapporter la preuve de l'état de nécessité médicale.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

411. Au terme de cette première partie consacrée à la notion de nécessité médicale, plusieurs conclusions doivent être dégagées. Sous un premier angle d'approche, les deux vocables ont été étudiés séparément ; la notion a été décomposée.

412. D'abord, il a été vu l'ensemble des définitions que l'on peut donner de la nécessité seule, tant d'un point de vue courant que d'un point de vue juridique. La conclusion a été sans appel sur la polysémie définitivement acquise de la notion et sur son caractère téléologique. Il peut s'agir d'une nécessité objective qui s'impose sans choix, ou d'une nécessité subjective qui peut résulter d'un choix en fonction du but à atteindre. Le caractère indéterminable de la notion est lié à sa seconde caractéristique, à savoir que c'est une notion téléologique. Elle n'a de sens que si l'on définit les intérêts ou le but qu'elle entend poursuivre. Pour cette raison, l'étude du vocable médical a par la suite retenu toute notre attention. D'un point de vue strictement juridique, les sens rencontrés de la notion de nécessité ont permis de mettre en évidence deux idées. D'une part, la nécessité constitue dans la quasi-totalité des cas, le fondement de la dérogation à un principe ; d'autre part elle est un moyen permettant une grande liberté d'appréciation pour celui qui l'invoque.

413. Ensuite, l'analyse du champ sémantique du mot « médical » a permis de révéler le domaine d'hypothèses concrètes que ce mot permet d'englober. Il a été opportun de dénoncer les risques -réalisés pour certaines hypothèses, encore hypothétiques pour d'autres cas- engendrés par le remplacement du mot thérapeutique par le vocable médical. Une palette polémique d'actes médicaux peut tout à fait être légitimée de par le caractère seulement médical de ceux-ci (clonage, maternité pour autrui, etc.). Ainsi, l'étude séparée des deux termes a mis en évidence la potentialité de sens que recèle tant la notion de « nécessité » que l'adjectif « médical ».

414. Le second angle d'approche a été de rassembler ces deux éléments notionnels pour étudier leur signification lorsqu'ils sont accolés, ainsi que leur existence dans le domaine strictement juridique. Une bref aperçu du droit a immédiatement révélé que la nécessité médicale connaissait deux domaines distincts : premièrement, celui se trouvant au fondement

de notre étude : l'article 16-3 du code civil ; deuxièmement, un domaine étendu recouvrant l'ensemble des manifestations de la notion dans les textes juridiques en vigueur.

415. L'article 16-3 du code civil met en place un mécanisme de justification d'actes prohibés par principe : ceux portant atteinte à l'intégrité du corps humain. Ce domaine a dû être défini en profondeur car ses limites sont floues. Quant porte-t-on atteinte à l'intégrité du corps humain ? Lorsque le corps est « altéré » ou « modifié ». La notion d'intégrité est difficile à définir. Elle a cependant le mérite d'instiller un caractère objectif à la détermination des actes concernés par l'article 16-3 du code civil. En effet, la référence à la seule inviolabilité pourrait être proposée : « porter atteinte à l'inviolabilité du corps humain ». Toutefois, elle aurait pour effet d'accentuer la prise en compte du sentiment de la personne et du rôle de la volonté de la personne, alors que fort justement, la nécessité médicale s'applique en dehors de la question de la volonté. Comme l'a écrit Jean CARBONNIER, à propos de l'inviolabilité : « *Ce n'est pas la chair qui est protégé, mais un sentiment, un quant-à-soi, une liberté et ils seront blessés d'identique manière quelle que soit la nature de l'acte envisagé*³⁹⁸ ». En cela, l'inviolabilité comporte une certaine subjectivité.

Au final, l'étude du mécanisme de la justification a confirmé l'idée selon laquelle la notion de nécessité permet de déroger à un principe dans le cadre de l'article 16-3 du code civil, celui de l'inviolabilité du corps humain.

En outre, la formulation du domaine naturel de la notion au sein de l'article 16-3 du code civil a amené à penser que la nécessité médicale constituait une notion participant à l'ordre public, et plus précisément à l'ordre public corporel. Autrement dit, la nécessité médicale aide à définir le contenu de l'ordre public corporel. En effet, dans l'alinéa 1 de l'article 16-3 sus énoncé, aucune mention de la volonté ou du consentement n'est formulée. Cet alinéa 1 pose un cadre général : dans un état de nécessité médicale, il est possible de porter atteinte au corps humain et donc de déroger au principe général d'inviolabilité du corps. Une fois seulement cette première condition respectée, l'alinéa 2 précise que le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à l'atteinte. Ainsi, la nécessité médicale est une condition à laquelle les volontés particulières ne peuvent déroger, ce qui caractérise les dispositions d'ordre public. C'est donc sur ce fondement que les professionnels de santé peuvent refuser de procéder à certains actes « médicaux » non nécessaires, malgré la demande ou la volonté de la personne. L'illustration fréquemment donnée est celle de l'avis émis par la Cour de

³⁹⁸ Jean Carbonnier, note sous Tribunal civil de Lille, 18 mars 1947, D. 1947, jurispr., p. 509.

cassation le 4 juillet 1998 considérant que la stérilisation d'une personne dans un but strictement contraceptif était illégale car contraire à l'article 16-3, et ne présentant pas les caractères d'une nécessité « thérapeutique » à l'époque.

416. D'un autre côté, le second domaine de la notion de nécessité médicale apparaît varié et sans grande cohérence. Il a été possible de réunir les manifestations de la notion qui se trouvaient apparentées au domaine naturel de la notion, l'article 16-3 du code civil, autour d'un domaine plus vaste : celui du droit médical ou du droit de la santé. À cet égard, il est intéressant de noter que la nécessité médicale permet une fois de plus, de déroger à des principes fondateurs de l'activité des professionnels de santé. Dans ce cadre, il ne s'agit plus du principe d'inviolabilité du corps, mais du principe d'anonymat en matière de procréation médicalement assistée, du principe de l'examen clinique du patient par le médecin, etc. De même, il peut s'agir aussi de déroger au principe « d'inviolabilité », non pas du corps humain mais de l'embryon humain, ou des animaux. Parfois, en revanche, la notion de nécessité médicale ne sert pas de fondement à la dérogation. C'est le cas par exemple de l'obligation faite aux chiropracteurs et aux ostéopathes de diriger le patient vers un médecin lorsque son état de santé le nécessite. Cependant, comment cet état de nécessité médicale peut-il être apprécié par des praticiens lorsque ceux-ci ne sont ni médecins, ni professionnels de santé ?

417. Parallèlement, la notion de nécessité médicale s'applique également au sein d'un domaine qu'il faudra qualifier d'étranger, tant par rapport à son domaine naturel que par rapport au domaine apparenté. La notion dépasse le cadre du droit de la santé du fait de son existence dans des dispositions d'ordre social notamment. En matière de prise en charge par les organismes de sécurité sociale, la nécessité médicale constitue un critère, tant du point de vue de l'appréciation du caractère remboursable d'un médicament que du point de vue de la prise en charge des frais de transports de l'assuré social. En droit social, l'existence de la notion est encore plus évidente. Dans ce cadre, la notion de nécessité médicale a pour but de faire bénéficier le salarié de certains droits (congé pathologique de la femme enceinte, changement d'affectation...). C'est toujours le médecin qui atteste de la nécessité médicale de la situation du salarié. Elle devient alors une « notion-bénéfice », permettant à l'individu qui l'invoque de bénéficier de droits.

La notion se retrouve aussi en matière de droits des étrangers et de droit du sport. Dans le contentieux de la délivrance du titre de séjour, ou des moyens d'expulsion de l'étranger en situation irrégulière, l'état de nécessité médicale sert de protection à la personne étrangère.

Elle lui permet de bénéficier d'un titre de séjour temporaire ou de n'être pas reconduit à la frontière ou expulsé. Ainsi, il faut noter ce cas particulier dans lequel la nécessité médicale sert d'exception au sort normalement réservé aux étrangers en situation irrégulière. Elle constitue tout de même une exception aux principes en matière de situation administrative irrégulière. Elle constitue là encore une « notion-bénéfice », dans le sens où elle rend possible l'octroi de bénéfices au sujet de droit.

En matière de droit du sport, la nécessité médicale a pour fonction de permettre la dérogation à une règle fondamentale : l'interdiction du dopage. Ainsi, il est possible pour les sportifs de prendre des substances ou d'utiliser des méthodes, dites dopantes, en cas de nécessité médicale, c'est-à-dire si leur état de santé l'exige. Pour autant, l'évolution récente de la législation a montré un resserrement des conditions. Il est vrai, désormais le sportif doit déclarer ou demander l'autorisation d'utiliser ces substances à l'agence de lutte contre le dopage. Par conséquent, il doit être en mesure de prouver cet état de nécessité médicale, puisqu'il lui est demandé de justifier rigoureusement d'une raison médicale. En effet, l'expression « raison médicale dûment justifiée » laisse penser qu'un contrôle strict de cette nécessité médicale est mis en place, par le biais, d'une part, de l'obligation de déclaration ou de demande d'autorisation à l'agence et d'autre part, grâce au contrôle réalisé par celle-ci sur les certificats délivrés par les médecins attestant de cette nécessité.

418. Au fil des développements, il a été révélé tous les sens possibles que l'on pouvait entendre à l'évocation de la notion de « nécessité », puis à l'égard du vocable « médical ». Après avoir repris point par point ces divers éléments, on s'aperçoit que c'est la potentialité de signification des deux termes qui a été exploitée. Par la suite, l'étude de la notion « nécessité médicale » dans son ensemble, a également révélé un domaine originel complexe à délimiter ainsi qu'un domaine étendu non exhaustif ; à cet égard, les deux domaines d'application de la notion ont aussi permis de révéler toute la potentialité de la notion.

419. À l'évidence, le constat doit être celui de la nature transversale de la notion, car l'analyse s'est portée sur des branches du droit très variées, et qui n'ont a priori rien à voir les unes avec les autres. Le constat doit être également celui de la nature protéiforme de la notion de nécessité médicale. Il est vrai, cette notion peut prendre les formes les plus variées et se présenter sous des aspects très divers. Cette nature protéiforme est nécessairement liée à tous les sens potentiels et à l'existence de tous les domaines d'application de la notion révélés

dans l'étude. Elle peut se retrouver sous les traits d'une notion protectrice ou prohibitive (au regard du corps humain) mais ou aussi comme une notion pouvant ouvrir droit à des « bénéfices juridiques » (en considérant le domaine étranger).

420. À partir de ce constat et de la dénonciation du risque théorique qui existe d'utiliser une notion transversale et protéiforme dans un domaine aussi fondamental que celui de l'article 16-3 du code civil, il est à présent naturel et indispensable de s'intéresser à l'usage qui est fait de la notion de nécessité médicale. Une fois ses aspects théoriques dégagés, les aspects pratiques de la notion doivent être étudiés. De quelle manière les juges, les médecins, utilisent-ils une notion-cadre, protéiforme et laissant libre cours à leur appréciation ? Quelles conséquences cet usage entraîne-t-il ?

Un extrait de « *L'esprit du droit romain*³⁹⁹ » écrit par IHERING permet de saisir l'enjeu de l'étude de l'usage de la notion :

« Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit ; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots. Au contraire, ce qui se réalise comme droit est droit, même lorsqu'on ne le retrouve pas dans les lois et que le peuple et la science n'en ont pas encore acquis la conscience.

Ce n'est donc point le contenu abstrait des lois, ni la justice inscrite sur le papier, ni la moralité dans les mots qui décide de la valeur d'un droit ; la réalisation objective du droit dans la vie, l'énergie avec laquelle ce qui est reconnu et proclamé nécessaire est poursuivi et exécuté, voilà ce qui consacre sa véritable valeur.

Mais il ne suffit pas que le droit se réalise, il s'agit encore de savoir comment. »

421. Admirable explication de l'idée selon laquelle l'analyse, si détaillée soit-elle, d'une notion juridique dans le droit positif n'est pas suffisante si l'on ne procède pas également à l'examen de l'expression réelle de la notion. Pour illustrer le propos aisément, nous dirons que la pratique doit irrémédiablement succéder à la théorie.

³⁹⁹ « *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* », Rodolf von Ihering, traduction Meulenaere, 3^{ème} éd., tome III, livre II, § 43, p. 17

2^{NDE} PARTIE : L'EFFECTIVITE DE LA NECESSITE MEDICALE

422. L'étude de l'usage de la notion est intimement liée à la fonction de la notion. Ainsi, avant toute chose, il est pertinent de s'interroger sur la fonction de la notion de nécessité médicale. Celle-ci a-t-elle pour fonction de protéger le corps humain ou de le rendre, au contraire, accessible aux atteintes ? La nécessité médicale détermine l'état en présence duquel il est possible de porter atteinte au corps humain. Elle désigne donc l'hypothèse dans laquelle le corps humain est « violable », le cas dans lequel le corps n'est pas, par hypothèse, « protégé », au premier sens du terme. Cette notion servirait donc à atteindre le corps. Pourtant, l'édiction d'un critère tel que celui de la nécessité médicale (ou thérapeutique auparavant), c'est-à-dire d'un critère précis et étroit, permet finalement de rendre le corps humain hors d'atteinte en dehors de ces cas particuliers et justifiés. Sous cet angle de vue, la nécessité médicale serait donc au service de la protection du corps humain. Les lois de bioéthique ont d'ailleurs pour inspiration première la poursuite de la protection du corps humain. Il s'agissait, en tout cas, du vœu affiché. Ainsi, le critère de nécessité médicale présenterait le paradoxe de constituer à la fois une notion ayant pour effet de permettre de porter atteinte au corps et une notion permettant de protéger le corps. Finalement, elle est un point d'équilibre en deçà duquel ou au dehors duquel l'atteinte n'est pas possible. La nécessité médicale permet ainsi de créer une sphère de protection et une sphère d'atteinte possible de l'intégrité corporelle. La notion a pour effet de créer deux domaines. Pour cette raison, la détermination de son contenu est primordiale. La potentialité et l'indétermination du contenu de la notion dégagées précédemment ont fait naître des inquiétudes s'agissant de l'usage qui est fait de la notion par ceux entre les mains desquels son appréciation est laissée.

423. L'étude de l'usage de la notion prolonge le constat du paradoxe de la notion relativement à son rôle protecteur du corps. La notion est utilisée d'une part pour violer l'intégrité du corps humain en se dispensant de la condition préalable du consentement, et d'autre part pour le rendre disponible à la faveur des volontés individuelles (titre 1). Ces utilisations paraissent en effet contradictoires. Il s'agit d'un ensemble d'utilisations de la notion de nécessité médicale gravitant autour du rôle du consentement et de la volonté. Cet ensemble d'utilisations concrètes de la notion sont à dénoncer car elles ne sont pas souhaitables. Elles déforment, en effet, le rôle originel de la notion : créer un ordre public corporel indépendant des volontés particulières. Parallèlement, une utilisation autre de la notion de nécessité médicale semble tout à fait indiquée. Il semble en effet souhaitable de fléchir devant les évolutions-permissions acquises par les individus sur leur corps : la conservation de la notion de nécessité médicale semble inéluctable, sauf à provoquer un retour en arrière ou un ensemble de permissions plus grand encore. Dès lors, il est proposé de développer une utilisation de la notion cohérente avec sa raison d'être initiale : protéger l'intégrité du corps humain ; et donc de lui faire jouer un rôle plus important en matière de responsabilité des professionnels de santé (titre 2). Il s'agirait alors de formuler une utilisation souhaitable de la notion et de chercher à la développer à l'inverse des utilisations actuellement rencontrées.

TITRE 1 : L'UTILISATION INDESIRABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE

424. L'utilisation est qualifiée d'indésirable car elle se résume à donner davantage de liberté et de pouvoir au corps médical ou à la personne-patient, contrairement à son aspiration originelle qui est de protéger le corps humain des atteintes. La notion de nécessité médicale est utilisée d'une part pour outrepasser l'exigence de consentement de la personne à l'acte attentatoire, pourtant posée pour protéger le corps humain de l'atteinte d'autrui (chapitre 1). Dans ce cas de figure, la nécessité médicale est un outil de violation de l'intégrité corporelle, au sens où les règles de respect du corps humain ne sont *a priori* pas honorées. La nécessité médicale devient alors toute puissante face à la volonté individuelle. D'autre part, à l'inverse, elle est utilisée ou l'on tente de l'utiliser au profit des volontés individuelles, et ce même en l'absence d'un état de nécessité médicale. Concrètement, la condition de nécessité médicale est tout simplement évincée ou oubliée, soit par le législateur lui-même soit par l'individu, et cela dans le but de rendre légaux des actes contraires à l'article 16-3 du code civil dans un but de satisfaction de la volonté individuelle (chapitre 2). Le critère de nécessité médicale devient alors l'instrument de la mise à disposition du corps humain. Il aboutit ainsi à l'inverse de sa raison d'être : il contourne l'ordre public corporel instauré. Vidée de son sens, la notion n'a plus de rôle d'ordre public mais peut au contraire constituer un outil au service des volontés particulières. Ainsi, l'usage de la notion de nécessité médicale semble être à l'image de la potentialité de signification de la notion : bancal et paradoxal. Il faudra en tirer des conclusions, voire envisager des réformes.

CHAPITRE 1 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL DE VIOLATION DE L'INTEGRITE CORPORELLE

425. Le premier postulat à partir duquel il est possible de raisonner est le besoin, voire l'obligation, pour le droit objectif de chercher à garantir la protection du corps humain. Le droit pénal y contribue majoritairement lorsqu'il incrimine les atteintes à la personne humaine. De même, les premières lois bioéthiques ayant créé les articles 16 et suivants du code civil paraissent, à première vue, être des prescriptions à visée protectrice du corps

humain et de la personne humaine. Mais la question principale demeure : protéger le corps humain de quoi ou contre quoi ? La détermination de la réponse est le véritable enjeu du thème étudié. En effet, la protection peut s'avérer nécessaire -et être organisée par la loi- à l'égard de deux grands types d'actions. Le corps doit être protégé contre certaines atteintes des tiers mais aussi de façon plus résiduelle contre certaines atteintes de la personne elle-même sur son corps. Il est vrai, il a été expliqué précédemment que la notion de nécessité médicale participe à ce qu'il est possible de dénommer « l'ordre public corporel ». La nécessité médicale constitue une barrière infranchissable à l'expression de la liberté corporelle de la personne. Au-delà du critère de nécessité médicale, la personne ne semble pas pouvoir disposer de son corps comme elle l'entend, et ce même si l'acte en question ne met en jeu que son propre corps. Il s'agit alors d'une protection de la personne contre elle-même. Cette affirmation laisse l'esprit dubitatif quant à sa complète véracité. La volonté d'une personne d'agir sur son propre corps ne connaît-elle pas des expressions juridiques, malgré l'absence de nécessité médicale d'une action ? La réponse à cette question mérite d'être approfondie dans un second temps (chapitre 2).

426. La protection du corps humain à l'encontre des atteintes des tiers semble résonner avec davantage d'évidence. En effet, l'inviolabilité du corps humain s'entend a priori comme la protection du corps contre tout ce qui pourrait en constituer une violation. La violation induit une idée de non-consentement. Quel meilleur moyen en effet, pour protéger de l'atteinte d'autrui que celui d'exiger le consentement de la personne au préalable de toute action ? Toutefois, cette condition, si elle est nécessaire, ne paraît pas suffire à elle seule à protéger la personne humaine. Ainsi, l'exigence du consentement de la personne conduirait pour partie à protéger le corps de la personne contre les atteintes des tiers, celles qui ne sont pas souhaitées par la personne. Autrement dit, la protection du corps contre les atteintes des tiers passe inexorablement par l'idée du consentement mais aussi par le critère de la nécessité médicale. De façon tout à fait paradoxale, l'étude de l'usage de la notion de nécessité médicale révèle que celle-ci sert à outrepasser l'exigence du consentement et donc à violer l'intégrité corporelle en n'en respectant pas la règle de base du respect du corps humain et de l'inviolabilité : le recueil de l'assentiment de l'intéressé.

427. Ainsi, un des usages de la notion de nécessité médicale consiste à s'affranchir de la condition de consentement de la personne faisant l'objet de l'acte en cause et aboutit finalement à l'inverse de l'effet recherché : mettre le corps humain à l'abri des atteintes. Si certaines des hypothèses dans lesquelles l'exigence de consentement est tout simplement

évincée sont organisées par le droit et donc légales (section1), un ensemble d'autres hypothèses ne répond à aucune prescription légale et peut être qualifié d'illégal (section 2).

Section 1 : Les hypothèses légales aménageant la violation de l'intégrité corporelle sans consentement

428. La loi, *lato sensu*, organise deux types d'hypothèses dans lesquelles l'atteinte à l'intégrité corporelle est prévue sans l'obtention de l'accord de l'intéressé. D'abord, depuis 2001, le code de la santé publique prévoit expressément la possibilité de demander l'autorisation de procéder à la stérilisation d'une personne faisant l'objet d'une mesure de protection et dont l'état des facultés mentales empêche l'expression du consentement (§1). Il s'agit d'un cas légal d'atteinte à l'intégrité corporelle sans recueil du consentement de l'intéressé. Il convient de ramifier à cette hypothèse légale, une hypothèse de stérilisation qui, si elle n'est pas à proprement parler autorisée par la loi, est non condamnée par la jurisprudence française. La comparaison avec la jurisprudence européenne étant intéressante, ce cas de figure fait l'objet de développements annexés (§1). Ensuite, de façon plus ancienne, la loi et aujourd'hui le code de la santé publique, ont organisé plusieurs procédures administratives permettant d'hospitaliser et de soigner une personne sans son consentement, sur la base de l'état de nécessité médicale (§2).

§1. *La stérilisation sans consentement*

429. L'opération chirurgicale permettant l'anéantissement des fonctions reproductrices d'une personne qu'elle soit un homme ou une femme, peut être dénommée « stérilisation ». La stérilisation effectuée sans le consentement de l'intéressé(e) peut concerner les malades mentaux ou les personnes relevant d'un régime d'incapacité juridique tel que la tutelle (B). La question peut aussi concerner des personnes capables d'un point de vue juridique (A). À ce titre, l'usage de la notion de nécessité médicale s'est illustré tant sur le plan européen que sur le plan national.

A. Le cas de la stérilisation des personnes capables

430. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître récemment de la situation d'une ressortissante européenne saine d'esprit et disposant de sa pleine capacité juridique. Sur le plan national, la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur la question ; de façon surprenante ou non, le sens des solutions est diamétralement opposé, certainement parce qu'elles n'ont pas appliqué les mêmes textes de droit. Ainsi, si la Cour européenne a reconnu la violation d'un droit fondamental, la Cour de cassation quant à elle, n'a pas condamné ces pratiques.

1°) *La qualification possible de traitement inhumain et dégradant au regard de la CEDH*

431. La question de la stérilisation sans consentement est une hypothèse qui s'est illustrée récemment au sujet du cas d'une jeune femme de nationalité slovaque. La Cour européenne s'est prononcée, le 8 novembre 2011⁴⁰⁰, pour la première fois sur la question de la stérilisation, dans le cas d'une jeune femme slovaque d'origine rom qui allègue avoir été stérilisée de force à vingt ans dans un hôpital public.

La juridiction internationale a conclu, dans un arrêt devenu définitif⁴⁰¹, à la violation de ses droits fondamentaux, en particulier de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme, qui interdit les traitements inhumains ou dégradants, et de l'article 8, qui instaure le droit au respect de la vie privée et familiale.

L'affaire remonte au 23 août 2000, lorsque V. C., née en 1980, accouche par césarienne de son deuxième enfant au centre hospitalier de Presov (à l'est de la Slovaquie) et subit une ligature des trompes de Fallope. La requérante affirme avoir signé le formulaire de consentement à la stérilisation « *sous le coup de la douleur et de la peur* » lors de la dernière phase du travail, alors qu'on lui demandait si elle désirait d'autres enfants et qu'on lui expliquait qu'elle ou le bébé en mourrait. Elle avance d'une part qu'elle ne comprit pas, à ce moment, la signification de l'acte chirurgical et ses conséquences irréversibles, et ne fut pas

⁴⁰⁰ CEDH, affaire *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, arrêt de chambre.

⁴⁰¹ Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention EDH, cet arrêt de chambre n'est pas définitif lors de son prononcé. Dans un délai de trois mois à compter de la date de son prononcé, toute partie peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour. En pareil cas, un collègue de cinq juges détermine si l'affaire mérite plus ample examen. Si tel est le cas, la Grande Chambre se saisira de l'affaire et rendra un arrêt définitif. Si la demande de renvoi est rejetée, l'arrêt de chambre deviendra définitif à la date de ce rejet. L'arrêt est devenu définitif le 8 février 2012 :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"itemid\":\[\"001-107365\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\)

informée d'autres méthodes. Selon le communiqué du greffier de la Cour, « *sa signature (...) apparaîtrait tremblante* ».

D'autre part, la jeune femme soutient que son origine rom, clairement indiquée dans son dossier médical, a joué un rôle déterminant. Elle invoque en ce sens plusieurs publications au sujet d'une politique de stérilisation forcée des femmes roms sous le régime communiste en Tchécoslovaquie au début des années 1970, notamment une étude qui estime que 60 % des stérilisations opérées de 1986 à 1987 dans le district de Presov auraient concerné cette communauté.

La direction de l'hôpital de Presov affirme, pour sa part, que la ligature des trompes a été effectuée pour des raisons médicales (risques de rupture de l'utérus) et que l'intéressée a donné son autorisation après avoir été avertie par les médecins des risques qu'impliquerait une troisième grossesse.

L'action civile contre le personnel de l'hôpital exercée par la requérante pour demander des excuses et une indemnisation aboutit à un rejet en appel par le Tribunal régional de Presov en mai 2006 : les juges invoquèrent que la stérilisation était médicalement nécessaire et avait été menée conformément au droit interne alors en vigueur et avec le consentement de l'intéressée. Le recours constitutionnel fut aussi rejeté.

432. Si la requérante a été déboutée en 2006, la Cour européenne des droits de l'homme tranche en sa faveur dans cette décision du 8 novembre 2011. Elle relève d'abord, sur la question qui intéresse notre notion, la violation de l'article 3 de la Convention, sur l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Selon les documents soumis à la juridiction, la jeune femme n'aurait pas reçu les informations complètes sur son état de santé, sur l'opération de ligature des trompes, et sur les autres méthodes, alors qu'un consentement éclairé est un préalable nécessaire à la stérilisation. « *La Cour estime que le personnel hospitalier a agi de manière paternaliste, puisque la requérante n'a en pratique pas eu d'autre choix que d'accepter la procédure, sans avoir eu le temps de réfléchir à ses implications ou d'en discuter avec son mari. (...) Les médecins ont fait preuve d'un manque de respect flagrant de son droit à l'autonomie et au choix en tant que patiente* ». La Cour considère également que l'intervention ne répondait pas à une urgence médicale puisque toute menace pour la santé de l'intéressé était à envisager pour une grossesse future seulement. Le communiqué de presse rédigé par le greffier de la Cour stipule qu'« en réalité, la stérilisation n'est généralement pas considérée comme une opération destinée à sauver la vie de la personne ».

La Cour ajoute, de façon générale, à propos de la stérilisation que : « *Elle peut être légitimement exécutée à la demande de la personne intéressée, par exemple comme une méthode de contraception, ou pour des buts thérapeutiques lorsque la nécessité médicale a été établie d'une façon convaincante*⁴⁰² ».

Elle poursuit : « *Dans le cas présent la requérante a été stérilisée dans un hôpital public immédiatement après qu'elle avait donné naissance à son deuxième enfant via une césarienne. Les médecins ont considéré la procédure nécessaire du fait qu'une troisième grossesse possible pouvait entraîner des risques sérieux pour sa vie et celle de son enfant, en particulier un risque de rupture de l'utérus* ».

Enfin, la CEDH termine par : « *Ce n'est pas le rôle de la Cour de passer en revue l'évaluation par les médecins de l'état de santé des organes reproducteurs de la requérante. Cependant, il est pertinent de noter que l'on ne considère pas généralement la stérilisation comme de la chirurgie vitale. Il n'y a aucune indication de ce que la situation était différente dans le cas présent ; ceci a été confirmé par un des médecins impliqués dans la procédure (...). Comme il n'y avait aucun cas d'urgence impliquant le risque imminent de dégâts irréparables à la vie de la requérante ou à sa santé et puisque celle-ci était un patient adulte mentalement compétent, son consentement informé était un pré-requis à la procédure, supposant même que cela eût été "une nécessité" d'un point de vue médical* ».

433. La condamnation de la CEDH est fondée sur la violation de l'article 3 relatif à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Ainsi, l'acte médical dénué de nécessité médicale et ayant donné lieu à un « consentement » forcé, non éclairé (et donc finalement à une absence de consentement), constitue un traitement inhumain ou dégradant.

Il est opportun de remarquer que l'appréciation de l'état de nécessité médicale est au cœur du raisonnement des juges. Les juges considèrent en effet la règle suivante : l'acte est

⁴⁰² Traduction libre (décision seulement disponible en anglais). Le texte d'origine est : "It may be legitimately performed at the request of the person concerned, for example as a method of contraception, or for therapeutic purposes where the medical necessity has been convincingly established.(...) In the present case the applicant was sterilised in a public hospital immediately after she had given birth to her second child via Caesarean section. The doctors considered the procedure necessary as a possible third pregnancy entailed serious risks to her life and that of her child, in particular a risk of rupture of the uterus"(...) It is not the Court's role to review the assessment by medical doctors of the state of health of the applicant's reproductive organs. However, it is relevant to note that sterilisation is not generally considered as life-saving surgery. There is no indication that the situation was different in the present case; this was confirmed by one of the doctors involved in the domestic proceedings (see paragraph 31 above). As there was no emergency involving imminent risk of irreparable damage to the applicant's life or health, and since the applicant was a mentally competent adult patient, her informed consent was a prerequisite to the procedure, even assuming that it was a "necessity" from a medical point of view"

possible en cas de nécessité médicale. Ils raisonnent ensuite en expliquant que les médecins ont apprécié cet état et qu'ils n'ont pas pour fonction de remettre en cause cette appréciation. Il est clair que les médecins concernés par le cas d'espèce arguent d'une nécessité médicale pour valider un consentement vicié et ainsi effectuer un acte illégal de deux points de vue (nécessité médicale à tout le moins contestable, et consentement forcé). Les juges ne souhaitent pas substituer leur appréciation de la nécessité médicale à celle des médecins. Ils raisonnent en considérant une certitude « médicale » non contestable : il n'y avait pas d'urgence pour la santé de la mère, seul cas médical dans lequel on peut se passer du consentement de la personne. Ainsi, en l'absence d'urgence, le non recueil d'un consentement parfaitement éclairé et dans des conditions normales a constitué une violation de l'article 3.

434. Si la victime a obtenu gain de cause sur ce grief, il est regrettable que la Cour ne se soit pas intéressée, à l'aide d'experts si besoin, à l'appréciation du caractère médicalement nécessaire de l'acte de stérilisation. Cela aurait eu le mérite de délimiter la notion de nécessité médicale.

435. En tout cas, l'apport certain de la décision consiste en la différenciation nettement opérée entre la notion de nécessité et la notion d'urgence –et donc entre le cas de nécessité médicale et le cas d'urgence vitale. Selon le raisonnement des juges, le cas d'urgence vitale, c'est-à-dire la situation dans laquelle l'acte de stérilisation aurait constitué le seul moyen permettant de sauver la vie de la patiente, était un cas dans lequel les médecins auraient pu passer outre l'exigence de consentement.

436. Il s'agit de la même règle que celle énoncée par l'article 16-3 alinéa 2 du code civil français. En cas d'impossibilité de recueillir le consentement de la personne alors que son état rend nécessaire une intervention thérapeutique, il est possible de se passer du recueil du consentement de l'intéressé. Cet article dispose exactement : « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Cette prescription désigne notamment le cas d'urgence, c'est-à-dire une nécessité à laquelle il faut répondre immédiatement, dans lequel la personne ne peut consentir (inconscience, coma, etc.). Ainsi, une stérilisation sans recueil préalable de consentement peut être un acte licite, lorsqu'il est pratiqué en cas d'urgence vitale, et que la personne ne peut donner son consentement.

Dans cet arrêt, la CEDH a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un tel cas. L'urgence n'étant pas caractérisée, le recueil du consentement était indispensable ; cela sous-entend un consentement véritable, donc éclairé, c'est-à-dire un consentement donné librement, après avoir été informé.

L'urgence n'était pas caractérisée d'un point de vue médical, mais les médecins et l'hôpital arguent de la situation de nécessité médicale pour justifier leur acte et le fait de ne pas avoir recueilli un consentement éclairé. La nécessité médicale est donc utilisée comme une justification de la violation de l'intégrité corporelle sans l'accord de la personne. Malheureusement, il ne s'agit pas d'un cas d'exception ou d'un cas d'école. Les médecins et plus largement les professionnels de santé sont amenés à invoquer la nécessité médicale pour justifier la violation de l'intégrité corporelle et la violation de leur obligation de recueil du consentement. En effet, la loi le leur permet dans certains cas. Ainsi, il est facile ou tentant d'opérer une confusion entre les hypothèses permises et les hypothèses illicites. On pourra comparer ce phénomène à celui de la « raison d'Etat », expression première du privilège qu'entraîne le pouvoir. Ici, il s'agirait de la « raison médicale » qui s'imposerait au dessus des autres conditions légales.

437. En conclusion, la solution de la Cour doit être saluée lorsqu'elle précise que le consentement est un pré-requis, même dans le cas d'une nécessité médicale : « *supposant même que cela eût été une nécessité d'un point de vue médical* ».

Si la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la violation d'un droit fondamental, la Cour de cassation quant à elle, n'a pas condamné ces pratiques.

2°) L'absence de caractérisation d'un délit au regard de la jurisprudence française

Dans la jurisprudence française, deux décisions rendues par la Cour de cassation sont remarquables. Il s'agit d'arrêts de la chambre criminelle, les espèces ayant donné lieu à des poursuites pour violences volontaires.

438. Le premier arrêt, daté du 6 février 2001⁴⁰³, relate des faits de stérilisation sans nécessité médicale et sans consentement. Une femme de 29 ans, ayant eu deux grossesses

⁴⁰³ Crim., 6 février 2001, n°00-82434, publié au Bulletin.

avec complications par le passé, vient consulter pour un kyste ovarien que le médecin indique devoir lui retirer. Il lui indique également l'intérêt qu'aurait une stérilisation face au risque qu'elle court en cas de grossesse future. La patiente ne consent pas mais ne refuse pas. Elle indique refuser la stérilisation lors de l'entretien avec l'anesthésiste. Lors de l'opération, le médecin retire un stérilet ayant causé une infection et pose des clips de Filshie sur les trompes, stérilisant ainsi la jeune femme. L'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry déféré devant la chambre criminelle avait condamné le médecin à 15 jours d'emprisonnement avec sursis et à 2000 euros d'amende, pour délit de violences. Dans cet arrêt, il est relevé que la patiente n'avait pas donné son accord à la ligature des trompes de Fallope et que celle-ci n'était pas une urgence vitale, seul cas dans lequel il est possible de se passer du consentement. La chambre criminelle expose un condensé de la motivation de la Cour d'appel : « *Attendu que, pour déclarer X... coupable de ce délit, les juges relèvent que le chirurgien a volontairement porté atteinte à l'intégrité physique de la malade en procédant sur sa personne à une stérilisation tubaire qui n'était pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat, sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé ; qu'ils ajoutent que la faute de service que constitue l'absence de transmission par le médecin chargé de la consultation préanesthésique de l'information relative au refus de la stérilisation exprimé par la patiente n'est pas de nature à exonérer le chirurgien de sa responsabilité pénale* ».

439. Pour autant, la chambre criminelle ne retient pas le caractère délictuel de l'acte en cause aux motifs d'une absence d'intention délictuelle du médecin :

« *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'élément intentionnel du délit de violences, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». Bien que la Cour d'appel ait relevé que l'acte médical en cause était un acte parfaitement volontaire, la Cour de cassation fait une différence entre le caractère volontaire de l'acte et l'intention de commettre le délit de violences. Pour elle, le médecin n'avait pas l'intention de commettre des violences volontaires. Il est sous entendu que le médecin avait bien à l'esprit de « soigner » cette personne en lui posant des clips de Filshie sur les trompes. La Cour confondrait-elle le mobile et l'intention ? En effet, cette solution impliquerait qu'un médecin agissant dans l'exercice de ses fonctions n'est jamais punissable pénalement puisqu'il n'aurait jamais d'intention de commettre un crime ou un délit. Pourtant ce n'est pas le cas en jurisprudence. Il faut en déduire que la solution est à comprendre autrement. La Cour retient que le médecin a agi avec l'intention de soigner la personne, c'est-à-dire que pour lui l'acte est médicalement indiqué, si

ce n'est nécessaire. Ainsi, le médecin agit dans le cadre autorisé par la loi. La Cour s'en remet à l'état d'esprit qui a animé le médecin.

Cette solution paraît éminemment contestable puisqu'elle revient à déposer entre les mains du médecin la détermination du critère qui rend ses actes légaux ou non.

440. La seconde espèce est identique dans les faits. Deux femmes ont subi, immédiatement après leur accouchement par césarienne, une ligature des trompes de Fallope sans en avoir été informées, ni avant ni après l'intervention et *a fortiori* sans y avoir consenti. Il s'agit d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 janvier 2005⁴⁰⁴. Le pourvoi est formé par les parties civiles, les deux femmes stérilisées, contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Montpellier ayant confirmé le non-lieu prononcé par le juge d'instruction s'agissant du chef de « violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ». Tant la chambre de l'instruction que le juge d'instruction ont considéré que l'élément intentionnel des infractions n'était pas caractérisé et que les plaintes des parties civiles étant déposées plus de trois ans après les faits, l'action publique était alors prescrite. Pour écarter la prescription de l'action, les demandresses au pourvoi invoquent deux arguments de poids : d'abord qu'elles n'avaient pas eu connaissance de l'intervention pratiquée par le médecin sur chacune d'elle lors de l'accouchement par césarienne. Elles ne l'ont su que quelques années plus tard. Cela repousse donc le point de départ du délai de prescription au jour où elles ont eu connaissance de l'infraction. De plus, pour écarter la prescription, elles invoquent le caractère définitif de la mutilation, et non de l'infirmité (puisque la stérilisation est dite « réversible » par une plastie tubaire) pour établir le caractère criminel des infractions. Ce second argument est écarté par la Cour de cassation qui approuve la qualification de la Cour d'appel ayant estimé que les victimes n'étaient « ni mutilées ni infirmes permanentes au sens de l'article 222-9 du code pénal », et que d'autre part leur stérilité était réversible. Il n'est pas formellement répondu au premier argument. La chambre criminelle a simplement jugé que l'action était prescrite puisque le délai de trois ans était écoulé. Celle-ci juge que :

« Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, l'arrêt attaqué, après avoir notamment relevé que l'élément intentionnel des infractions n'était pas caractérisé, constate que les violences remontent à 1993 et 1996 et que

⁴⁰⁴ Crim., 19 janvier 2005, n° 03-87210.

les plaintes déposées par les parties civiles l'ont été plus de trois ans après la commission des faits ;

Que les juges en concluent que l'action publique est prescrite, le caractère criminel desdites infractions ne pouvant être retenu, les victimes n'étant, d'une part, "ni mutilées ni infirmes permanentes, au sens de l'article 222-9 du Code pénal" et, d'autre part, leur stérilité étant "réversible" ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ».

441. Il convient de préciser que si une intervention chirurgicale peut éventuellement permettre à ces deux femmes, s'il n'est pas trop tard, de concevoir d'autres enfants, la ligature des trompes de Fallope demeurera inchangée. Cet acte médical est en lui-même définitif, mais il n'est pas considéré comme une mutilation par les juridictions précitées⁴⁰⁵. La Cour aurait pu se contenter de relever l'absence d'élément intentionnel pour rejeter le pourvoi ; elle a considéré également que l'élément matériel de l'infraction n'était pas caractérisé.

Dans les deux affaires, la chambre criminelle ne retient pas la caractérisation des délits de violences volontaires, au vu de motifs différents. Toutes deux relèvent néanmoins l'absence d'élément intentionnel du médecin ayant procédé aux stérilisations.

442. Pour achever l'analyse de ces deux arrêts datés de 2001 et de 2005, ceux-ci doivent être comparés à un arrêt rendu par la même chambre, à la date du 1^{er} juillet 1937⁴⁰⁶. La comparaison avec une espèce beaucoup plus ancienne permet d'éclairer l'évolution du traitement juridique de la question. À cette époque, la Cour de cassation avait considéré, à l'inverse, que les stérilisations pratiquées sur des personnes, même consentantes, constituaient des délits de coups et blessures avec préméditation.

443. L'affaire, assez connue à l'époque, concernait les sieurs BARTOSECK et PREVOTEL, tous deux poursuivis respectivement pour coups et blessures avec préméditation et complicité. Le « stérilisateur », comme la presse⁴⁰⁷ le nommait à l'époque, et son complice se sont pourvus en cassation contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 8 juillet

⁴⁰⁵ Cela revient à dire qu'il n'y a pas eu d'infraction du moment que la blessure ou la mutilation causée a été réparée. Ainsi, une personne qui, ayant été blessée par une autre, a perdu un doigt, mais l'a « retrouvé » car on a pu le lui « recoudre » ne pourrait obtenir la condamnation de son bourreau.

⁴⁰⁶ Crim., 1^{er} juillet 1937, Gazette du palais, 28 septembre 1937, p.358.

⁴⁰⁷ V. notamment un article paru dans « *Le Midi socialiste* » dans son édition du 5 avril 1935, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://images.midi.bibliotheque.toulouse.fr/1935/B315556101_MIDSOC_1935_04_05.pdf

1936 qui, pour coups et blessures avec préméditation et complicité, avait condamné le premier à un an d'emprisonnement, deux cent francs d'amende et dix ans d'interdiction de séjour et le deuxième à quatre mois d'emprisonnement.

À cette occasion, la Cour de cassation a rappelé les constatations de fait de la Cour d'appel et de la juridiction de premier degré : « *Bartoseck a pratiqué des incisions aux parties génitales et sectionné les canaux déférents de plusieurs individus, et notamment de Prévotel, et, d'autre part, que ce dernier, en vue de ces opérations, a mis en connaissance de cause sa chambre à la disposition dudit Bartoseck.* ».

Puis, la chambre criminelle énonce le motif principal de la solution de la Cour d'appel. Celle-ci, pour les déclarer coupables, « *a décidé que les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer, sur leurs personnes, les règles régissant l'ordre public* ». Les règles d'ordre public évoquées consistent en la protection du corps humain et de son inviolabilité. La chambre criminelle retient l'exacte application des textes par la Cour d'appel et décide de rejeter le pourvoi :

« Attendu, en effet, qu'aux termes des articles 327, 328 et 329 du code pénal, les blessures faites volontairement ne constituent ni crime ni délit, lorsqu'elles ont été commandées, soit par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ; que hors ces cas et ceux où la loi les autorise à raison d'une utilité par elle reconnue, les crimes et délits de cette nature doivent (...) donner lieu à condamnation contre les auteurs et complices ; que, notamment le fait que les victimes auraient consenti aux violences n'est pas exclusif de la préméditation ; qu'ainsi le moyen doit être rejeté »⁴⁰⁸.

444. À la lecture de ces lignes, on comprend que la chambre criminelle a examiné les faits justificatifs qui pouvaient potentiellement exclure la responsabilité pénale. Ni la nécessité de la légitime défense, ni les permissions de la loi ne permettaient donc à cette époque d'anéantir la responsabilité de l'auteur d'actes de stérilisation et de son complice. Si l'on conçoit aisément l'évolution que le droit et les mœurs ont connu depuis cette époque sur la question, il est tout de même important de relever que le même raisonnement juridique devrait prévaloir aujourd'hui puisque ni une cause subjective d'irresponsabilité ni une permission de la loi ne sont retenues pour écarter la responsabilité des médecins dans les deux

⁴⁰⁸ La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens, en matière de coups et blessures volontaires, par un arrêt de sa chambre criminelle du 13 août 1813 (S. chr.). Dans cette espèce, l'inculpé avait mutilé de son consentement un conscrit en lui coupant une phalange du pouce droit.

espèces récentes que nous venons d'exposer. Dans les deux arrêts susmentionnés de la chambre criminelle, du 19 janvier 2005 et du 6 février 2001, l'élément relevé par les juges est l'absence d'élément intentionnel lors de la commission de l'infraction. Si l'on compare les trois espèces, l'intention était la même : rendre inféconde la personne opérée. La différence doit tenir à ce qu'au moment où la Cour de cassation statue, en 2001 et 2005, la loi substituant le terme « médical » au terme « thérapeutique », est déjà intervenue et la stérilisation est considérée comme un acte autorisé par la loi, sous réserve du recueil du consentement. La loi « pénale » plus douce étant appliquée aux procès en cours, on doit en déduire que la chambre criminelle a raisonné ainsi, bien que l'article 16-3 du code civil ne soit pas une loi pénale, il constituerait bien une permission de la loi. Ainsi, étant donné que l'acte de stérilisation était, en lui-même, « légalisé », le seul fait que le consentement ne soit pas recueilli, n'a pas suffi à « correctionnaliser » ou « criminaliser » l'acte. En d'autres termes, le fait de ne pas recueillir le consentement de la personne à laquelle l'atteinte va être portée, ne correspond pas à ou ne caractérise pas l'intention délictuelle ou criminelle.

La permission de la loi étant constituée, pour cette question, par l'état de nécessité médicale pour la personne, le juge a considéré que lorsque cet état est caractérisé, l'infraction n'est pas constituée. Il faut en déduire que le consentement ne fait pas partie des éléments de la permission de la loi.

Cependant, le caractère d'ordre public des règles protégeant l'inviolabilité du corps humain n'aurait-elle pas pu permettre de retenir la caractérisation de l'infraction ?

B. La stérilisation des personnes placées sous un régime de protection

445. La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 a créé l'article L.2123-2 du code de la santé publique en vertu duquel le représentant légal d'une personne placée sous un régime de protection tel que la tutelle ou la curatelle et dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap, peut demander au juge des tutelles l'autorisation de faire procéder à une ligature des trompes de Fallope pour des raisons contraceptives. La condition requise pour ouvrir droit à une décision judiciaire de cette nature peut résulter de la contre-indication absolue des autres méthodes contraceptives ou d'une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. C'est un comité d'experts composés de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées qui apprécie la justification médicale de l'intervention.

446. Le Conseil d'Etat a été saisi par une association de lutte contre l'handiphobie aux fins d'annulation pour excès de pouvoir, du décret du 3 mai 2002, pris en application des dispositions sus énoncées. Le rejet des prétentions de l'association par le Conseil d'Etat a tenu, pour une grande part, à ce que les dispositions d'autorité supérieure, invoquées par l'association étaient inapplicables, car dénuées d'effet dans l'ordre juridique français ou parce que le contrôle de constitutionnalité n'existait pas encore *a posteriori* de la promulgation d'une loi.

Le Conseil d'Etat dans cet arrêt du 26 septembre 2005⁴⁰⁹ a jugé que :

« Considérant, en quatrième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'article L. 2123-2 qu'une stérilisation ne peut être pratiquée sur une personne mineure ; que l'existence d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement doit être constatée ; que, si la personne est apte à exprimer sa volonté, la stérilisation ne peut lui être imposée ; que les conditions dans lesquelles le juge des tutelles est amené à se prononcer sont définies avec précision ; qu'en particulier, ce juge est tenu d'entendre la personne concernée, ses parents ou son représentant légal et de recueillir l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées, lequel apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ; qu'en égard à l'ensemble des règles et garanties ainsi définies, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions litigieuses de l'article L. 2123-2 du code de la santé publique, dont le décret attaqué permet l'application, auraient pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées et seraient, dès lors, incompatibles, d'une part, avec le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, d'autre part, avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 de cette convention et 7 de ce pacte, enfin, avec le droit à une vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de cette même convention ».

⁴⁰⁹ CE, 26 septembre 2005, 1^{ère} et 6^{ième} sous sections réunies, n° 248357, publié au recueil Lebon ; V. *Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, Chrystian Byk, JCP G, 28 mars 2007, n° 13, p.21 ; *Note sous arrêt*, Philippe Terneyre, RFDA, 1^{er} novembre 2005, n° 6, p.1221 ; *Note sous arrêt*, Danièle Cristol, RDSS, 1^{er} novembre 2005, n° 6, p.1060.

447. Ainsi, le juge n'apprécie pas directement la « justification médicale » puisque celle-ci est laissée à l'appréciation d'un comité d'experts composé pour partie de personnes ayant des compétences médicales et pour partie de représentants d'associations dont l'objet est centré sur la personne handicapée. Le juge décide en considération de l'avis de ce comité. Il « apprécie » donc nécessairement l'appréciation de la situation médicale portée par le comité. La répétition des termes est faite volontairement dans le but d'indiquer que, si le mérite de la règle est d'instaurer une sorte de collégialité protectrice, il n'en demeure pas moins que le juge porte forcément une appréciation sur la « justification médicale » alléguée. La justification médicale peut être une contre indication médicale des contraceptifs ou une impossibilité avérée de mettre ceux-ci en œuvre. Il s'agit en réalité de cas de nécessité médicale.

L'appréciation de cette « nécessité médicale » particulière, repose entre les mains du corps médical mais pour partie seulement. En effet, cette appréciation est à partager avec des représentants d'association, et est contrôlée par le juge judiciaire.

Il faut également déduire de cet arrêt que la création postérieure à l'espèce, de la question prioritaire de constitutionnalité, modifierait sûrement le cours de la procédure si l'espèce se déroulait de nos jours. Dans le cas présenté, le Conseil d'Etat déclare qu'il n'est pas compétent pour examiner la constitutionnalité des prescriptions contestées. En présence d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 2123-2 du code de la santé publique (et non sur le décret), la juridiction saisie aurait certainement choisi de transmettre la question si elle l'avait considérée comme étant sérieuse.

448. Du point de vue de l'ordre judiciaire, il faut relever que le texte de l'article L.2123-2 du code de la santé publique a comme inspiration originelle un avis de la Cour de cassation rendu le 6 juillet 1998⁴¹⁰. À l'occasion de cet avis, un juge des tutelles avait questionné la Cour de cassation quant à la décision à prendre face à une demande d'autorisation de stérilisation pour motif de contraception d'une personne handicapée mentale placée sous tutelle. La Cour de cassation avait alors répondu que selon l'article 16-3 du code civil un tel acte serait illicite puisque dénué de tout caractère thérapeutique. Outre le changement remarquable et important de la notion de nécessité thérapeutique par celle de nécessité médicale, cet avis avait eu une autre conséquence, celle de sensibiliser au problème

⁴¹⁰ Cour de cassation, avis, 6 juillet 1998, Bull. civ. n° 10, D. 1998 I.R. 208, Defrénois, 1999, 314, obs. Massip ; Dr. fam., 1998, n° 162, note Fossier ; ibid. 2000, Chron. 2, étude Raynaud de Lage ; LPA, 7 juillet 1999, note Sefton-Green ; R.T.D.Civ., 1998, 881, obs. Hauser.

rencontré par les médecins gynécologues devant les demandes de stérilisation à visée contraceptive. En conséquence, le législateur a profité de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse, pour créer la règle de l'article L. 2123-2 du CSP.

449. Malgré le sens parfaitement clair de l'avis rendu le 6 juillet 1998, la Cour de cassation en formation contentieuse n'a pas, par la suite, véritablement tiré les conséquences d'un tel avis. Dans un arrêt de la chambre criminelle du 10 juin 2008⁴¹¹, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par l'union départementale des associations familiales de l'Yonne tendant à voir reconnaître l'existence de violences aggravées sur des personnes handicapées ayant fait l'objet de stérilisations. À l'époque des faits (entre 1996 et 1998), l'article L. 2123-2 susvisé n'existait pas. Il n'existait donc pas de disposition légale autorisant cette pratique, la Cour de cassation, dans son avis a justement estimé que de tels actes étaient par définition illicites, sans considération aucune de la question du consentement. Dans cette espèce, la chambre criminelle a pourtant déclaré le pourvoi irrecevable, alors même qu'il s'agissait bien d'actes illicites d'un point de vue civil. La Cour argue de l'article 575 du code de procédure pénale qui impose, pour contester la légalité d'une ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, que la partie civile invoque un des cas prévus par le dit article (cas réducteurs). L'article 575 reproduit ci-après a été abrogé le 24 juillet 2010 en raison d'une décision du Conseil constitutionnel ayant déclaré son inconstitutionnalité. À l'heure actuelle, le pourvoi serait examiné et ne serait donc pas déclaré irrecevable. L'article 575 disposait :

« La partie civile ne peut se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre de l'instruction que s'il y a pourvoi du ministère public. Toutefois, son seul pourvoi est recevable dans les cas suivants :

- 1° Lorsque l'arrêt de la chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à informer ;*
- 2° Lorsque l'arrêt a déclaré l'irrecevabilité de l'action de la partie civile ;*
- 3° Lorsque l'arrêt a admis une exception mettant fin à l'action publique ;*
- 4° Lorsque l'arrêt a, d'office ou sur déclinatoire des parties, prononcé l'incompétence de la juridiction saisie ;*
- 5° Lorsque l'arrêt a omis de statuer sur un chef de mise en examen ;*
- 6° Lorsque l'arrêt ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;*

⁴¹¹ Crim., 10 juin 2008, n° 07-86623, publié au bulletin.

7° *En matière d'atteintes aux droits individuels telles que définies aux articles 224-1 à 224-5 et 432-4 à 432-6 du code pénal.* ».

450. Toutefois, la Cour prend la peine de répondre rapidement sur le fond de l'affaire, malgré l'irrecevabilité caractérisée. D'après la motivation de la Cour, les charges lui semblaient insuffisantes pour caractériser le délit de violences volontaires. En effet, l'attendu de principe énonce que : *« les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles des mémoires produits par les parties civiles appelantes, a exposé les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis les crimes ou délits reprochés, ni toute autre infraction ».*

En raison d'un argument formel, la chambre criminelle n'a pas clairement répondu à la question de savoir si ces actes de stérilisation non consentis sur des personnes handicapées placées sous un régime de protection constituaient à ce moment donné, des actes licites ou non.

En vérité, la suite donnée par le législateur, qui a pris le soin de modifier l'article 16-3 du code civil ainsi que de créer l'article L.2123-2 du code de la santé publique répond sans équivoque à la question. Ces actes étaient illicites et la naissance de la notion de nécessité médicale, tout autant que l'autorisation expresse du code de la santé publique, les ont rendu licites d'un point de vue civil.

451. Finalement, s'agissant tant des personnes capables juridiquement que des personnes placées sous un régime de protection, les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction n'ont jamais condamné pénalement le médecin ayant pratiqué l'acte de stérilisation non consenti. De façon tout à fait camouflée, la nécessité médicale a permis d'outrepasser les exigences légales et d'écarter la responsabilité pénale des praticiens. Il n'y a guère que la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné des faits identiques, en considérant qu'elle n'avait pas à apprécier l'état de nécessité médicale ; mais que toutefois, même en présence d'un tel état, le recueil du consentement éclairé demeurait obligatoire. La seule exception admise est celle de l'urgence vitale. Il est souhaitable que la solution adoptée par la Cour européenne sur cette question soit prise en exemple par les juridictions françaises et ne reste pas à l'état de vœu pieux.

Une seconde hypothèse aménagée légalement permet de porter atteinte à l'inviolabilité du corps humain sans le consentement de l'intéressé : il s'agit des procédures de soins psychiatriques sans consentement, autrefois dénommées « hospitalisation d'office » ou « hospitalisation à la demande d'un tiers ».

§2. Les soins psychiatriques sans consentement

452. En considération de la réforme récemment intervenue en la matière et entrée en vigueur le 1^{er} août 2011, il paraît nécessaire pour la bonne marche de l'étude, de commencer par examiner les nouveaux textes pour pouvoir établir si ceux-ci ont eu un impact sur l'utilisation qui est faite de la notion de nécessité médicale (A). Dès lors, il est possible d'examiner, dans ce cadre, l'usage que le juge fait de la notion (B).

A. Le nouveau régime des soins psychiatriques sous contrainte

Le nouveau régime est issu de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011. Quatre nouveautés principales sont à examiner pour appréhender dans quelle mesure le nouveau régime a modifié l'usage qui était fait du critère de nécessité médicale.

1°) La possibilité d'hospitalisation partielle ou de non-hospitalisation

453. La première nouveauté tient à la possibilité de ne pas hospitaliser la personne qui est soignée sans son consentement. Ainsi, les soins psychiatriques sont l'élément « contraint » de la procédure, la liberté d'aller et de venir n'étant pas systématiquement atteinte. Les nouvelles dispositions utilisent toutes l'expression de « soins sans consentement ». Désormais, les soins peuvent être donnés en ambulatoire et/ou à domicile, selon un programme de soins défini à l'avance ; la personne pouvant alors résider à son domicile. Il peut aussi s'agir d'un mélange d'hospitalisation et de non hospitalisation (séjours de courtes durées). Le principe de cette nouveauté est organisé à l'article L. 3211-2-1 du code de la santé publique (2°). La précision doit être faite que, dans tous les cas, une période d'hospitalisation complète est obligatoire, et précède donc toutes les hypothèses de soins contraints « à domicile ». Celle-ci dure soixante douze heures. C'est l'article L. 3211-2-2 du même code qui prévoit que, lors de cette période d'hospitalisation obligatoire, et « dans les

vingt-quatre heures suivant l'admission, un médecin réalise un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil établit un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission définies aux articles L. 3212-1 ou L. 3213-1. Ce psychiatre ne peut être l'auteur du certificat médical ou d'un des deux certificats médicaux sur la base desquels la décision d'admission a été prononcée ».

Puis, dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un nouveau certificat médical est établi dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa de l'article sus énoncé. Ce n'est que lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques qu'un psychiatre de l'établissement d'accueil propose le choix de la prise en charge : hospitalisation complète ou soins en ambulatoire et, le cas échéant, programme de soins.

454. Il convient de préciser que, dès que la personne fait l'objet d'un programme de soins, le juge des libertés et de la détention (JLD) n'est plus compétent⁴¹². En effet, la réforme ne prévoit sa compétence que dans le cadre de l'hospitalisation complète. Dès lors que les médecins ont décidé d'une prise en charge différente, au moyen de soins en ambulatoire par exemple, le juge doit constater que la mesure d'admission est levée. La grande nouveauté de la loi est donc de permettre des soins psychiatriques contraints sans être hospitalisé de façon complète. Dans ce cadre, aucun contrôle du juge judiciaire n'est mis en œuvre, le juge des libertés et de la détention étant, il est vrai, le juge de la personne « détenue » au sens courant du terme, c'est-à-dire « privée de liberté ». Cela nous amène à la deuxième grande nouveauté de la loi qui est la saisine obligatoire à bref délai du juge des libertés et de la détention.

⁴¹² Une question prioritaire de constitutionnalité a porté sur cette question et a donné lieu à une décision du Conseil Constitutionnel du 20 avril 2012 n° 2012-235 dans laquelle celui-ci considère, très étonnamment, que les soins délivrés dans le cadre du programme de soins ne peuvent faire l'objet de mesures de contraintes, et que dès lors, la compétence du JLD n'est plus requise. Il est sous entendu que le programme de soins n'est pas une mesure contraignante. Cela paraît en complète contradiction avec le fait d'insérer ce programme de soins dans les limites du régime des soins sous contrainte. « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'en permettant que des personnes qui ne sont pas prises en charge en « hospitalisation complète » soient soumises à une obligation de soins psychiatriques pouvant comporter, le cas échéant, des séjours en établissement, les dispositions de l'article L. 3211-2-1 n'autorisent pas l'exécution d'une telle obligation sous la contrainte ; que ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins ; qu'aucune mesure de contrainte à l'égard d'une personne prise en charge dans les conditions prévues par le 2° de l'article L. 3211-2-1 ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète ; que, dans ces conditions, le grief tiré de la violation de la liberté individuelle manque en fait* ».

2°) La saisine obligatoire du JLD

455. Bien évidemment, la seconde nouveauté qu'il convient d'évoquer, car elle a donné lieu à la réforme, est la saisine automatique du juge des libertés et de la détention. L'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention ne soit saisi de la question, dans un délai de quinze jours ou six mois selon le cas. En effet, le juge doit être préalablement saisi par le directeur de l'établissement avant l'expiration d'un délai de 15 jours, si la décision d'admission ou d'hospitalisation complète émane du directeur d'établissement ou du représentant de l'Etat, et avant l'expiration d'un délai de 6 mois, si la décision d'admission émane du juge judiciaire⁴¹³. Toutefois, il existe une possibilité pour le juge de prolonger ce délai de quatorze jours au maximum, s'il souhaite qu'une expertise soit effectuée⁴¹⁴.

456. Dans tous les cas, la saisine du JLD aux fins de voir statuer sur l'hospitalisation complète, est accompagnée d'un avis conjoint rendu par deux psychiatres de l'établissement d'accueil désignés par le directeur, dont un seul participe à la prise en charge du patient. Cet avis se prononce sur la nécessité de poursuivre l'hospitalisation complète.

La nécessité médicale est donc un critère présent à toutes les étapes de la procédure, et plus précisément aux étapes déterminantes pour la protection de la personne : les étapes de contrôle de la mesure.

Enfin, dans le cas où le préfet refuse de suivre l'avis d'hospitalisation d'un psychiatre, le juge des libertés et de la détention est systématiquement saisi. Le juge peut ainsi intervenir à tout moment sur toute mesure de soins sans consentement à la demande du patient ou d'un de ses proches, et même d'office.

457. Une nouveauté majeure qui a déjà été évoquée réside dans le changement sémantique puisque l'on ne qualifie plus ces procédures d'hospitalisation d'office ou sur demande d'un tiers mais de « soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat »

⁴¹³ Article L. 3211-12-1 du code de la santé publique.

⁴¹⁴ Avant dernier alinéa du I de l'article L.3211-12-1 susvisé « *Toutefois, lorsque le juge des libertés et de la détention a ordonné, avant l'expiration de l'un des délais mentionnés aux 1° à 3° du présent I, une expertise en application du III du présent article ou, à titre exceptionnel, en considération de l'avis conjoint des deux psychiatres, ce délai est prolongé d'une durée qui ne peut excéder quatorze jours à compter de la date de cette ordonnance. L'hospitalisation complète du patient est alors maintenue jusqu'à la décision du juge, sauf s'il y est mis fin en application des chapitres II ou III du présent titre. L'ordonnance mentionnée au présent alinéa peut être prise sans audience préalable* ».

(chapitre III) ou de « soins psychiatriques en cas de péril imminent ou sur la demande d'un tiers » (chapitre II).

La possible absence d'hospitalisation complète au-delà du délai de 72 heures explique ce changement. Cependant, il faut aller plus loin. Cela engendre également une conséquence : selon la formulation des articles dans leur ensemble, seuls les soins psychiatriques peuvent être contraints. Qu'en est-il des soins nécessaires mais qui n'appartiennent pas au domaine du psychiatrique ? Par exemple, si la personne admise sous contrainte présente une fracture du bras ou une pneumonie ? On doit en conclure que dans ces hypothèses, le personnel soignant ne peut contraindre la personne à se soigner, sans son consentement. Etant donné que dans la majorité des cas, le recueil du consentement est impossible, la question paraît épineuse. Il est fréquent que les personnes subissant ces soins psychiatriques soient placées sous un régime de protection tel que celui de la tutelle. Dans ce cas, son représentant légal doit pouvoir consentir pour lui.

458. L'article L. 3212-1 organisant l'hypothèse de soins psychiatriques sans consentement sur décision du directeur d'établissement⁴¹⁵, en cas de péril imminent ou sur la demande d'un tiers, prend toujours comme critère le fait que l'« état mental [de la personne faisant l'objet de la procédure] impose des soins immédiats ». Le critère de la nécessité médicale est donc inchangé. Il est vrai, la formulation est celle d'une interprétation stricte de la notion de nécessité. En effet, elle renvoie à un état qui s'impose, à une nécessité qui ne laisse pas de choix, semble-t-il. L'état de nécessité est alors constitué par une situation d'obligation.

459. Cet article intègre désormais, la voie ouverte en l'absence de demande émanant d'un tiers. Il est alors nécessaire de remplir une autre condition : le péril imminent pour la santé de la personne. Cet état est « dûment constaté par un certificat médical » indiquant « l'état mental de la personne malade, les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins » (article L.3212-1, II, 2°). La véritable nouveauté tient à ce que ce certificat doit maintenant être établi par un médecin qui n'appartient pas à l'établissement d'accueil. La voie du péril imminent existait auparavant dans l'ancien article L. 3212-3 du même code. Cependant, sous cet ancien régime, le médecin pouvait être un

⁴¹⁵ Seulement certains établissements peuvent recevoir les patients soumis à des soins psychiatriques sous contrainte. La liste de ceux-ci est établie par l'ARS (article L.3222-1 du CSP).

médecin de l'établissement. Désormais, le progrès est de permettre cette voie d'admission en soins contraints avec la garantie d'une « appréciation » extérieure à l'établissement (soit un médecin, soit un tiers).

Dans le cadre des hypothèses d'admission sur décision du directeur de l'établissement de santé, il existe désormais un troisième cas de figure prévu par la loi, celui de l'urgence face à un danger pour l'intégrité physique de la personne.

3°) Un nouveau cas d'admission

460. L'ancien article L. 3212-3 est remplacé par un nouveau cas d'ouverture dans lequel, le directeur peut, à titre exceptionnel, dans une procédure ouverte à la demande d'un tiers, prononcer la décision d'admission au vu d'un seul certificat médical, émanant éventuellement d'un médecin du même établissement, en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade (nouvel article L. 3212-3 du même code).

461. Il s'agit en fait d'un nouveau cas d'admission en soins à la demande d'un tiers, pour lequel la loi dispense de la production d'un certificat sur deux. Mais la condition supplémentaire tient à l'urgence et au danger pour l'intégrité physique de la personne.

Dans cette hypothèse, le médecin établissant le certificat peut être un médecin appartenant à l'établissement mais la demande d'un tiers reste nécessaire. La qualité et la détermination du professionnel qui apprécie l'état de nécessité médicale de la personne que l'on souhaite contraindre aux soins est au cœur de la réforme. C'est donc que l'appréciation de l'état de nécessité médicale est au cœur du dispositif. Il est en effet le critère commun déterminant l'ensemble des mesures.

4°) Le rôle de la nécessité médicale renforcé

462. S'il est besoin de renforcer notre conviction, le nouvel article L. 3212-7 du code de la santé publique prévoit que : « *Après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour à compter de l'admission d'une personne en soins psychiatriques, un psychiatre de l'établissement d'accueil établit un certificat médical circonstancié indiquant si les soins sont toujours nécessaires* ».

463. Le chapitre III relatif à la procédure d'admission en soins contraints sur décision du représentant de l'Etat prévoit deux conditions à cette admission au premier rang desquelles figure la nécessité médicale : « *Le représentant de l'Etat dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ».

Dans sa rédaction antérieure, le critère tenant à la nécessité médicale était formulé de manière similaire.

464. La possibilité, à travers l'article 706-135 du code de procédure pénale, de voir prononcer une décision d'admission en soins contraints par le juge judiciaire, repose également sur la nécessité des soins : « *Sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du code de la santé publique, lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police est immédiatement avisé de cette décision. Le régime de cette hospitalisation est celui prévu pour les admissions en soins psychiatriques prononcées en application de l'article L. 3213-1 du même code* »⁴¹⁶.

465. La décision de recourir à des soins psychiatriques sans consentement peut ne pas être une décision administrative ; elle peut, depuis 2008⁴¹⁷, émaner du juge judiciaire,

⁴¹⁶ De même, l'article L. 3213-7 du code de la santé publique prévoit que : « *Lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié, sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, elles avisent immédiatement la commission mentionnée à l'article L. 3222-5 du présent code ainsi que le représentant de l'Etat dans le département qui ordonne sans délai la production d'un certificat médical circonstancié portant sur l'état actuel du malade. Au vu de ce certificat, il peut prononcer une mesure d'admission en soins psychiatriques dans les conditions définies à l'article L. 3213-1* ».

⁴¹⁷ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008, article 3.

appartenant à la chambre de l'instruction ou à la juridiction de jugement dans les cas où une irresponsabilité pénale est prononcée.

La nécessité médicale demeure le critère de la prise de décision du juge, à travers une expertise médicale dans ce cas ; cependant ce critère n'est pas suffisant. Il est également exigé que les troubles mentaux compromettent la sûreté des personnes ou de façon grave l'ordre public. Il s'agit des mêmes critères que pour la décision émanant du représentant de l'Etat. L'état de nécessité médicale attesté par un médecin est donc apprécié par le juge judiciaire, à l'aide de l'expertise, pour pouvoir prononcer cette décision. En tant que gardien des libertés individuelles, celui-ci est tout aussi légitime que l'autorité préfectorale ou qu'un directeur d'établissement de santé.

466. L'usage plutôt novateur de la notion de nécessité médicale réside dans le fait que l'appréciation de celle-ci par le médecin est tout de même contrôlée par le représentant de l'Etat dans les hypothèses de mainlevée de la mesure. L'article L. 3213-9-1 du code de la santé publique dispose que : *« Lorsque le représentant de l'Etat décide de ne pas suivre l'avis par lequel un psychiatre de l'établissement d'accueil constate qu'une mesure de soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète n'est plus nécessaire, il en informe sans délai le directeur de l'établissement qui demande immédiatement l'examen du patient par un deuxième psychiatre. Si ce deuxième avis, rendu dans un délai maximal de soixante-douze heures après la décision du représentant de l'Etat dans le département, confirme l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le représentant de l'Etat ordonne la mainlevée de cette mesure ou la mise en place d'une mesure de soins mentionnée au 2° de l'article L. 3211-2-1.*

Pour les personnes mentionnées au III de l'article L. 3213-1, le représentant de l'Etat prend l'une ou l'autre de ces décisions si chacun des avis et expertises prévus à l'article L. 3213-8 constate que la mesure d'hospitalisation complète n'est plus nécessaire ».

Ainsi, le représentant de l'Etat a pour mission de suivre l'avis et l'appréciation portée par le médecin quant à l'opportunité médicale de la poursuite de la mesure administrative.

B. L'usage juridictionnel de la notion dans le cadre des soins sous contrainte

467. L'usage de la notion de nécessité médicale est illustré par une affaire ayant donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité relative aux hospitalisations sans

consentement⁴¹⁸. Dans cette espèce, face à la situation d'urgence, la Cour de cassation a statué malgré le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel. L'arrêt est donc daté du 8 avril 2011⁴¹⁹. La procédure a débuté lorsqu'une personne hospitalisée sans son consentement au moyen d'une mesure d'hospitalisation d'office a demandé la main levée de la mesure aux motifs de l'irrégularité de la mesure et de son absence de dangerosité. Le juge des libertés et de la détention a rejeté la requête de mise en liberté immédiate. À la suite de l'appel interjeté par la personne hospitalisée, le premier président de la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en considérant que le moyen tenant à l'irrégularité de la mesure étant une question de droit administratif, il appartenait au juge administratif d'en connaître. L'appelant est encore une fois débouté. Lors du pourvoi, la Cour de cassation a relevé une dénaturation des termes des demandes de l'appelant. En effet, pour elle, la Cour d'appel, en retenant le seul moyen de l'irrégularité de la procédure, a occulté le moyen tenant à la nécessité médicale de la mesure. Il est vrai, l'appelant invoquait l'absence de dangerosité de son état. Cet argument, tenant à l'absence de nécessité médicale de la mesure, est pour la Cour de cassation une question relevant de la compétence du juge judiciaire. Ainsi, le motif tiré de la compétence du juge administratif est inopérant :

« Attendu que, pour confirmer cette décision, l'ordonnance relève que la demande de M. X... est fondée sur le caractère irrégulier de la mesure d'hospitalisation d'office qui n'aurait pas été renouvelée dans les délais prévus par l'article L. 3213-4 du code de la santé publique et que cette contestation, qui ne porte pas sur une nécessité médicale, relève de la compétence de la juridiction administrative ;

Qu'en statuant ainsi, alors que M. X... soutenait également dans ses conclusions que son état ne présentait pas une quelconque dangerosité actuelle au sens de l'article L. 3213-1 du même code, la cour d'appel en a dénaturé les termes et a ainsi méconnu l'objet du litige en violation du texte susvisé ». Le juge judiciaire devait donc se reconnaître compétent. À la lecture de ces lignes, on doit aussi comprendre que l'état de dangerosité de la personne fait

⁴¹⁸ Cons. const., décision du 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC. Le Conseil constitutionnel avait été saisi le 7 avril 2011 par le Conseil d'État, d'une QPC relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 du Code de la santé publique. Il a également été saisi le 8 avril 2011 par la Cour de cassation, dans les mêmes conditions, d'une QPC relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 3213-4 du même code. Par une seule décision sur les deux QPC, il a jugé ces deux articles contraires à la Constitution.

⁴¹⁹ Civ. 1^{ère}, 8 avril 2011, n° 10-25354, publié au bulletin.

partie de l'appréciation de l'état de nécessité médicale devant être attesté pour prononcer une mesure de soins contraints.

Il faut en déduire que pour la Cour de cassation, dans le cadre des mesures de soins dispensés sous contrainte, l'appréciation de la nécessité médicale fait partie de la compétence de la juridiction judiciaire. Compétence qui n'est certainement pas exclusive, sauf à considérer que l'état de nécessité médicale intéresse seulement la question de la liberté individuelle. Tout porte à croire que la juridiction administrative pourrait également avoir une compétence pour apprécier l'état de nécessité médicale, la liberté d'aller et de venir faisant partie des libertés fondamentales protégées par la procédure de référé-liberté prévue à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Cependant, il est plus ou moins établi, par la jurisprudence, que le contrôle de la validité formelle des décisions administratives d'hospitalisation appartient à la juridiction administrative -dans la limite des exigences de protection de la liberté individuelle- et que la protection juridictionnelle de la liberté individuelle relève exclusivement du juge judiciaire (article 66 de la Constitution⁴²⁰). M. BIOY a écrit sur le sujet que « *le juge judiciaire juge au fond de la nécessité de l'internement et de l'indemnisation d'un éventuel abus ; le juge administratif sanctionne la légalité formelle* ». Il indique également que la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs signalé ses doutes sur les risques que cette dualité de juridiction présentait pour l'efficacité de la protection des droits du justiciable⁴²¹.

468. Les deux conclusions à faire sont : d'une part, que le juge judiciaire est le juge de la nécessité médicale de la mesure de soins contraints et d'autre part, que l'appréciation de la nécessité médicale de la mesure est, dans ce cas, composée pour partie de l'appréciation de la dangerosité de la personne.

469. Dans un autre cas, la première chambre civile a rendu un arrêt, le 26 janvier 2011⁴²², dans lequel elle a indiqué que l'état de nécessité médicale est indifférent au regard du

⁴²⁰ V. sur ce point la décision du Conseil constitutionnel du 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, ainsi que le commentaire de Xavier Bioy, « *La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte* », AJDA, 2011, p.174.

⁴²¹ V. concernant des personnes hospitalisées : CEDH 12 mai 1992, Megyeri c/ Allemagne, § 22 ; CEDH 30 janv. 2001, Vaudelle c/ France, § 60 et concernant une personne détenue : CEDH 18 nov. 2010, Baudoin c/ France, req. n° 35935/03. L'articulation entre les compétences du juge judiciaire et celles du juge administratif peut empêcher le justiciable d'obtenir une décision sur sa détention.

⁴²² Civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, n° 09-14905. Extrait de la décision : « *Attendu que l'agent judiciaire du trésor fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 20 mars 2009) de faire droit à cette demande, alors, selon le moyen, que (...), l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, est seule compétente pour apprécier la nécessité de*

droit de la personne, ayant fait l'objet de mesures déclarées irrégulières par le juge administratif, à être indemnisée. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a relevé que l'annulation des décisions administratives d'hospitalisations privait celles-ci de fondement légal et suffisait à caractériser l'atteinte portée à la liberté individuelle de la personne. La Cour en a déduit que la personne détenait un droit de créance non contestable, peu important le caractère médicalement justifié de la mesure. L'agent judiciaire du Trésor avait, en effet, invoqué comme moyen au pourvoi que la mesure était médicalement justifiée et que l'autorité judiciaire était juge de la nécessité de la mesure. Ce moyen est inopérant d'après la Haute Juridiction face à l'illégalité de la mesure. La personne qui a fait l'objet d'une mesure illégale, même si celle-ci était médicalement nécessaire, est en droit de demander l'indemnisation de son préjudice.

470. Finalement, il faut en conclure que la nécessité médicale de la mesure ne peut suffire, à elle seule, à légitimer l'atteinte à la liberté individuelle. Le formalisme légal encadrant les décisions administratives d'hospitalisations et aujourd'hui d'admissions en soins, doit être respecté pour pouvoir légitimement porter atteinte à la liberté individuelle. La nécessité médicale ne constitue pas en l'espèce un critère tout-puissant.

471. Une affaire jugée en 2005⁴²³ par la première chambre civile nous renseigne sur le faible contrôle porté par les juges du fond sur la condition de nécessité médicale de la mesure d'hospitalisation. Il s'agissait en l'espèce d'une dame ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'office prononcée par le préfet. Elle avait demandé la main levée de la mesure et fût déboutée tant en première instance qu'en appel. La demanderesse au pourvoi invoque contre l'arrêt d'appel : *« qu'en ne caractérisant pas la nécessité médicale d'une hospitalisation d'office, et en ne faisant en particulier pas apparaître en quoi elle aurait*

cette mesure ; qu'en estimant que l'annulation des décisions administratives ordonnant l'hospitalisation d'office par le juge administratif privait de tout fondement légal cette hospitalisation, de telle sorte qu'elle n'avait pas à rechercher si cette mesure était médicalement justifiée pour en déduire que M. X... avait droit à une provision indemnisant sa privation de liberté pendant 29 jours, laquelle s'était accompagnée de traitements neuroleptiques, la cour d'appel, à qui il appartenait d'apprécier la nécessité de cette mesure, a méconnu son office au regard de l'article susvisé du code de la santé publique, ensemble l'article 66 de la Constitution, la loi des 16-24 août 1790 et le Décret du 16 fructidor an III ; Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit que l'annulation des décisions administratives privait de tout fondement légal le transfert et l'hospitalisation d'office de M. X..., et suffisait à caractériser l'atteinte portée à sa liberté individuelle, la cour d'appel en a exactement déduit que, peu important le bien ou mal fondé de la mesure, sa créance contre l'Etat du fait des préjudices en résultant n'était pas sérieusement contestable ; que le moyen n'est pas fondé ».

⁴²³ Civ.1^{ère}, 22 mars 2005, n° 03-18960.

concrètement présenté les symptômes de la schizophrénie mentionnée par le médecin examinateur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3211-12 et L. 3213-1 du Code de la santé publique, ensemble l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Les conseillers de la Cour de cassation ont estimé à l'inverse que la juridiction d'appel avait relevé par motifs propres et adoptés que le certificat du médecin « *faisait état des troubles mentaux de l'intéressée, définis par lui comme révélateurs d'une pathologie de type schizophrénique ; qu'il décrivait son "refus de la réalité, son agressivité et son refus d'être traitée"* ». Ces indications suffisent à la Cour pour vérifier que la condition de nécessité médicale était remplie au moment du prononcé de la mesure.

Au regard de cette motivation, il est patent que le contrôle opéré par le juge du fond est limité aux indications portées et à la description faite par le médecin certifiant l'état de la personne.

472. En conclusion, le contrôle juridictionnel de la nécessité médicale dans le cadre des mesures de soins sans consentement, anciennement dénommées mesures d'hospitalisations sans consentement, existe indubitablement mais apparaît comme étant limité. Les juges des libertés et de la détention ont parfois l'impression, selon leurs propres termes, d'être « une chambre d'enregistrement ». Le problème demeure donc entier : comment donner les moyens aux juges de contrôler une appréciation qui est de nature purement médicale ? Le formalisme, excessif aux yeux de certains médecins, encadrant désormais cette appréciation, se veut protecteur des intérêts et des droits de la personne faisant l'objet de soins contraints. Pour autant, il est permis de penser que les formes imposées par la nouvelle loi ont un impact réduit sur l'appréciation clinique du médecin.

C'est donc l'usage juridictionnel de la notion de nécessité médicale dans le cadre des soins sous contrainte qui est non efficace. Non pas du fait des juges, mais du fait du dispositif légal mis en place qui peut se résumer au fait de laisser à l'entière appréciation du médecin le choix de mettre en place ou non des soins sans consentement.

En cela, l'utilisation qui est faite de la notion est indésirable car elle revient à donner toujours plus de pouvoir et de liberté au médecin tandis qu'elle restreint la sphère de liberté du patient.

473. À côté des hypothèses légales aménageant une violation de l'intégrité corporelle basée sur la nécessité médicale, des hypothèses contraires à la loi se remarquent en pratique. Celles-ci sont d'autant plus indésirables qu'elles peuvent être qualifiées d'illégales.

Section 2 : Les hypothèses contra legem de violation de l'intégrité corporelle sans consentement

474. Il s'agit d'examiner un ensemble d'hypothèses qui n'entre pas dans les conditions de légalité des actes médicaux qui sont l'état de nécessité médicale et le recueil du consentement ; ces hypothèses n'étant pas sanctionnées pour autant. En d'autres termes, l'analyse concerne des hypothèses dans lesquelles le consentement de la personne n'est pas recueilli ou son refus n'est pas respecté alors qu'ils devraient l'être, et cela au motif de l'état de nécessité médicale de la personne, sans qu'aucune sanction judiciaire ne soit prononcée. Une des deux conditions de légalité des actes médicaux parvient à évincer l'autre. Ces hypothèses *contra legem* se rencontrent pour des situations particulières : d'abord auprès de personnes que leur état place dans une situation de vulnérabilité (§1), ensuite auprès de personnes qui se sont placées par leur comportement ou leur choix dans une situation de vulnérabilité (§2). Dans tous les cas, il est notable que le non-respect du consentement, non sanctionné, concerne des personnes vulnérables.

§1. Les hypothèses non sanctionnées de non respect de la volonté de personnes vulnérables

475. Il existe des cas concrets dans lesquels la volonté de la personne est tout simplement sans effet, voire bafouée, en raison de deux considérations : l'état de vulnérabilité et l'état de nécessité médicale de la personne. En premier lieu, la contention physique des personnes âgées est une pratique pouvant être qualifiée d'illégale, bien que partiellement reconnue par certaines instances indépendantes (A). En second lieu, le cas d'un mineur handicapé pour lequel la volonté de son représentant légal n'a pas été entendue permet d'étayer le propos (B).

A. La pratique de la contention physique de la personne âgée

476. La contention se définit comme « l'immobilisation d'un malade, d'un animal, pour mieux le soigner⁴²⁴ » ou encore comme le « procédé thérapeutique permettant d'immobiliser un membre, de comprimer des tissus ou de protéger un malade agité⁴²⁵ ». Une première approche médicale de la notion de contention physique (1°) permet de s'interroger sur le respect des conditions légales encadrant cette pratique (2°).

1°) Approche médicale de la contention physique de la personne

477. L'Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé (ANAES) a élaboré un guide, en octobre 2000, intitulé « *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, limiter les risques de contention physique de la personne âgée* ». Une définition de la contention physique y figure : « *La contention physique, dite passive, se caractérise par l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements qui empêchent ou limitent les capacités de mobilisation volontaire de tout ou d'une partie du corps dans le seul but d'obtenir de la sécurité pour une personne âgée qui présente un comportement estimé dangereux ou maladapté. Les contentions à visée rééducative, dites actives, ne doivent pas être confondues avec la contention physique dite passive* ».

La contention physique dite active est volontairement écartée de l'étude car cette hypothèse implique le consentement de la personne, s'agissant d'hypothèses de rééducation.

Selon ce rapport, la contention physique des personnes âgées est utilisée le plus souvent pour prévenir les chutes, pour contenir l'agitation et pour limiter la déambulation, et s'est développée de façon importante, presque insidieusement, au fil du temps. Selon le propre aveu de l'ANAES : « *Des dispositifs de contention existent et le choix offert est de plus en plus large. Pourtant, cette pratique courante ne figure pas très souvent dans les divers programmes de formation des professionnels de santé. Probablement parce que sa seule inscription pourrait soulever des problèmes éthiques et déontologiques majeurs. En effet, cette pratique porte atteinte à la liberté d'aller et venir et expose à de nombreux risques, tout en ayant une efficacité souvent aléatoire. Consciente qu'il fallait à la fois améliorer la sécurité de cette pratique et en réduire au maximum le recours, la Direction générale de la santé a demandé à l'ANAES de réaliser un guide d'évaluation des pratiques professionnelles*

⁴²⁴ Définition issue de <http://www.le-dictionnaire.com/definition.php?mot=contention>

sur ce thème. Dans ce document, la contention est abordée, en premier lieu, comme une « *pratique utile* » dans certains cas. Un référentiel constitué de critères de pratiques est proposé pour en améliorer la sécurité. En second lieu, elle est considérée comme une pratique, « *en partie évitable* », si des alternatives appropriées et convaincantes sont proposées.

478. Il existe une grande diversité de moyens et de techniques de contention physique. Parmi les moyens utilisés, on peut citer les moyens spécifiques comme : les gilets et les sangles thoraciques, les ceintures, les attaches de poignets et de chevilles, les sièges gériatriques, les sièges avec un adaptable fixé et les barrières de lit. Parmi les moyens non spécifiques, il faut considérer tout matériel détourné de son usage, bien souvent un drap ou tout vêtement qui limite les mouvements volontaires du corps.

2°) *Le respect des conditions légales*

479. Il est indiscutable que les pratiques de contention passives existantes dans les établissements de santé, que ceux-ci soient privés ou publics, ne reçoivent jamais le consentement de la personne concernée. Dans de rares cas, la personne âgée souffrant d'une pathologie neurologique lourde et placée sous tutelle peut voir son consentement substitué par celui du tuteur. Mais peut-on véritablement parler d'actes que le tuteur peut valablement accomplir ? Accepter d'être attaché à son lit ou à sa chaise une grande partie de la journée est-ce un acte strictement personnel ou relevant de la catégorie des actes qui peuvent être faits par le tuteur ?

En tout état de cause, le consentement de la personne âgée soumise à contention est, par définition, absent. À l'évidence, si la personne concernée comprenait le motif médical et consentait à réduire ses déplacements, voire à être immobile une grande partie de la journée, il ne servirait à rien de la contraindre physiquement en l'attachant à un meuble.

Les soignants justifient leurs gestes en arguant, dans la majorité des cas, d'un motif médical puisque la contention empêcherait les chutes ou réduirait les risques de chutes. Il s'agit bien d'un motif de nécessité médicale. On serait donc en présence d'un « acte de soin » non consenti mais médicalement indiqué, voire nécessaire. Deux objections sont à formuler au regard de cette considération.

⁴²⁵ Définition du petit Larousse illustré, éd. 2005.

480. D'abord, il faut souligner le caractère parfaitement infondé de la pratique de la contention d'un point de vue légal. La contention est une illustration exemplaire de l'atteinte à l'intégrité physique. En cela, elle ne respecte pas l'exigence de l'alinéa 2 de l'article 16-3 du code civil qui impose le recueil préalable du consentement de la personne avant de toucher à l'intégrité du corps humain. La contention est donc une pratique illégale par nature. En outre, aucun texte de loi ne vient expressément l'autoriser. Il faut donc y voir la tolérance des mœurs et des autorités publiques au regard d'une pratique illégale qui pourrait aisément tomber sous la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme au visa de l'article 3 pour « traitement inhumain et dégradant ».

481. Ensuite, le guide rédigé par l'ANAES ayant pour objet de limiter les risques de contention des personnes âgées, explique clairement l'absence de nécessité médicale, contrairement à l'idée qu'en ont les soignants : *« L'analyse de la littérature révèle que la crainte de chute chez la personne âgée représente le premier motif d'utilisation de contention. Cette pratique, qui devient une habitude, perdure car la plupart des soignants pensent que réduire la contention reviendrait à faire prendre des risques excessifs aux personnes âgées. Les troubles comportementaux tels que l'agitation et la déambulation correspondent aux autres motifs les plus souvent cités. Il est important de souligner qu'il n'y a aucune preuve scientifique de l'efficacité des contentions utilisées pour ces motifs qui ne sont pas de véritables indications médicales, à proprement parler. Par exemple pour le risque de chute, Tinetti en 1992 (10), dans une étude prospective sur un an, comportant 397 sujets âgés en maison de retraite, a montré qu'à âge égal et déficit égal (altération cognitive, comportement de déambulation, déficit sensoriel, pathologie rhumatologique ou neurologique, divers traitements, antécédents de chutes...) les chutes étaient plus fréquentes chez les sujets soumis à contention (17 % versus 5 %) et que les chutes aux conséquences graves ne sont pas plus fréquentes en l'absence de contention. Des résultats proches sont apportés par l'étude de Capezuti (1996) conduite auprès des personnes âgées en maison de retraite. La comparaison entre 119 sujets ayant bénéficié de contention avec 203 sujets jamais attachés indique que les contentions non seulement ne diminuent pas le risque de chutes graves, mais l'augmentent, surtout chez les personnes confuses. Les principales caractéristiques des personnes contenues sont outre l'âge, la désorientation, le risque de chute, et la dépendance fonctionnelle. Par ailleurs, il apparaît que la pratique de la contention est rarement formalisée par une procédure validée au niveau de l'établissement. La décision de contention se fonde plus sur une impression de la présence d'un risque que sur une évaluation précise de ce risque. Cette*

perception est certainement confortée par le sentiment que l'absence de contention ferait courir un risque médico-légal au soignant. Prouver et convaincre que la réduction des contentions ne s'accompagne pas d'une majoration des chutes et des blessures est donc fondamental pour changer les représentations et les pratiques dans ce domaine. ».

482. En résumé, la pratique de la contention, outre son caractère parfaitement illégal du point de vue du non respect de la volonté de la personne, serait également dépourvue de pertinence médicale. Le guide énonce clairement que la contention ne peut être considérée comme une indication médicale à proprement parler. Les deux critères de légalité n'étant pas réunis, cette pratique paraît devoir disparaître des établissements de santé et des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

483. Malheureusement, les pratiques demeurent quantitativement importantes. La prévalence des contentions est estimée entre 7,4 et 17 % dans les services hospitaliers de court séjour. Les sujets âgés ont 3 fois plus de risques d'être attachés durant leur séjour à l'hôpital que les plus jeunes. Chez les personnes de plus de 65 ans, ces chiffres atteignent 18 à 22 %. En établissement de long séjour pour personnes âgées, la prévalence de la contention varie de 19 à 84,6 % selon les références du guide de l'ANAES⁴²⁶.

484. Par ailleurs, les effets « secondaires » de la contention peuvent être dévastateurs : apparition ou aggravation d'une confusion ou d'une agitation, syndrome d'immobilisation (contractures, troubles trophiques, escarres, fausses routes, incontinence sphinctérienne, déconditionnement musculaire et sarcopénie, perte d'appétit...), perte d'autonomie et augmentation de la durée d'hospitalisation et de la mortalité. La contention peut enfin entraîner une réduction de la masse osseuse et donc contribuer à augmenter le risque de chutes voire même à aboutir à des chutes graves, ce qui est le contraire du but recherché.

Malgré ces considérations tant juridiques que médicales, l'ANAES a émis des recommandations pour encadrer et diminuer le recours à la contention physique. Elle indique par exemple qu'une prescription médicale motivée est nécessaire. Puis, elle recommande une réévaluation, au moins journalière, de la nécessité de poursuivre la contention devant être réalisée par le médecin prescripteur et l'équipe soignante. Celle-ci doit porter sur l'évolution

de l'état de santé et sur les conséquences de la contention. Les conséquences physiques et psychologiques de la contention sont à rechercher systématiquement. Le but est de ne pas pérenniser une mesure qui présenterait plus de risques qu'elle n'apporterait de bénéfices.

485. Force est de constater que le guide proposé par l'ANAES se contredit quelque peu puisqu'il énonce dans ses recommandations de veiller à prescrire la contention sur la base d'une nécessité médicale alors même qu'au début du document, il est fait état de ce que la contention ne correspond jamais à une indication médicale.

Cela illustre parfaitement l'usage qui peut être fait de la notion de nécessité médicale, celle-ci étant tout à fait malléable en fonction des besoins des professionnels de santé. Ici, l'appréciation de la nécessité médicale par le médecin et l'équipe soignante constitue, en réalité, une liberté d'agir qui leur est donnée.

La corrélation entre la nécessité médicale et la balance bénéfices et risques de l'acte est également à noter.

B. Le cas du mineur handicapé

486. Dans le cas de la personne mineure, la vulnérabilité de fait de la personne est palliée par des moyens de protection juridique. Pour reproduire au mieux l'immatunité de fait du mineur, le droit organise son immaturité juridique, c'est-à-dire son incapacité à exercer ses droits. Pour cette raison, un représentant légal agit en lieu et place du mineur incapable d'agir sur la scène du droit. C'est bien au nom du mineur titulaire de droits, que le représentant légal, c'est-à-dire le plus souvent le parent, agit. Les pouvoirs de décision et de représentation du parent à l'égard du mineur sont respectivement désignés dans le code civil par les notions d'autorité parentale et d'administration légale. En vertu de ces pouvoirs, le représentant légal prend l'ensemble des décisions pour le mineur, sauf rares exceptions, et le représente sur la scène juridique⁴²⁷.

487. Selon ces règles, le représentant légal peut légitimement consentir en lieu et place du mineur à la délivrance des soins médicaux. La loi du 4 mars 2002 a toutefois créé, au

⁴²⁶ Frengley JD, Mion LC, "Incidence of physical restraints on acute general medical wards", The American Geriatrics Society, 1986;34:565-8.

⁴²⁷ V. sur le sujet : « *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale* », Thèse de doctorat, Maryline Bruggeman, Toulouse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

sein de l'article L.1111-4 du code de la santé publique⁴²⁸, le devoir pour le professionnel de santé de rechercher, en sus, le consentement du mineur. Cette obligation du professionnel de santé n'équivaut pas à l'exigence d'obtention du consentement, qui est nettement différente. Ainsi, un médecin peut délivrer des soins à un enfant qui ne consent pas à ceux-ci, dès l'instant qu'il a obtenu le consentement de ses représentants légaux, et qu'il a cherché à obtenir le consentement de l'enfant. En d'autres termes, il est possible d'imaginer que le professionnel de santé soit tenu de demander au mineur son accord et de lui expliquer les bienfaits des soins pour tenter de le convaincre, sans pour autant avoir l'obligation d'y parvenir. Il est vrai que la notion de « recherche de consentement » présente un contenu plus qu'incertain. Le titulaire du droit de consentir aux actes médicaux est donc le représentant légal de l'enfant, c'est-à-dire ses père et mère dans la majorité des cas. Outre les cas légaux dans lesquels le professionnel de santé est autorisé à agir sans le consentement des parents (urgence ou cas de l'assistance éducative⁴²⁹), il arrive que les professionnels de santé agissent, sans respecter le refus des parents de consentir à un acte médical. En cela, il s'agit d'hypothèses illégales puisqu'ils agissent en ne respectant pas une des conditions légales.

488. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en date du 9 mars 2004, « GLASS contre Royaume-Uni ⁴³⁰ », présente une affaire dans laquelle la volonté de la mère d'un enfant gravement handicapé n'a pas été respectée par les médecins en charge des soins de celui-ci.

1°) Des faits démontrant le non-respect du consentement

489. Les faits de l'affaire peuvent être résumés ainsi : les requérants, Carol et David GLASS, sont deux ressortissants britanniques dont David, le fils né en 1986, est gravement

⁴²⁸ L'article L.1111-4 alinéa 6 du code de la santé publique dispose : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

⁴²⁹ L'article 375 du code civil permet au juge des enfants, au titre des mesures d'assistance éducative, d'autoriser un professionnel de santé à pratiquer un acte médical lorsque le refus des parents met l'enfant en danger : « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice...* ». Enfin, quand les soins sont indispensables à la santé, le code de la santé publique prévoit que le médecin peut les délivrer sans attendre la décision du juge des enfants. L'alinéa 6 de l'article L.1111-4 du code de la santé publique prévoit : « *Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.* ».

⁴³⁰ V. Journal du droit international, 01/04/2005, n° 2, p. 516, commentaire de Isabelle MOUTIER.

handicapé. En juillet 1998, il est admis à l'hôpital pour y subir une opération à la suite de laquelle il sombre dans un état critique et doit être placé sous respirateur artificiel. Madame GLASS est alors informée que son fils est en train de mourir et que la poursuite des soins n'est pas indiquée. Toutefois, l'état de santé de l'intéressé s'améliore et il peut rentrer chez lui le 2 septembre 1998. Alors que David est à nouveau hospitalisé le 8 septembre, les médecins discutent avec la mère de la possibilité de lui administrer de la morphine pour soulager sa douleur. La mère s'oppose cependant à pareil traitement et fait savoir aux médecins que si David doit faire un arrêt cardiaque, elle souhaite qu'on le réanime. Le médecin estime toutefois que cela n'est pas dans l'intérêt du patient. À la suite de la détérioration de l'état de santé du patient, les médecins ont considéré que celui-ci était en train de mourir, et ont décidé de lui administrer de la diamorphine. Madame GLASS a affirmé pour sa part que son fils n'était pas en train de mourir et s'est déclarée très inquiète que de la diamorphine lui soit administrée, cela pouvant diminuer ses chances de guérison. Elle demande par la suite à pouvoir ramener son fils chez elle dans l'hypothèse où celui-ci est en train de mourir. Un policier lui fait savoir qu'elle serait arrêtée si elle tente de le faire sortir de l'hôpital. Le 20 octobre 1998, une nouvelle dose de diamorphine est administrée à David. Une dispute éclate à l'hôpital entre la mère, la famille de David et les médecins, les premiers estimant que l'on cherche à euthanasier David sans le dire. Les autorités de l'hôpital appellent le personnel de sécurité et menacent d'exclure la famille de l'hôpital par la force. Un ordre de non-réanimation est alors inséré dans le dossier médical de David sans que sa mère ne soit préalablement consultée. Madame GLASS, constatant que l'état de son fils s'est détérioré de façon alarmante, sollicite l'arrêt de l'administration de la diamorphine. Les médecins lui répondent que cela ne serait possible que si elle acceptait que son fils ne soit ni réanimé ni soumis à des stimulations. Une bagarre s'ensuit, car la famille, s'opposant vivement aux médecins, tente de réanimer David et la mère y parvient. L'état de David finit par s'améliorer et il peut rentrer chez lui le 21 octobre 1998.

490. Par la suite, Madame GLASS a demandé en vain un contrôle juridictionnel du suivi médical et l'autorisation de saisir la Cour d'appel au sujet des décisions prises par les autorités hospitalières. Pour sa part, le Conseil de l'Ordre des médecins (*Général Medical Council*) conclut qu'il n'y avait eu, de la part des praticiens concernés, ni faute ni insuffisance professionnelle grave, et que le traitement incriminé était justifié, compte tenu de l'urgence à laquelle les médecins avaient dû faire face au moment des faits.

491. Le 23 juin 2000, certains des membres de la famille ayant pris part à l'échauffourée avec les médecins furent reconnus coupables de voies de fait (*assault*) au pénal et interdits d'accès à l'hôpital. Le 28 juillet 2000, leurs peines ont été réduites en appel et le 26 octobre 1999, la Régie hospitalière s'est désistée de l'action pour voies de fait (*trespass*) qu'elle avait intentée au plan civil contre Mme GLASS, cette action lui étant apparue manquer de fondement juridique. C'est à la suite de ces faits que la Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie par la mère de David.

2°) *Le contenu inexprimé de la solution de la CEDH*

492. Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, la mère de David fait valoir que la décision d'administrer de la diamorphine en dépit de ses objections et celle d'insérer à son insu, un ordre de non-réanimation dans le dossier médical de son fils, ont enfreint les droits garantis aux deux requérants par l'article 8. Ce dernier protège le droit au respect de la vie privée, en cela compris le droit à l'intégrité physique et morale⁴³¹, d'après une jurisprudence bien établie de la Cour européenne.

493. La Haute-Juridiction considère à cet égard, que Madame GLASS, en tant que représentante légale de son fils, avait le droit d'agir pour défendre ses intérêts y compris dans le domaine des traitements médicamenteux. La Cour relève que la décision d'imposer un traitement à l'enfant contre les protestations de sa mère s'analyse comme une atteinte au droit de celui-ci au respect de sa vie privée, et plus spécifiquement à son droit à l'intégrité physique. La Cour note l'insistance mise par le Gouvernement pour la convaincre que les médecins ont dû parer à une urgence – ce que les requérants contestent – et agir rapidement dans l'intérêt supérieur du malade. Elle considère toutefois que cet argument n'enlève rien au fait qu'il y a eu ingérence mais se rapporte plutôt à la nécessité de l'ingérence et doit donc être examiné sous cet angle. Finalement, le cœur de la solution réside en ce que la Cour s'attache à examiner la condition de nécessité de l'ingérence. En d'autres termes, y avait-il nécessité pour les médecins d'agir sans et contre le consentement du représentant légal ? La Haute-Juridiction conclut par la négative puisqu'elle considère qu'il n'a pas été démontré de manière convaincante par les autorités hospitalières la raison pour laquelle elles n'ont pas sollicité

⁴³¹ Sur ce point, voir, *mutatis mutandis*, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A no 91, p. 11, § 22 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, §§ 61 et 63, CEDH 2002-III ; et *Y.F. c. Turquie*, no 24209/94, § 33, 22 juillet 2003.

l'intervention de la *High Court*. Ni la situation d'urgence ni la gravité de l'état du patient ne sont retenues pour caractériser la nécessité de délivrer les soins sans consentement, l'hôpital ayant pris le temps par ailleurs, d'assurer la présence d'un policier pour superviser les négociations avec la requérante et aurait donc eu l'occasion de saisir la juridiction compétente. En vérité, les médecins et les autorités compétentes ont utilisé le temps limité dont ils disposaient pour tenter d'imposer leurs vues à Madame GLASS. La Cour considère donc qu'eu égard aux circonstances de l'espèce la décision des autorités de passer outre, en l'absence d'autorisation par un tribunal, à l'objection de Madame GLASS au traitement proposé, a violé l'article 8 de la Convention. Selon le raisonnement des juges, la situation de nécessité médicale aurait pu légitimer le non-recours à la *High Court*. C'est bien en considération de l'absence de nécessité médicale que la condamnation est prononcée. En d'autres termes, en présence d'une situation d'urgence ou d'état grave nécessitant tel ou tel soin, le fait de passer outre la volonté du représentant légal ou l'exigence d'autorisation d'un Tribunal n'aurait pas violé le droit à l'intégrité physique, tel qu'il est entendu à l'article 8 de la Convention.

494. Finalement, l'injection de diamorphine n'est pas considérée par la Cour comme un acte médicalement nécessaire dans la situation de David GLASS le 20 octobre 1998. Il est possible de qualifier les décisions médicales contestées de décisions médicales arbitraires puisque exécutées contre le gré du représentant légal, alors même que le droit britannique prévoit que pour outrepasser la volonté des représentants légaux, les professionnels de santé doivent être préalablement autorisés par un juge et cela doit correspondre à l'intérêt du mineur⁴³². Ce traitement amenant l'enfant vers une mort certaine

⁴³² Dans le droit interne de common law, il est possible de relever le paragraphe 24 des recommandations de l'ordre des médecins publiées sous le titre « *Recherche du consentement du patient : les considérations éthiques* » : « *Lorsqu'un enfant âgé de moins de 16 ans est incapable de donner ou refuser un consentement éclairé, une personne investie de l'autorité parentale peut autoriser des examens ou un traitement qui servent l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette personne peut également refuser toute intervention lorsqu'elle estime que cela répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais le médecin n'est pas lié par le refus et peut saisir le tribunal. En cas d'urgence, si le médecin estime qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'intervenir, il peut le soigner, à condition que les soins soient limités à ce qui est raisonnablement nécessaire pour traiter l'urgence.* » ainsi que la jurisprudence de l'affaire *Re J. (A Minor) (Wardship : Medical Treatment)* (*All England Law Reports*, 1990, vol. 3) : « *Les médecins ont l'obligation de prendre soin de l'enfant conformément à une bonne pratique médicale reconnue comme adéquate par les spécialistes faisant autorité en la matière (...). Cette obligation ne dispense toutefois pas les médecins d'obtenir le consentement des parents, lorsque le temps le permet, avant d'entreprendre tout traitement invasif d'une certaine importance. Les parents ont à l'égard de l'enfant l'obligation de donner ou refuser leur consentement dans son intérêt supérieur, sans tenir compte de leurs propres intérêts. Le tribunal, lorsqu'il exerce sa compétence *parens patriae*, est investi des droits et obligations des parents, ce qui ne signifie pas que ces derniers soient exclus du processus décisionnel. Cela dit, c'est au tribunal qu'incombe en définitive la responsabilité de la décision de donner le consentement ou de le refuser.*

(diamorphine), c'est sa mère qui l'a réanimé alors que les médecins tentaient de l'en empêcher. Il est incertain que la Juridiction compétente, la *High Court*, dans l'hypothèse où elle aurait été préalablement saisie, ait pu décider qu'il était de l'intérêt de l'enfant ou nécessaire, de lui administrer un traitement entraînant le décès. La Cour prononce une condamnation de l'Etat car il y a eu violation de l'article 8, et plus précisément une violation du droit à l'intégrité physique ; ce dernier étant rattaché au droit au respect de la vie privée. Pour la Cour, la décision des médecins n'était pas licite car elle ne respectait pas l'exigence du consentement et la justification médicale ne suffisait pas et était de surcroît arbitraire.

495. Il faut déduire de cette jurisprudence un sous-entendu limpide : si la nécessité médicale avait été suffisante, les médecins n'auraient pas été condamnés pour non respect de l'exigence de consentement. Finalement, l'interprétation a contrario de la solution porte à croire qu'un état de nécessité médicale peut suffire à justifier la violation de l'exigence première de consentement de la personne.

496. Une jurisprudence française dégage le même type de solution et de raisonnement en reconnaissant que l'urgence vitale prévaut sur le respect du consentement de la personne faisant l'objet de soins. Il s'agit d'affaires dans lesquelles des personnes témoins de Jéhovah ont subi des transfusions sanguines contre leur gré.

Dans l'affaire David GLASS, il est intéressant de noter l'opinion séparée d'un des juges de la Cour qui indique pouvoir « *tout à fait comprendre que les exigences de l'état du patient étaient telles qu'il s'avérait médicalement nécessaire de lui administrer d'urgence de la diamorphine afin de soulager sa souffrance, peut-être même à l'insu de sa mère. Par contre, il [lui] est difficile d'accepter que les médecins aient pris unilatéralement la grave décision d'insérer dans le dossier médical du premier requérant l'ordre de non-réanimation de l'enfant, qui plus est sans le consentement de la mère et à son insu. La mention, au paragraphe 83 de l'arrêt, qu'un tel ordre « (...) ne visait que l'application de massages cardiaques vigoureux et d'une assistance respiratoire intensive (...) » [lui] paraît déplacée.*

(...)Nul ne peut dicter seul le traitement qui devra être administré à l'enfant : pas plus le tribunal que les parents ou les médecins. Il existe des freins et des contrepoids. Les médecins peuvent recommander un traitement A de préférence à un traitement B. Ils peuvent également refuser d'appliquer un traitement C s'ils l'estiment médicalement contre-indiqué ou si leur conscience ne leur permet pas de l'administrer. Le tribunal et les parents peuvent quant à eux refuser de consentir au traitement A ou B, ou aux deux, mais ils ne sauraient insister pour que le traitement C soit administré. Le résultat inévitable et souhaitable de ces mécanismes est que le choix du traitement résulte – au moins en partie – d'une décision prise conjointement par les médecins, d'une part, et le tribunal ou les parents, d'autre part ».

Au-delà de toute spéculation sur l'issue d'une éventuelle demande d'autorisation à la High Court aux fins de poursuivre le traitement proposé par les médecins (paragraphe 87 de l'arrêt), les faits ont prouvé, presque six ans après et jusqu'à cette date, que, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'instinct maternel a eu plus de poids que l'opinion médicale ». L'insertion de l'ordre de non-réanimation n'a pas fait l'objet d'un examen additionnel de la Cour dans cette affaire. Cette opinion démontre que la nécessité médicale est en fait au cœur de la légitimité du pouvoir des médecins de passer outre la volonté des patients. En effet, pour ce juge l'acte est contestable lorsqu'il ne correspond plus à une nécessité médicale qui, pour lui, doit forcément s'analyser comme la recherche de la survie. Il est vrai que David GLASS était toujours en vie, six ans après les faits.

497. D'autres illustrations du non-respect de la volonté de la personne, pour le moins du rôle de la volonté de la personne, doivent être exposées. À la différence des développements précédents, la vulnérabilité de la personne n'est pas innée mais acquise, car résultant d'un choix personnel ou du comportement d'un tiers.

§2. *La vulnérabilité provoquée ou choisie*

498. Le premier cas jurisprudentiel qu'il est possible de relever est celui des témoins de Jéhovah ayant refusé des soins consistant en des transfusions de sang. Il s'agit d'une vulnérabilité provoquée par des choix personnels (A). Elle peut également être provoquée par le comportement des tiers (B).

A. La vulnérabilité résultant d'un choix personnel

499. La vulnérabilité des personnes témoins de Jéhovah est corporelle puisque celles-ci préfèrent la mort imminente à la délivrance du soin que constitue la transfusion sanguine. En effet, dans les différentes espèces relatives aux personnes témoins de Jéhovah, celles-ci ont été transfusées contre leur gré, au motif d'une nécessité médicale impérieuse. Les médecins ne sont pourtant pas condamnés par les juridictions administratives au nom d'un ordre public de protection de la vie. Il s'agit d'abord de l'arrêt SENANAYAKE rendu par le Conseil d'Etat le 26 octobre 2001, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002

inscrivant expressément le droit au refus de soins en toutes circonstances, c'est-à-dire aussi face au risque avéré de décès (1°). Il s'agit ensuite de deux ordonnances rendues le 16 août 2002 par le Conseil d'Etat pour l'espèce FEUILLATEY et le 25 août 2002 par le Tribunal administratif de Lille dans l'affaire GUISLAIN (2°).

1°) L'interprétation des dispositions en vigueur avant la loi du 4 mars 2002

Un bref exposé des faits (a) nous met en mesure d'analyser les solutions retenues par les juges du fond (b) et par la Cour de cassation (c).

a) Les faits

500. Monsieur Sunil SENANAYAKE, alors âgé de quarante-quatre ans, est admis dans une clinique privée le 2 janvier 1991 à la suite d'une brusque altération de son état de santé. Des examens révèlent alors qu'il est atteint d'une grave infection des reins associée à des désordres respiratoires. Face à l'aggravation de son état, il est transféré le 22 janvier à l'hôpital Tenon à Paris. Dans le dossier médical figure une lettre écrite le 12 janvier dans laquelle il déclare qu'en raison de son adhésion aux convictions des témoins de Jéhovah il refuse, en toute circonstance, de subir des transfusions sanguines. Il y est indiqué très explicitement : « Je maintiens cette décision même si les médecins estiment que l'utilisation de sang ou de dérivés de sang est l'unique moyen de sauver ma vie »⁴³³. M. SENANAYAKE réitère verbalement ce refus le lendemain de sa seconde hospitalisation en présence de son épouse, du médecin de garde et d'une infirmière. Dans un premier temps, les médecins respectent la volonté exprimée. Cependant, constatant que ses jours sont en danger car il est atteint d'une anémie grave privant de succès tout traitement, les médecins décident de procéder à des transfusions de produits sanguins à partir du 28 janvier. Mais cela ne suffit pas à rétablir le malade qui décède le 6 février. Mme SENANAYAKE s'étant vu interdire de demeurer à ses côtés, apprit donc par la suite, grâce au dossier médical, qu'il avait été procédé à des transfusions. Elle demande donc, à ce titre, une indemnité tendant à la réparation du préjudice moral causé à son mari du fait que sa volonté n'a pas été respectée.

⁴³³ Cité dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Didier Chavaux, *Transfusions contre la volonté du patient*, ccl. sous CE, Ass., 26 octobre 2001, RFDA, 2002, p. 146.

501. Les faits de la seconde espèce sont tout à fait semblables. Madame DONYOH est hospitalisée pour une reprise de cicatrice après une mammectomie, le 14 novembre 1990. Elle subit, elle aussi, à la suite d'une importante hémorragie au sein qui lui fait perdre deux litres de sang une transfusion sanguine. Elle avait refusé au préalable et sans équivoque possible, d'après les expertises, de se faire administrer du sang⁴³⁴. Elle intente également une action pour se faire indemniser de son préjudice.

b) La solution des juges du fond : l'obligation de soins prévaut sur la volonté

502. Le Tribunal administratif de Paris, par un jugement du 23 novembre 1994 concernant Mme DONYOH, considéra que l'administration de produits sanguins contre sa volonté n'avait pas revêtu un caractère fautif et rejeta la demande d'indemnisation. Le jugement du 25 octobre 1995 concernant Mme SENANAYAKE adopta en toute logique la même solution et considéra qu'il n'y avait pas eu de faute dans le non-respect de la volonté de son mari. Auparavant, l'assistance publique des hôpitaux de Paris avait également rejeté la demande de l'épouse du défunt.

La Cour administrative d'appel de Paris, quant à elle, statue sur les deux requêtes le 9 juin 1998⁴³⁵ et adopte une solution de principe. Elle considère que l'obligation du médecin de toujours respecter la volonté du patient trouve sa limite dans l'obligation qu'il a également de protéger la santé et la vie de l'individu. Elle en déduit que, dans une situation d'urgence lorsque le pronostic vital est en jeu, les médecins ne commettent pas de faute en pratiquant des actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état fut-ce en pleine connaissance du refus préalablement exprimé par le patient. Mme SENANAYAKE se pourvoit en cassation.

c) La solution des juges de cassation : la nécessité médicale prévaut sur la volonté

503. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 26 octobre 2001, ne donne pas davantage raison à Madame SENANAYAKE, il la déboute de sa demande d'indemnisation du préjudice de son mari mais n'adopte pas pour autant la même motivation que la Cour d'appel.

⁴³⁴ Pour davantage de détails, V. ccl. du Commissaire du gouvernement Mireille Heers, *Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient*, ccl. sous CAA Paris, 9 juin 1998, form. plén., RFDA, 1998, p.1231.

⁴³⁵ CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh, Mme Senanayake (deux arrêts), D. 1999, p. 277, note G. Péliissier.

En effet, l'Assemblée du contentieux sanctionne une erreur de droit de la Cour administrative d'appel en ce qu'elle a « *entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade* »⁴³⁶. Le juge de cassation refuse toute hiérarchisation générale entre l'obligation de soins du médecin et la volonté du malade⁴³⁷ mais il reconnaît tout de même, en l'espèce, une telle suprématie.

En effet, dans un considérant précis, la motivation apparaît clairement : « *Considérant que compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. Senanayake se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que dans ces conditions et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris* ».

L'acte indispensable à la survie et proportionné à l'état du malade correspond à un cas de nécessité médicale dans lequel se trouvait la personne. C'est l'argument sur lequel repose la motivation du Conseil d'Etat.

La faute du médecin est donc écartée également par le Conseil d'Etat et il est clair que la raison principale en est la situation de nécessité médicale dans laquelle se trouvait le malade. Or, cet état ne constitue pas un cas dans lequel la loi prévoit que l'on peut déroger à l'exigence de consentement. Le juge de cassation a donc ajouté à la loi une exception à l'exigence du consentement préalablement à tout acte médical. Le consentement n'est donc plus nécessaire à tout acte médical préalable lorsque cet acte correspond à un cas particulier de nécessité médicale et plus précisément lorsque cet acte est l'unique moyen de sauver la vie du malade. Le résultat de ce raisonnement sur la règle de droit est que la situation de nécessité médicale, dans laquelle un consentement à l'acte est requis par la loi, peut aboutir dans le cas de l'urgence vitale, à évincer cette même condition, pourtant prévue.

504. Il est vrai que la loi ne se prononçait pas explicitement sur le cas du refus en cas de danger de mort, c'est ce qu'a souligné Mme HEERS dans ces conclusions⁴³⁸. Elle y a précisé qu'une loi pouvait fonder l'obligation d'abstention du médecin, mais que les textes en

⁴³⁶ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Mme Senanayake*, note D. de Béchillon, RFDA, 2002, p.156 ; note M. Deguerge, AJDA, mars 2002, p.259 ; note L. Dubouis, RDSS, 2002, p.41 ; note J.J. Frion, Gazette du palais, 16 octobre 2002, p.27 ; note J. Moreau, JCP 2002, II, 10025 ; note M.T. Pain-Masbrenier, RGDM 2003, n° 8, p.111.

⁴³⁷ V. sur ce point Alain Pariente, *Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction*, RDP n° 5, 2003, chron., p.1419.

⁴³⁸ Ccl. du Commissaire du gouvernement Mme Heers, op. cit. p.1237.

vigueur n'étaient pas explicites. C'était donc une invitation au législateur de se prononcer dans un sens ou dans un autre : soit laisser le patient décider de son sort, voire de sa mort, soit obliger le médecin à le sauver malgré lui. Cependant, l'article 16-3 du code civil exigeait déjà en 2001 le consentement avant tout acte médical portant atteinte au corps humain. Ce principe général n'induit-il pas de ne pas procéder à l'acte médical quand il n'y a pas de consentement, a fortiori en présence d'un refus ?

505. Certains auteurs répondent par la négative. Selon Alain PARIENTE, le Conseil d'Etat ne pouvait « se prévaloir d'une habilitation législative expresse déchargeant le médecin de son obligation de soins »⁴³⁹ même au vu des dernières évolutions législatives⁴⁴⁰. Selon cet auteur, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique qui disposait : « *La personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique* » ne concernait que les personnes malades recevant des soins palliatifs. En effet, les travaux préparatoires et l'intitulé de la loi auraient limité cet article à ces hypothèses. Denys de BÉCHILLON partage cette analyse lorsqu'il souligne « *la très grande incertitude qui règne sur l'exacte portée de cet article, en raison de l'histoire de son écriture et surtout des modalités de sa codification* »⁴⁴¹. Pourtant, l'article L. 1111-2 suscitait ne disait pas clairement qu'il s'adressait uniquement aux malades bénéficiant de soins palliatifs. N'est-ce pas aussi ajouter à la loi ce que le législateur avait délibérément omis d'ajouter ?

506. En conclusion, force est de constater que cette invitation au législateur, qu'elle soit justifiée ou non, a provoqué l'effet escompté, puisque la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a consacré en termes explicites le droit au refus de soins, même en cas de danger pour la vie. Cependant, les applications sont incertaines, la jurisprudence administrative ayant maintenu son exception dans deux espèces similaires.

⁴³⁹ Alain Pariente, op. cit. p.1432.

⁴⁴⁰ Notamment l'article L. 1111-2 du CSP issu de la loi du 9 janvier 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs.

⁴⁴¹ Denys de Béchillon, *Satisfecit pour un self-restraint*, RFDA, 2002, p.160.

2°) La situation inchangée après la loi du 4 mars 2002 : l'interprétation contra legem du juge des référés

Deux espèces dont les faits sont semblables ont donné lieu à une solution identique contraire au droit en vigueur (a) qui a pourtant été approuvée par la doctrine juridique (b).

a) Les ordonnances Feuillatey et époux Guislain : une jurisprudence contra legem

507. Le Tribunal administratif de Lyon a été le premier à connaître un cas similaire, après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, par une ordonnance en référé du 9 août 2002. Mme FEUILLATEY, témoin de Jéhovah, a été transfusée contre son gré pendant une hospitalisation. Elle a alors exercé un recours devant le juge des référés du Tribunal administratif de Lyon, arguant d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le Tribunal a prononcé une injonction de ne plus procéder à des transfusions sanguines mais a précisé que cette injonction cesserait de s'appliquer si Mme FEUILLATEY venait à se trouver « *dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital* ». C'est devant cette réserve que la patiente a décidé de faire appel pour que le Conseil d'État en prononce l'annulation.

508. Le Conseil d'État, par son ordonnance en référé du 16 août 2002⁴⁴², n'a pas annulé cette réserve. Pour ces deux degrés de juges de référés, le droit de refuser les soins constitue une liberté fondamentale, la requérante ayant utilisé l'article L. 521-2 du code de justice administrative relatif au « référé-liberté »⁴⁴³. Cependant, cette liberté trouve sa limite en cas de danger vital. La protection de la vie prend le pas sur la protection de la liberté, sans considération pour la volonté. Le Conseil d'État rajoute simplement qu'il incombe au médecin de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables. Il fait donc référence à la loi⁴⁴⁴ mais sans aller au bout de l'article qui précisait

⁴⁴² D. 2002, IR 2581 ; Juris-Classeur Droit administratif, 2002, n° 1, p.27, note A. Mersh ; Gazette du palais, 15 septembre 2002, p.9, note F.J. Pansier ; Petites affiches, n° 61, 26 mars 2003, note C. Clément ; Juris-Classeur, Droit de la famille, janvier 2003, p.34, note S. Mouton ; Jurisclasseur, Droit administratif, novembre 2002, p.29, note E. Aubin, JCP 2002, II, 10184, note P. Mistretta ; Petites affiches, n° 85, 29 avril 2003, p. 12, note F. Melin.

⁴⁴³ Innovation de la loi du 30 juin 2000 et du décret du 22 novembre 2000, ce nouveau référé a été célébré, tout comme le nouveau « référé urgence », comme une « avancée fondamentale du droit », (G. Peiser, Contentieux administratif, Dalloz, coll. Mémento, 12^{ième} éd., 2001, p.170.)

⁴⁴⁴ L'article. L. 1111-4 alinéa 2 du CSP issu de la loi du 4 mars 2002 prévoit : « *Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre la personne d'accepter les soins indispensables* ».

déjà, à l'alinéa suivant, qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et que ce consentement peut être retiré à tout moment.

509. Depuis la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, l'alinéa 2 de l'article L.1111-4 a été complété et ne laisse plus place à interprétation : « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10* ».

510. Le 25 août 2002⁴⁴⁵, dans l'arrêt GUISLAIN, le Tribunal administratif de Lille poursuit le même raisonnement et applique la même jurisprudence en décidant de faire injonction au centre hospitalier de ne pas procéder à l'administration forcée d'une transfusion sanguine contre le gré et à l'insu de la patiente car : « *il n'est pas allégué que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie* ». S'il y avait eu nécessité médicale et danger vital pour la patiente, le médecin aurait été autorisé à passer outre son refus. Cependant, cette hypothèse n'avait pas lieu d'être en l'espèce. Le Tribunal aurait pu simplement motiver son ordonnance en s'appuyant sur le fait que le consentement était indispensable et que ce refus empêchait les médecins de passer outre, conformément à l'article L.1111-4 qui prône le respect de la volonté du malade. Toutefois, le tribunal a préféré adopter une autre motivation, selon laquelle une possibilité de passer outre la volonté de la malade existe, en cas de nécessité médicale vitale, alors même que la loi ne prévoit rien de tel et que, de surcroît, le problème ne se posait pas en l'espèce.

La solution adoptée est donc empreinte d'illégalité puisqu'elle ajoute un cas dérogatoire que la loi a choisi de ne pas prévoir, sauf à écarter, l'adage classique, *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

⁴⁴⁵ TA Lille, ordonnance, 25 août 2002, époux G., Juris-Data n° 2002-184853 ; Petites affiches, n° 85, 29 avril 2003, p. 12, note François Melin.

b) Une jurisprudence illégale approuvée

511. Finalement, le Conseil d'État refuse de reconnaître le droit de refuser « tout » soin. Le juge administratif ne semble pas vouloir suivre les préceptes posés par le commissaire du gouvernement REVERCHON dès 1852 : « *quand la loi est claire, il faut l'appliquer littéralement, alors même que l'on n'en aperçoit pas la raison* »⁴⁴⁶.

512. Certains diront que tous les droits subjectifs ne sont pas absolus et ont tous des limites. Gérard MÉMETEAU écrit à propos du consentement aux soins : « *Est-ce une liberté ou un droit subjectif ? Les deux qualifications sont dignes d'attention, mais l'on sait que toutes les libertés ou les droits n'atteignent pas l'absolu et ont des limites* »⁴⁴⁷. Cependant, comment qualifier la solution d'espèce de « limite » à la liberté alors que les dispositions légales sont en réalité privées d'effet. On peut qualifier une règle de « limite » dès lors qu'un droit préalable existe mais, selon cette jurisprudence, c'est le contenu même du droit qui est nié. Le droit de consentir à des soins, et par là, le droit de les refuser est totalement inefficace.

Le droit de refuser les soins, étant rattaché à l'inviolabilité de la personne, principe constitutionnellement et conventionnellement garanti, la question s'est posée de savoir si cette pratique n'entravait pas l'effectivité de la liberté de conscience et de religion. Les requérants l'avaient d'ailleurs invoquée. Force est de constater que le débat s'est davantage placé sur le terrain de « *la liberté individuelle, qui permet de disposer de son corps, et non de la liberté de conscience et de religion qui poserait la question, insoluble juridiquement, de savoir si la vie appartient ou non à la personne* »⁴⁴⁸. Pourtant, le motif principal de non-respect du refus invoqué par la jurisprudence est justement la protection de la vie. Donc, les médecins peuvent décider de la disposition ou de la non-disposition de la vie de la personne malade alors que la personne concernée, elle, ne le peut pas.

Selon certains auteurs, cette jurisprudence « *corrobore ainsi la loi du 4 mars 2002 qui n'interdit pas, en cas de risque vital, la possibilité de pratiquer des actes indispensables à la survie du patient et ce, même sans son consentement* »⁴⁴⁹. Alors que la loi dispose très clairement qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le

⁴⁴⁶ Conclusions, arrêt *Ménilhou* du 4 mai 1981, Sirey, 1862, 2, p. 493.

⁴⁴⁷ Gérard Mémeteau, *Refus de soins et traitement imposé par le médecin : la conciliation de valeurs opposées*, Petites affiches, 23 avril 1999, n° 81, p.13.

⁴⁴⁸ Maryse Deguegue, cité dans Emmanuel Aubin, op. cit., p.31.

⁴⁴⁹ Stéphane Mouton, op. cit., p.36.

consentement de la personne » et que « tout » traitement peut être refusé, nuance lourde de sens, cet avis doit être clairement relativisé.

Pour Cyril CLÉMENT, cette jurisprudence est exemplaire en ce qu'« *elle combine harmonieusement les droits du patient et les obligations du médecin* »⁴⁵⁰. Pour cet auteur, l'obligation de soins du médecin prévaut de façon évidente sur le droit au respect de son corps et le droit de refuser les soins. L'obligation de soins peut-elle vraiment exister face à un malade qui ne désire pas de soins ? L'obligation de soins peut-elle être coercitive, alors même que l'on possède toutes ses facultés mentales et qu'aucun régime juridique de protection ne s'applique ?

513. Dans le même ordre d'idées, Denys de BÉCHILLON estime que le médecin qui s'abstient de soigner commet le délit de non-assistance à personne en péril puisque le consentement de la victime ne change rien, d'après lui, à la caractérisation de l'infraction en droit pénal. Donc, la volonté de la « victime » de refuser le soin n'empêcherait pas la caractérisation du délit de non-assistance⁴⁵¹. Cela revient à anéantir complètement l'exigence du consentement préalable à un acte médical pourtant prévue par la loi⁴⁵². Dans ce raisonnement, seule la nécessité médicale légitime et justifie les actes du médecin. Dès que l'acte participe à protéger la vie et la santé, le médecin n'a alors pas besoin de consentement puisque c'est son obligation d'agir sous peine de répression pénale. Cela équivaut à oublier l'article 16-3 du code civil et le respect de l'intégrité du corps humain. Dans l'arrêt *Gatineau*⁴⁵³, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé en ce sens en estimant que le médecin ne commettait pas le délit prévu par l'article 223-6, alinéa 2 du code pénal, lorsqu'il respectait la volonté de la patiente de refuser les soins, après avoir insisté sur leur nécessité.

514. Il est donc nécessaire d'affirmer, à l'inverse de certaines opinions doctrinales, que tant les dispositions du code civil que celles du code de la santé publique sont sans équivoque possible et consacrent le droit de refuser les soins, sans exception aucune.

515. La situation jurisprudentielle des Témoins de Jéhovah est à rapprocher d'un cas plus particulier encore : celui du détenu qui choisirait d'entamer une grève de la faim.

⁴⁵⁰ Cyril Clément, op. cit., p.7.

⁴⁵¹ Denys de Béchillon, op. cit., p.159.

⁴⁵² De plus, dans l'infraction de non assistance à personne en danger, le péril doit être imminent, ce qui n'est pas la cas d'une maladie qui agit et qui fait du péril un événement acquis.

⁴⁵³ Arrêt du 3 janvier 1973, ch. criminelle de la Cour de cassation, Bull. crim., n° 2.

Lorsqu'un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, l'article D. 364 du code de procédure pénale dispose qu'il ne peut être traité sans son consentement que si son état de santé s'altère gravement, et seulement sur décision et sous surveillance d'un médecin. Il ne peut donc être soumis à une alimentation forcée que sous ces conditions que l'on pourrait qualifier aisément de "nécessité médicale". Dans ce cas, un texte autorise la dérogation au consentement. Il reste au médecin dont l'intervention est sollicitée à concilier les dispositions : d'une part, de l'article 223-6, alinéa 2, du code pénal réprimant la non-assistance à personne en danger et de l'article R. 4127-9 du code de la santé publique lui prescrivant, lorsqu'il se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril, de s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires ; d'autre part, des articles R. 4127-2 et R. 4127-10, alinéa 1^{er}, du même code lui prescrivant, le premier d'exercer sa mission dans le respect de la personne humaine, le second de ne favoriser ni cautionner, serait-ce par sa seule présence, une atteinte à l'intégrité physique ou mentale d'une personne privée de liberté qu'il peut être appelé à examiner ou à laquelle il peut être appelé à donner ses soins.

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé que l'alimentation forcée d'un détenu qui fait la grève de la faim, en vue de lui sauver la vie, ne saurait être qualifiée de mesure inhumaine et dégradante sous réserve que deux conditions soient respectées : d'abord, la décision doit être médicalement nécessaire et les garanties procédurales qui lui sont attachées doivent être respectées ; ensuite, la manière dont le détenu est alimenté de force ne doit pas, par elle-même, constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En l'espèce, le prévenu était menotté et un écarteur buccal avait été utilisé pour lui intuber l'oesophage⁴⁵⁴. La Cour a conclu que le gouvernement ukrainien n'a pas démontré qu'il y ait eu une « nécessité médicale » établie par les autorités internes d'alimenter le requérant de force. La Juridiction décide donc qu'il y a eu violation de l'article 3 de la convention à raison de l'alimentation de force du requérant, laquelle peut être qualifiée de torture. Dans ce cas particulier, la Cour européenne a donc érigé la nécessité médicale en cause d'exemption du respect du consentement de la personne.

516. La vulnérabilité était ici partiellement choisie par la personne ayant subi des soins non consentis. Dans d'autres situations, la personne faisant l'objet d'actes de soins non valablement consentis en raison d'une nécessité médicale, se trouve dans un état de vulnérabilité provoqué par une autre personne.

⁴⁵⁴ CEDH, 5 avril 2005, *Nevmerjitski c/ Ukraine*, n° 54825/00, JCP 2005. I. 159, 3, B, 5, obs. F. Sudre.

B. La vulnérabilité provoquée par autrui

517. Dans cette optique, l'état de vulnérabilité concerne la personne dont l'expression de volonté n'a pas été respectée en raison de l'existence ou de l'absence de nécessité médicale. La vulnérabilité est ainsi provoquée par autrui du fait d'une mauvaise information délivrée à la personne (1°) ou de la contrainte physique exercée par une autorité publique (2°).

1°) L'absence d'information relative aux soins

518. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, énonce désormais que « l'information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables et 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 possibles en cas de refus ». Il précise que seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent dispenser le professionnel de cette information.

519. Dans un arrêt du 4 février 2003⁴⁵⁵, la Cour de cassation a jugé que le caractère médicalement nécessaire de l'intervention induisait que la patiente n'aurait pas refusé ladite intervention. S'il est reconnu et retenu par la Cour que le médecin a failli à son devoir d'information, cela ne permet pas de caractériser un préjudice indemnisable, en raison de la nécessité médicale de l'intervention. La Cour de cassation estime qu'une perte de chance d'échapper à la réalisation d'un risque n'est pas indemnisable car la nécessité de l'acte médical était avérée.

Les faits sont résumés ainsi : Mlle X. a subi, le 10 juillet 1991, à la clinique Milan une intervention chirurgicale consistant en l'exérèse d'un lipome intra-canalair. L'anesthésiste a mis en place une sonde sous-clavière. La patiente est sortie de la clinique le 17 juillet 1991. Toutefois, le lendemain, un faux anévrisme artériel sous clavier droit consécutif à une plaie de

⁴⁵⁵ Arrêt Demoiselle B. contre Mutuelle complémentaire de la ville de Paris, Ccass, civ., 1ère, 4 février 2003 n° 00-15572, Bull. 2003, I, n°40, p31 ; commentaire de Lina Williate-Pelliteri, RGDM 2004, n°13, p. 305.

la sous clavière droite causée par la mise en place de la sonde, a été diagnostiqué et a nécessité une seconde intervention.

Le premier moyen au pourvoi tenait à ce que le médecin n'avait pas informé la patiente des risques que la pose d'une sonde comportait. La patiente en a vraisemblablement gardé des séquelles puisqu'une fois majeure, elle a repris l'instance en son nom. La Cour motive le rejet du pourvoi par l'attendu suivant : *« Attendu que la cour d'appel, opérant la recherche invoquée, a retenu que si M. Y... ne démontrait pas avoir donné aux époux X... une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, Mlle X... ne caractérisait cependant aucune perte de chance d'échapper au risque réalisé dans la mesure où celui-ci était inhérent à la pose de la sonde dont la nécessité était admise par les experts de sorte qu'elle ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ; que le moyen, pris en ses première et deuxième branches n'est pas fondé ».*

La Cour considère par ce raisonnement que face à la nécessité d'un acte médical, la patiente n'avait pas subi de perte de chance. Autrement dit, celle-ci n'avait pas la possibilité de refuser cet acte, même en présence d'une information claire et loyale.

Ce raisonnement peut paraître conforme à l'esprit de la loi du 4 mars 2002 qui, en édictant le droit à l'information du patient, a lié celui-ci à la détermination du consentement du patient. C'est dans l'optique du recueil d'un consentement libre et éclairé que le devoir d'information du patient a été pensé. L'obligation d'information a « pour objet de permettre au patient de donner un consentement ou un refus éclairé aux investigations et soins qui lui sont proposés »⁴⁵⁶. Cependant, comment ne pas considérer également que le fait de ne pas être informé d'un risque ou d'un effet secondaire n'entraîne pas un préjudice moral pour le patient qui découvre son problème de santé ?

520. Tout porte à croire que dans cet arrêt, il n'était question que du préjudice physique et de la perte de chance d'en réchapper. Le préjudice moral n'a pas été pris en compte ou n'a pas été invoqué par la partie au pourvoi.

Il est vrai que cet arrêt doit être rapproché d'une jurisprudence qui reconnaît, sous condition, que le médecin peut ne pas être coupable d'une violation du devoir d'information lorsqu'il y a impossibilité d'informer le patient en temps et en heure. La Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 22 mai 2002⁴⁵⁷, qu'une Cour d'appel avait caractérisé une impossibilité d'informer le patient du risque grave réalisé en relevant que la nécessité de l'acte

⁴⁵⁶ Civ. 1ère, 14 octobre 1997, Bull. n° 278 et 20 juin 2000, Bull. n° 193.

médical, source du risque non révélé, « s'était imposée au cours d'une intervention » et que « le chirurgien ne pouvait informer son patient des risques inhérents à cet acte complémentaire sans l'exposer au risque d'une nouvelle intervention sous anesthésie ». La première chambre civile a également considéré, dans un arrêt du 26 octobre 2004⁴⁵⁸, que l'impossibilité d'informer pouvait résulter de raisons techniques et notamment d'une erreur de diagnostic dès lors que celle-ci n'était pas fautive.

Toutefois, la Cour, dans l'arrêt précité du 4 février 2003, ne relève pas une hypothèse d'impossibilité d'informer comme dans les arrêts sus évoqués. Cette solution ne peut donc pas s'inscrire dans la jurisprudence sus énoncée.

Force est de constater que la Cour a relevé la nécessité médicale de la pose de la sonde pour expliquer que la perte de chance n'avait pas lieu d'être. C'est reconnaître implicitement que la patiente n'avait pas le libre arbitre de refuser cet acte médicalement nécessaire. Cela revient à lui dénier le droit de consentir puisqu'aucune conséquence juridique n'est tirée du défaut d'information et donc d'un recueil de consentement fatalement vicié. L'état de nécessité médicale de la patiente permet donc au médecin et, dans cette hypothèse, au juge, de bafouer le droit d'accepter ou de refuser un acte médical attentatoire à l'intégrité corporelle.

2°) La coercition policière

521. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt⁴⁵⁹, le 11 juillet 2006, dans l'affaire JALLOH contre Allemagne à l'occasion duquel elle s'est prononcée sur les effets de l'état de nécessité médicale. Dans cette affaire, l'état de vulnérabilité a été provoqué par les forces de police, lors de l'enquête diligentée sur une personne soupçonnée de trafic de stupéfiants. La vulnérabilité tient aux circonstances de la détention de cette personne, mise en situation de faiblesse, pour les besoins de l'enquête.

522. Dans cet arrêt, le gouvernement allemand invoque l'argument selon lequel il y avait nécessité médicale à faire vomir de force un suspect, trafiquant de drogues. Cependant, la preuve de cette nécessité médicale n'est pas rapportée et celle-ci ne paraît pas vraisemblable. Pour cela, la Cour européenne condamne l'Allemagne. La conclusion en est que la juridiction ne condamne pas « l'intrusion forcée d'émétique » ainsi que d'une sonde

⁴⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, Bull. n° 142.

⁴⁵⁸ Civ, 1^{ère}, 26 octobre 2004, D. 2005, Panorama, p.405.

⁴⁵⁹ Grande chambre, arrêt n°54810/00 du 11 juillet 2006, affaire *Jalloh contre Allemagne*.

nasale en soi. La Cour n'a pas choisi de condamner, en elle-même, l'atteinte à l'intégrité corporelle sans consentement. Elle condamne le fait que la mesure n'était pas médicalement nécessaire et qu'il était possible de procéder autrement pour les besoins de l'enquête policière.

Ainsi, la Cour décide : « *Eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour estime que la mesure litigieuse a atteint le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. La façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir. En outre, elle a comporté des risques pour la santé de l'intéressé, en particulier en raison du manquement à procéder préalablement à une anamnèse adéquate. Bien que ce ne fût pas délibéré, la façon dont l'intervention a été pratiquée a également occasionné au requérant des douleurs physiques et des souffrances mentales. L'intéressé a donc été soumis à un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3. Partant, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention.* »

D'après ce raisonnement, selon l'absence ou la présence de nécessité médicale, les policiers n'avaient pas les mêmes possibilités d'agir, en toute légalité. La volonté de la personne n'est pas prise en compte. Là encore, il s'agit d'une illustration de l'usage qui peut être fait de la nécessité médicale : elle constitue un argument décisif face au manque de poids attribué à l'absence ou la présence de consentement de la personne. La nécessité médicale sert, une fois encore, à évincer l'exigence d'accord de la personne quant à la pratique d'un acte corporellement intrusif.

523. Les développements qui précèdent mènent à conclure que la notion de nécessité médicale est d'abord utilisée pour mettre à mal la condition de consentement de la personne, dans des cas de figures très différents. Elle est érigée comme un évangile, comme si rien ne faisait le poids face à elle : incontestable et faisant autorité. L'argument parfait, inébranlable. Pourtant, sur le plan des principes, le législateur ne l'a jamais utilisée de cette façon.

524. Au fil des développements, le paradoxe de la notion perdure et prend forme pas après pas. Après avoir constaté de quelle manière la notion de nécessité médicale peut être utilisée pour évincer et passer outre les volontés individuelles, et qu'elle est finalement au

service du pouvoir de celui qui agit sur le corps humain, c'est désormais le rôle de la volonté qui peut être mis en valeur par la même notion.

En effet, comme nous l'avons étudié dans la partie 1, la notion de nécessité médicale est téléologique ; elle n'a de sens que lorsqu'on lui attribue une fin bien définie. Et, par ailleurs, le terme médical permet une malléabilité du domaine d'application et donc de sa finalité. Ce qui a pour effet de donner une définition de la notion tout à fait incertaine et empreinte de subjectivisme.

C'est ce subjectivisme⁴⁶⁰ dans la définition de la notion qui permet à la volonté de la personne de prendre, en théorie, le contrôle de la définition et donc de l'utilisation de la notion. La personne peut voir en la nécessité médicale tout ce que la médecine lui permet et qu'elle croit lui être nécessaire, indispensable.

Voilà la principale dérive de l'utilisation de la notion qui semble possible. Cette utilisation va à l'encontre de l'objectif premier poursuivi par la loi relative au respect du corps humain de 1994. Cette loi avait pour dessein de poser les jalons d'un corpus juridique permettant de protéger le corps humain contre autrui et contre la personne elle-même. En définitive, du fait de la loi du 27 juillet 1999 relative à la CMU⁴⁶¹, le résultat inverse est à déplorer. Comme l'a écrit Jean CARBONNIER, « *toute loi est en soi un mal* ». Commencer à légiférer sur le corps humain au sein des principes fondamentaux du droit civil, était déjà le signe que les mœurs permettaient des atteintes illégitimes au corps humain. C'était aussi prendre le risque de ne pas légiférer de façon suffisamment juste.

525. La volonté de la personne-patient a un rôle important dans l'utilisation qui peut être faite de la notion de nécessité médicale. Dans certains cas, le jeu de la volonté contribue à un usage déviant du principe de nécessité médicale.

⁴⁶⁰ Le subjectivisme est la doctrine selon laquelle tout ce qui existe n'a de réalité et/ou de valeur qu'en fonction d'un sujet pensant, d'une conscience qui les lui donne. Plus couramment, ce mot désigne également l'attitude de quelqu'un qui juge d'après ses seules opinions personnelles.

⁴⁶¹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JORF n°172 du 28 juillet 1999.

CHAPITRE 2 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL PERMISSIF

DE DISPONIBILITE DU CORPS HUMAIN

526. La conviction qui nous anime au commencement de ce développement consiste à penser qu'un formidable flou accompagne la notion de nécessité médicale. Puisqu'au regard de notre partie une, il est difficile de dessiner les contours et de tracer les limites strictes de la nécessité médicale, comment affirmer avec fermeté que l'on est en présence d'une dérogation à l'exigence de la notion ? En effet, en légiférant sur l'activité de chirurgie esthétique ou en autorisant expressément la pratique de l'interruption de grossesse, peut-on considérer que le législateur a entendu déroger à la notion de nécessité médicale ? La réponse doit être nuancée pour des raisons chronologiques. À l'heure de la première permission de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, ni la nécessité thérapeutique, ni la nécessité médicale n'existe. Cependant, comme l'a démontré M. Bruno PY, dans sa thèse consacrée aux justifications pénales de l'activité médicale, le médecin avait le droit d'agir sur l'intégrité du corps humain, en vertu d'une autorisation implicite. Il ne pouvait en être autrement. Les limites de cette autorisation implicite, était selon lui le caractère thérapeutique de l'acte, au cas par cas. De ce fait, tout ce qui n'était pas thérapeutique, devait recevoir une autorisation expresse de la part du législateur. C'était chose faite avec l'interruption volontaire de grossesse. L'autre possibilité étant la tolérance coutumière. Le médecin devait agir en principe, et selon l'essence même de sa profession, pour réaliser des actes de guérison ou poursuivant un but de guérison. En dehors de ce cadre, la loi ou éventuellement le règlement devait l'autoriser ou l'encadrer. C'était un raisonnement fort logique et sans faille qu'est venue consacrer la loi relative au respect du corps humain de 1994, en créant la notion de nécessité thérapeutique. Malheureusement, les stérilisations à visée contraceptive pratiquées par les gynécologues-obstétriciens ne faisaient pas l'objet d'une autorisation expresse de la loi. La Cour de cassation, dans un avis rendu le 6 juillet 1998⁴⁶², a donc retenu le caractère illégal de la pratique car, dépourvue de nécessité

⁴⁶² Ccass., avis du 6 juillet 1998, n° 98-0006, Bull. 1998, n° 10, p. 11 : « Vu la demande d'avis formulée le 14 mai 1998 par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Nontron, reçue le 19 mai 1998 dans une instance concernant la tutelle de l'incapable majeur Martine X..., placé sous l'administration légale de sa mère Christiane X..., et ainsi libellée : " Une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, à des fins strictement contraceptives, est-elle légale dans l'hypothèse où la personne intéressée donnerait son consentement libre et éclairé ? " En l'absence de texte spécial réglementant une telle atteinte à l'intégrité du corps humain concernant les personnes protégées, la demande d'autorisation présentée à cette fin au juge des tutelles par l'administrateur légal est-elle recevable ? " Dans l'affirmative, cet acte est-il subordonné à l'autorisation préalable du juge des tutelles ? Du conseil de famille ? " Le cas échéant, cette réponse serait-

thérapeutique. Au lieu de poursuivre sur la même logique d'exception qui avait prévalu lors de la loi sur l'interruption médicale de grossesse, le législateur, a décidé, dans une loi de 1999, de modifier le principe lui-même, plutôt que de créer une nouvelle exception. Pourquoi avoir modifié substantiellement le principe général et fondamental justifiant l'atteinte au corps humain, alors que des lois spéciales venant déroger à ce principe existaient déjà ? Toute la logique du raisonnement juridique du fait justificatif en a été bouleversée. En effet, alors que, pour continuer selon le même exemple, l'interruption médicale de grossesse constituait une exception au principe de nécessité thérapeutique, on peut légitimement se demander si elle en est une, désormais, au regard du critère de nécessité médicale ? Le médecin ne peut-il pas juger que l'état de la femme ne peut se résoudre que par un acte médical, qui est donc nécessaire au bien-être de cette dernière. C'est une hypothèse qui peut être qualifiée de nécessité « médicale », tout comme la ligature des trompes de Fallope a été considérée comme entrant dans le cadre d'un état de nécessité médicale. En effet, après la loi de 1999, la pratique de cette opération n'a plus posé de difficultés juridiques.

En suivant ce raisonnement, il est tout à fait possible de faire entrer dans le cadre des états de nécessité médicale, tous les actes, qui comme la stérilisation à visée contraceptive, ne poursuivent pas un but de santé physique, mais un choix personnel, un confort de vie, à l'image de la femme qui ne souhaite plus procréer et ne souhaite pas non plus prendre de contraceptifs. Il est vrai que la frontière entre l'acte thérapeutique et l'acte médical est tenue, puisqu'une femme peut trouver un avantage inestimable pour sa santé à ne pas être sous traitement contraceptif.

527. Dès lors, de nombreux actes qui semblent constituer des hypothèses dérogatoires au critère de l'article 16-3 du code civil pourraient au contraire, selon ce raisonnement, être considérés comme des actes répondant à une nécessité médicale entendue dans son sens large.

528. En revanche, si l'on s'en tient à une acception de la notion dans son interprétation stricte, en considérant davantage la nécessité de l'acte, ces actes constitueront alors des dérogations à l'exigence de nécessité médicale.

elle identique si la représentation de l'incapable majeur s'exerçait dans le cadre d'une gérance de tutelle ? D'une tutelle d'Etat ? » ; EST D'AVIS QUE : Une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil ; que sont, en conséquence, dépourvues d'objet les autres questions posées. »

529. Ainsi, il est possible de qualifier la nécessité médicale d'outil permissif accentuant la disponibilité du corps humain car une part de son utilisation a pour effet d'agrandir la sphère des atteintes autorisées au corps humain. En réalité, c'est une utilisation détournée voire déviante de la nécessité médicale qui permet de rendre le corps humain davantage disponible.

Cette utilisation détournée est possible grâce au jeu de la volonté de la personne.

530. En effet, la simple observation amène à constater que l'utilisation de la notion de nécessité médicale est très fréquemment rattachée à la question de la volonté de la personne quant à la réalisation d'un acte par une autre personne. Que l'on soit en présence d'une demande ou d'un consentement, il s'agit toujours d'une expression de volonté.

Ainsi, la seule condition de volonté de la personne est mise en avant et a tendance à effacer la condition originaire et stricte de nécessité médicale.

Il existe une quantité très importante d'actes ne répondant pas strictement à la condition de nécessité médicale. Si l'on étire la notion de nécessité médicale jusqu'à la rendre parfaitement malléable à l'appréciation médicale ou personnelle, il est possible de faire entrer dans la catégorie des actes autorisés toute une série d'hypothèses n'entrant pas au prime abord dans cette catégorie. C'est en cela que l'utilisation de la nécessité médicale peut être qualifiée de détournée dans ces hypothèses.

531. À ce stade du raisonnement, deux utilisations sont potentiellement déviantes. D'une part, le législateur lui-même a contourné l'exigence stricte de nécessité médicale et a permis de déroger à celle-ci en autorisant un certain nombre d'actes (Section 1). Cependant, les hypothèses dérogatoires sont en tels nombres et présentent un régime légal tant détaillé que la dérogation semble prendre le pas sur le principe de nécessité médicale. D'autre part, il demeure des hypothèses pour lesquelles le contournement légal n'est pas encore aménagé ; elles restent, dès lors, prohibées par le droit en vigueur (Section 2). Toutefois, il est permis de s'interroger sur une évolution possible de ces interdictions, en considérant notamment l'élasticité du critère de nécessité médicale, ouvrant la voie à d'autres autorisations expresses.

532. En résumé, il y a en effet des situations dans lesquelles la nécessité médicale ou opportunité médicale (au sens de la pertinence d'un soin) n'est pas évidente ou établie mais où le consentement est présent, c'est-à-dire que la volonté de la personne est de subir cet

acte non nécessaire à la vie ou à la santé. Cette personne se heurte, en théorie, au manquement d'une des conditions de légalité de l'atteinte au corps humain. Certains actes sont donc interdits. Cependant, nombreuses sont les dérogations prévues par le législateur pour ne pas avoir à respecter le critère étroit de « nécessité médicale ». Certains de ces actes sont donc autorisés.

533. Finalement face au jeu de la volonté individuelle et de la libre disposition de son corps, deux sortes de protections sont mises en œuvre : une protection par la réglementation des « dérogations » et une protection par la prohibition de certains actes.

Section 1 : Le contournement légal de l'exigence de nécessité médicale : **les hypothèses dérogatoires autorisées**

534. Il est indésirable de voir évincée une notion fondamentale telle que la nécessité médicale, d'une façon fréquente, répétitive et souvent injustifiée.

Le contournement légal de la notion est constitué par des hypothèses dérogatoires autorisées. En réalité, il s'agit d'actes médicaux ne répondant pas à une condition de nécessité médicale au sens strict mais au sujet desquels le législateur a créé un régime légal permettant leur pratique.

Le législateur organise depuis de nombreuses années des hypothèses dérogatoires correspondant à la satisfaction d'un confort personnel : ce sont les actes de convenance personnelle (§1). Le législateur a ensuite autorisé des hypothèses correspondant au premier abord à des besoins collectifs, à des intérêts non individuels : l'intérêt scientifique ou médical qui ne répond pas de façon immédiate à un besoin individuel (§2).

§1. Les actes de convenance personnelle

535. Certains actes portant atteinte à l'intégrité du corps humain ne répondent pas à une nécessité thérapeutique car ils n'ont pas pour dessein de guérir une pathologie ou d'aider à remédier à un dysfonctionnement du corps. La personne-patient souhaite l'acte par envie d'esthétisme corporel (A) ou par besoin psychologique (B). Aucune autre considération que la volonté de la personne de subir n'est le moteur de la réalisation finale de l'acte en question.

En effet, même si l'acte d'un tiers intervient et, parfois, certaines conditions sont à respecter, seule la volonté de la personne est à l'origine de ces divers actes, qu'ils consistent en la pose de prothèses mammaires, en la modification des organes génitaux, en la réalisation d'un piercing ou en l'interruption d'une grossesse.

Concernant la seconde catégorie d'actes médicaux répondant à une stricte condition de nécessité médicale : le régime est inverse. Ceux-ci sont d'abord motivés par un besoin de santé et par la suggestion du médecin qui propose un traitement ou une investigation aidant à trouver le traitement ; ce n'est que dans un second temps que la question fondamentale du consentement se pose. Finalement, deux types de personnes-patients se dessinent : les personnes-patients d'abord spectateurs de l'activité médicale et les personnes-patients d'abord acteurs de l'activité médicale.

A. Le cas emblématique : le désir purement esthétique

536. La réglementation a permis de voir se réaliser le désir purement esthétique d'une personne dans deux cas de figure très différents. En effet, l'un a trait à l'activité médicale, avec ou sans chirurgie (1°) tandis que l'autre s'attache à porter atteinte à l'intégrité du corps humain en dehors du cadre médical, par des personnes qui ne sont pas professionnels de santé (2°). Ces deux cas sont encadrés par les dispositions du code de la santé publique, tant du point de vue des diplômes ou autorisations administratives nécessaires aux personnes portant atteinte au corps humain que des règles d'hygiène des installations ou blocs opératoires.

1°) Les actes médicaux à visée esthétique

Il peut s'agir d'actes chirurgicaux (*a*) ou d'actes non chirurgicaux (*b*), que les praticiens se plaisent à dénommer « médecine esthétique » même si cette discipline ne fait pas (encore) l'objet d'une reconnaissance de la part des institutions compétentes⁴⁶³.

⁴⁶³ L'Ordre des médecins ne reconnaît pas la « médecine esthétique » comme une qualification ou une compétence ouvrant droit à un titre autorisé. Il n'existe en effet aucun Diplôme d'Etudes Spécialisées ou Diplôme d'Etudes Spécialisées de « médecine esthétique », seulement des Diplômes Universitaires.

a) La chirurgie esthétique non réparatrice

537. D'aucuns écrivent souvent que l'activité de chirurgie esthétique n'a pas été autorisée au grand jour mais de façon détournée, en règlementant l'aspect technique de l'activité chirurgicale.

538. La loi du 4 mars 2002 a notamment créé les articles L. 6322-1 et suivants du code de la santé publique qui établissent une partie des normes à respecter en matière de chirurgie esthétique (installations, accréditation et information du patient).

Un décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005 a créé les articles R. 6322-1 et suivants du code de la santé publique édictant l'ensemble des normes relatives aux autorisations des établissements, au délai de réflexion des patients, aux conditions techniques de fonctionnement et aux visites de conformité. L'article R. 6322-1 énonce très clairement que : « *Sont soumises aux dispositions du présent chapitre les installations où sont pratiqués des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice* ».

Finalement, les dispositions réglementaires contiennent davantage d'éléments intéressants que les dispositions législatives puisque dans cet article est indirectement défini l'acte chirurgical à visée esthétique. C'est l'acte par lequel le médecin modifie l'apparence corporelle d'une personne, parce qu'elle le demande et non parce que d'un point de vue médical l'acte semble nécessaire au médecin ; cet acte n'ayant aucune finalité thérapeutique ou réparatrice.

539. Ainsi, si l'on considère que la loi est venue régir l'activité de chirurgie à visée esthétique depuis le 5 mars 2002, il s'agit donc d'un régime juridique créé postérieurement à la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle et créant la notion de nécessité médicale.

540. Pour autant, il est difficile d'en déduire que les dispositions de la loi du 4 mars 2002 ont entendu déroger à l'article 16-3 du code civil, puisque ces dispositions régissent le caractère technique et formel de l'activité de chirurgie à visée esthétique. Les textes ne formulent pas d'autorisation expresse de l'activité. Faut-il en déduire alors que l'activité de chirurgie esthétique était déjà légitimée dans le cadre de la permission énoncée par l'article 16-3 du code civil ?

Ce questionnement révèle le problème majeur que pose la notion de nécessité médicale : l'incohérence de son régime due, en grande partie, à une réforme mal menée et à l'absence totale de définition dans les textes légaux.

Un début de réponse peut être donné grâce à un arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 21 mars 2007. Dans cette affaire, le Syndicat national des médecins esthétiques et l'association française de médecins esthétiques ont demandé au Conseil d'Etat d'annuler, pour excès de pouvoir, le décret du 11 juillet 2005⁴⁶⁴ relatif aux conditions d'autorisations des installations de chirurgie esthétique, modifiant le code de la santé publique.

Ces médecins ont commencé par contester les dispositions législatives elles-mêmes. En effet, l'article L. 6322-1 du code de la santé publique prévoit qu'une intervention de chirurgie esthétique, y compris dans les établissements de santé mentionnés au livre Ier, ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisant à des conditions techniques de fonctionnement, accréditées, et dont la création a été autorisée. Le dernier alinéa de cet article précise que de telles interventions n'entrent pas dans le champ des prestations couvertes par l'assurance maladie⁴⁶⁵ et l'article L. 6322-2 impose un devoir d'information de la personne intéressée ou de son représentant légal ainsi que la remise d'un devis et le respect d'un délai entre cette remise et l'intervention éventuelle. Le Conseil d'Etat a répondu qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la conformité à la Constitution de ces dispositions législatives puisque le litige a été jugé en 2007.

Les praticiens se sont ensuite inscrits en faux contre la définition donnée, par le décret suscité, de la chirurgie esthétique, à travers l'ancien article R. 740-1 du code de la santé publique. Le Conseil d'Etat répond qu'il ne s'agit pas véritablement d'une définition puisque le législateur n'a pas défini la chirurgie esthétique et n'a pas confié au pouvoir exécutif le soin de le faire :

« Considérant que l'article L. 6322-1 du code de la santé publique ne définit pas la notion de « chirurgie esthétique » et que la loi du 4 mars 2002 ne renvoie pas à un décret le soin de le faire : que, dès lors, il n'était possible au pouvoir réglementaire que d'explicitier la portée de cette notion ; qu'en énonçant que « sont soumises aux dispositions du présent chapitre les installations où sont pratiqués des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice » et en excluant ainsi de son champ d'application tant les actes chirurgicaux

⁴⁶⁴ Décret n° 2005-776 du 11 juillet 2005 relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique et modifiant le code de la santé publique.

⁴⁶⁵ Au sens de l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale.

qui tendent à modifier cette apparence dans un but thérapeutique ou de reconstruction que les actes médicaux non-chirurgicaux poursuivant des visées esthétiques, l'article R. 740-1 du même code n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 6322-1 ».

Ainsi, ces dispositions ne sont pas annulées et on peut légitimement en déduire que sont exclus de l'activité de chirurgie à visée esthétique, tous les actes de médecine esthétique et tous les actes de chirurgie esthétique à visée thérapeutique. Le caractère thérapeutique est déterminant.

Les praticiens ont ensuite invoqué à l'appui de leur recours en annulation que les dispositions du décret sus énoncé violaient celles de l'article 16-3 du code civil en raison de l'absence de nécessité médicale caractérisant ces actes. Il est assez étonnant de voir invoquer un tel argument qui aurait pu mettre en péril toutes les activités à visée esthétique (tant chirurgicales que seulement médicales). L'apport intéressant de l'arrêt réside dans la réponse à ce moyen. En effet le Conseil d'Etat considère alors que la législation prévue en matière de chirurgie à visée esthétique est une dérogation à l'article 16-3 du code civil et à l'exigence de nécessité médicale⁴⁶⁶ :

« Considérant que si l'article 16-3 du code civil n'autorise à porter « atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui... », il résulte de l'article L. 6322-1 du code de la santé publique que le législateur a entendu, par dérogation à ces dispositions, permettre la pratique des actes chirurgicaux à visée exclusivement esthétique, tout en l'encadrant strictement ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 16-3 du code civil doit être écarté ».

541. La Haute Juridiction prend soin de ne pas invoquer les dispositions réglementaires, comme dérogeant aux dispositions de nature législative de l'article 16-3 du code civil. En effet, comment justifier que le règlement vienne déroger à des dispositions législatives de portée générale si ce n'est en application de la loi elle-même ?

⁴⁶⁶ Contre cette idée, voir « *Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique, permanences de fond, dissonances factuelles et prospectives* », Pierre Sargos, D., 13 décembre 2012, p. 2903 : « Fort heureusement, cette cacophonie sémantique n'a plus de raison d'être depuis 1999. L'article 16-3 du code civil, dans sa version d'origine issue des lois bioéthiques de 1994, subordonnait l'atteinte à l'intégrité du corps humain à une « nécessité thérapeutique ». Mais cet article a été modifié par l'article 70 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, puis par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. C'est désormais une « nécessité médicale » pour la personne qui est exigée. Et cette expression a une portée plus large que la « nécessité thérapeutique » visée à l'origine ; elle « couvre » notamment les actes chirurgicaux à visée esthétique. ».

542. Cette définition règlementaire de la notion de chirurgie à visée esthétique est confortée par de nombreuses décisions de justice. Souvent, la question de la chirurgie à visée esthétique s'illustre dans les décisions de justice en termes de responsabilité du praticien. Le résultat esthétique obtenu étant parfois loin de celui qui était attendu. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 24 novembre 2006⁴⁶⁷, statuant sur une question de responsabilité et d'obligation de moyens du médecin, la motivation laisse transparaître une définition de l'acte de chirurgie à visée esthétique en le différenciant de l'acte thérapeutique :

« Que, s'agissant de chirurgie esthétique, cette obligation de moyens demeure, le praticien devant faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque disproportionné avec les avantages escomptés, alors même que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé mais d'apporter une amélioration à un état préexistant jugé non satisfaisant par le patient; ».

L'apport le plus intéressant de l'arrêt réside en ce que le chirurgien esthétique a une obligation de moyens et non de résultat, comme tous les autres médecins. Mais ici, ce qui est notable, c'est l'incidence qu'a le caractère non thérapeutique de l'acte sur l'appréciation qui doit être faite par le médecin entre les risques encourus et l'avantage escompté. En d'autres termes, le juge essaie d'instiller l'idée que l'avantage espéré consistant en une amélioration purement esthétique et non en un acte thérapeutique, les risques doivent peser davantage dans la balance de l'appréciation du médecin, que lorsque s'y trouve un intérêt thérapeutique à la place.

Ainsi, la décision du médecin, en matière de chirurgie à visée esthétique doit être davantage freinée par les risques encourus qu'en matière d'actes médicalement nécessaires.

Un autre pan de l'activité médicale à visée esthétique, sans chirurgie, doit être étudié, tant son essor est grand et l'engouement qu'il suscite est durable.

b) La médecine esthétique

543. Même si le terme de médecine esthétique ne correspond pas à une branche officielle de la médecine, puisqu'il ne s'agit ni d'une spécialité ni d'une capacité dont peuvent

⁴⁶⁷ CA Paris, 1^{ère} Chambre, Section B, 24 novembre 2006, n° 298, n° RG : 04/23218.

faire état les médecins au titre de leur qualification⁴⁶⁸, l'expression permet ici de désigner certains actes à pure visée esthétique, qui sont encore considérés comme des actes médicaux. Il ne s'agit pas pour autant d'actes chirurgicaux. Un exemple frappant est celui de la dépilation ou l'épilation au laser. On pourrait communément penser que l'épilation au laser n'est pas un acte médical car pratiqué par des non-médecins et donc non réservé aux seuls médecins. On pense notamment aux esthéticiennes et aux instituts de beauté, secteur d'activité en pleine expansion. Bien au contraire, l'épilation laser est un acte médical réservé aux seuls médecins, selon l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962⁴⁶⁹ fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués par des auxiliaires médicaux, sous la surveillance et la responsabilité d'un médecin. Cet arrêté établit une liste d'actes dont le monopole d'exercice appartient à des médecins, dans un but de protection des patients.

En conséquence immédiate, la personne qui s'adonne à la pratique de l'épilation laser sans posséder les titres requis pour l'exercice de la médecine se rend coupable d'exercice illégal de la médecine. La nuance acquiert dès lors toute son importance, au regard de la répression de l'infraction.

544. Pour illustrer ce propos, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 janvier 2008⁴⁷⁰ a rappelé que : *« l'article L.4161-1 du code de la santé publique dispose « exerce illégalement la médecine toute personne qui(...) pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L.4131-1 du code de la santé publique et exigé pour l'exercice de la profession de médecin ou sans être bénéficiaire de dispositions spéciales ; que la nomenclature à laquelle il est ainsi fait référence est fixée par l'article 2 de l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962, qui dispose que « ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L.372 (1°) du code de la santé publique, les*

⁴⁶⁸ Les médecins peuvent faire état de certains diplômes universitaires ou interuniversitaires de médecine morphologique et anti-âge, limitativement énumérés par le Conseil national de l'Ordre des médecins ; cependant, ceux-ci n'ouvrent pas droit à qualification au titre d'une spécialité ou d'une capacité.

⁴⁶⁹ Article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962, J.O. du 1^{er} février, BLD 1962.88 : « *ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L.372 (1°) du code de la santé publique, les actes médicaux suivants : 5° tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire* » dont la dernière modification a eu lieu le 15 avril 2007.

⁴⁷⁰ Crim., 8 janvier 2008, n° 07-81193, publié au Bulletin 2008, n° 2, p.5 ; JurisData n° 2008-042614 ; Dr. pén. 2008, comm. 48, note J.-H. Robert.

actes médicaux suivants : 5° tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire » ».

545. L'attendu de principe énonce que : « *Attendu que le prévenu a fait valoir que l'épilation au laser n'est pas interdite par l'arrêté du 6 janvier 1962 et qu'elle n'est pas réservée aux médecins dès lors qu'elle était pratiquée à des fins esthétiques et sur des personnes en bonne santé ; que, pour écarter cette argumentation, l'arrêt confirmatif retient que ledit texte réserve aux seuls médecins l'activité d'épilation, à l'exception de celle qui est pratiquée à la pince ou à la cire, et, qu'en conséquence, l'utilisation du laser, même à des fins esthétiques, constitue l'exercice illégal de la médecine ;* ».

La position de la Cour de cassation est donc parfaitement claire. En outre, le Conseil d'Etat a récemment confirmé l'interprétation qu'il fallait opérer de la combinaison de l'arrêté du 6 janvier 1962 avec celui du 30 janvier 1974⁴⁷¹. Ce dernier énonce en effet que « les lasers à usage médical sont des appareils devant être utilisés par un médecin ou sous sa responsabilité ». Certains ont cru pouvoir déduire de cette disposition que l'épilation au laser pouvait être pratiquée par des assistants non-médecins, sous la responsabilité d'un médecin⁴⁷². Dans sa décision du 28 mars 2013⁴⁷³, le Conseil d'Etat rappelle, au contraire, que l'article 2 de l'arrêté du 30 janvier 1974 n'a eu ni pour objet ni pour effet de déroger à l'arrêté du 6 janvier 1962 mais qu'il se borne à définir les appareils médicaux utilisant les propriétés du laser qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'homologation. Dès lors, l'épilation au laser ne peut être pratiquée que par des médecins. À défaut, elle est constitutive d'un exercice illégal de la médecine.

546. Sur cette question, Bernard BALTHAZARD⁴⁷⁴, s'étonne de ce que l'épilation au laser en tant qu'acte médical ne soit pas régulée par les textes du code de la santé publique et ne se réalise pas au sein d'un établissement de santé. L'auteur considère donc comme surprenant de ne pas voir cet acte médical tout autant réglementé que le tatouage et le piercing. Pour expliquer cette différence de régime, il semble inévitable de considérer que, fort justement, les activités autres que médicales, telles que le tatouage et le piercing

⁴⁷¹ Arrêté du 30 janvier 1974 portant « réglementation concernant les lasers à usage médical ».

⁴⁷² V. « *Epilation au laser : une décision au quart de poil* », Maïalen Contis, Dictionnaire permanent de bioéthique, Bioéthique et biotechnologies, 3 avril 2013.

⁴⁷³ CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 28 mars 2013, n° 348089, Recueil Lebon.

⁴⁷⁴ « *Art mineur et soins esthétiques, un danger majeur à fleur de peau* », Bernard Balthazard, Revue Droit et Santé, n° 37, septembre 2010, p.429.

nécessitent d'être encadrées de façon exhaustive puisqu'elles ne se déroulent pas en milieu médical. Au contraire, la pratique de l'épilation au laser, réservée aux seuls médecins, présente toutes les garanties qu'offrent la formation et le titre de médecin. Cette protection explique la différence de régime juridique entre tatouage, piercing et épilation laser. C'est la raison pour laquelle il ne faut pas s'émouvoir de l'absence de réglementation d'hygiène et d'autorisation dans le code de la santé publique concernant la dépilation. Le corpus de règles applicables aux professions médicales est largement plus complet que la réglementation réservée aux tatoueurs et perceurs.

547. Il est vrai que l'acte d'épilation au laser consiste à retirer le poil du derme de façon définitive par l'usage de rayons ultra-violetes ou de lumière pulsée qui, par définition, ont tendance à brûler la peau. Les esthéticiennes pratiquent des soins de confort et de beauté, dans un but d'hygiène ou de retard du vieillissement de la peau ou encore lorsqu'il s'agit de masquer des imperfections. En aucun cas, leur activité ne se substitue à celle d'un dermatologue ou d'un médecin. La formation des esthéticiennes n'a rien à voir avec l'exercice de l'art médical ; toutefois, celles-ci proposent souvent des épilations au laser et réclament depuis de nombreuses années le droit à cette pratique. À l'heure actuelle, une telle pratique constitue un chef d'accusation passible de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende pour exercice illégal de la médecine. De même, un médecin qui se rend complice d'une telle pratique encourt les mêmes peines.

548. Sur le plan de la justice disciplinaire, les décisions sont, depuis de nombreuses années, à l'image des décisions de la justice judiciaire. Le dernier arrêt en date qu'il est possible de citer à titre d'exemple est daté du 3 mai 2012⁴⁷⁵. La Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins a considéré dans cette décision que l'acte de dépilation par la technique du laser était réservé aux seuls médecins : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'au nombre des actes ne pouvant être pratiqués que par des médecins, énumérés par l'article 2 de l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962, dans sa rédaction résultant de l'arrêté du 13 avril 2007, figure : « 5°/ Tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire » ; qu'il résulte de ces dispositions, que n'a pas abrogées l'arrêté du 30 janvier 1974 fixant la réglementation concernant les lasers à usage médical, que seul un docteur en médecine est habilité à pratiquer les actes d'épilation au laser ; Considérant, en troisième lieu, qu'en*

l'espèce, il est constant que les épilations au laser de Mlle K ont été effectuées par l'assistante du Dr Y, qui n'est pas docteur en médecine, en méconnaissance à la fois des règles ci-dessus rappelées et de l'engagement pris par le Dr Y, dans le devis remis le 25 septembre 2008 à Mlle K, de réaliser personnellement l'épilation ; que le Dr Y ne saurait justifier l'intervention de son assistante au motif, d'ailleurs contesté par Mlle K, que cette dernière aurait demandé que l'acte d'épilation soit réalisé par une femme ; qu'il ressort également des pièces du dossier qu'au cours de la séance du 25 juin 2009, Mlle K a subi des brûlures importantes, notamment à l'abdomen et au pli de l'aîne, qui ont été constatées le 30 juin 2009 par le Dr Catherine A, dermatologue ; que Mlle K est fondée à soutenir qu'elle n'a pas bénéficié, lors de la séance du 25 juin 2009, des soins consciencieux et dévoués qu'elle était en droit d'attendre en application de l'article R. 4127-32 du code de la santé publique ; »

549. Cette infraction au code de déontologie, qui constitue également une infraction pénale, du chef de complicité d'exercice illégal de la médecine, a été associée à d'autres violations du code de déontologie, notamment l'absence de demande d'autorisation d'exercice sur un distinct de sa résidence professionnelle et l'absence de communication d'un contrat au Conseil de l'Ordre. L'ensemble de ces violations de règles déontologiques a donné lieu à une condamnation de trois mois d'interdiction d'exercice de la médecine, sans sursis. Il est vrai que la pratique du laser est potentiellement dangereuse pour la santé ; elle comporte des risques de brûlures et il est louable que ni le législateur ni le pouvoir exécutif ne revienne sur le monopole des médecins. Il est d'ailleurs discutable que l'Ordre des médecins n'ait pas envisagé de réserver ces actes dermatologiques aux seuls médecins dermatologues.

550. Le laser utilisé à des fins épilatoires est donc un acte réservé aux seuls médecins, si l'on s'en réfère aux textes en vigueur, malgré la persistance de certaines pratiques illicites ; il peut donc être qualifié d'acte médical.

551. Bien qu'il soit médical, il est difficile de dire que cet acte revête un caractère de nécessité. Un acte nécessaire au sens strict est un acte indispensable et non un acte seulement utile. Il est même incertain de considérer que cet acte ait une utilité médicale, il ne présente, a priori, qu'un intérêt esthétique. La poursuite de l'esthétisme ne fait pas partie de

⁴⁷⁵ Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 3 mai 2012, n° 11055.

la définition classique de la médecine. Par conséquent, il faut considérer que la dépilation ne répond à aucune nécessité médicale et constitue une dérogation à cette exigence. Sauf à retenir une définition de la médecine différente et englobant le souci de l'esthétique. Un autre problème se présente dès lors, car la recherche d'un meilleur aspect esthétique du corps n'est pas réservée à la médecine. La définition de la médecine ne peut plus être fonctionnelle⁴⁷⁶.

2°) Les pratiques esthétiques non médicales

552. À côté des réalisations médicales des demandes esthétiques, des actes non médicaux portant atteinte à l'intégrité du corps humain existent depuis la nuit des temps. Si le décret n° 2008-149 du 19 février 2008⁴⁷⁷ soumet à des mesures d'hygiène et à une procédure de déclaration l'activité de tatouage et de perçage corporel, il n'en fait pas pour autant une activité médicale ou paramédicale (a). Parallèlement, l'activité de bronzage en cabine paraît moins réglementée et n'est pas non plus considérée comme une activité médicale (b). Ces deux catégories d'actes constituent dès lors des pratiques esthétiques non médicales.

a) Les tatouages, piercings et maquillages permanents

553. Tatouer est une pratique attestée en Eurasie depuis la Préhistoire. Les premiers habitants du Japon, par exemple, utilisaient le tatouage dans un but décoratif et social durant la période entre – 10 000 à – 300 avant Jésus-Christ. Jusqu'à une époque récente, les hommes étaient tatoués pour désigner leur appartenance à une ethnie voire un métier particulier, comme les marins. Le tatouage a été longtemps mal considéré dans la culture occidentale, à cause des condamnations judéo-chrétiennes, toute inscription entaillée et marquée à l'encre indélébile y étant interdite. Il peut être, en outre, un système d'identification et un moyen sûr et efficace de renseignements pour les forces de police. Des documents historiques rapportent qu'à une époque où la carte d'identité n'existait pas, les fiches de police jusqu'au XIX siècle comportaient la signalisation et la description précise de chaque tatouage pour pouvoir caractériser sans erreur un individu. À l'origine, ces traces sur la peau étaient des signes d'appartenance pour des raisons variées, presque toujours en référence à l'appartenance à un groupe. Tel était malheureusement le cas des esclaves, bien souvent contraints par leur maître

⁴⁷⁶ V. M. Bouteille, *L'évolution consumériste de la notion d'acte médical*, JCP éd. entreprise, n°1, 2001, p.18 ; « *La chirurgie à visée esthétique* », Maïalen Contis, mémoire de DEA, Toulouse, 1997.

⁴⁷⁷ [Décret n° 2008-149 du 19 février 2008, Journal Officiel 20 Février 2008.](#)

qui les marquaient au fer rouge, afin de les dissuader de s'enfuir. Durant la seconde guerre mondiale, les nazis marquèrent une partie des déportés des camps de concentration et d'extermination, de leur numéro de matricule, ce qui participait à l'entreprise de déshumanisation. Pour autant, un effet de mode des années 1970 a engendré une véritable frénésie pour les tatouages, qui s'est amplifiée jusqu'à nos jours. Il s'agit désormais d'un moyen de revendication ou de provocation, qui est aimé des adolescents, souvent en besoin de s'approprier leur corps. De nos jours, le tatouage n'est plus seulement la marque de l'appartenance à un groupe mais va jusqu'à l'expression artistique. Même s'ils sont des actes plus courants, les tatouages et perçages n'en demeurent pas moins des perforations de la peau, pouvant entraîner des infections ou transmettre des virus.

554. Du point de vue médical, cette catégorie d'actes ne suscite aucune difficulté de classement puisque leur caractère non médicalement nécessaire ne fait aucun doute. Ils sont une dérogation pure et simple à l'exigence de nécessité médicale. En effet, les tatouages, le maquillage permanent et les piercings ne constituent jamais des actes médicalement nécessaires. D'abord, ils ne sont pas des actes médicaux ; ensuite, ils ne répondent jamais à un état de nécessité. Ils incarnent l'esthétisme pur voulu sur le corps humain, sans intervention médicale. L'absence d'intervention des professionnels de santé ne supprime pas pour autant le caractère invasif de ces actes pour le corps. Ceux-ci sont par conséquent potentiellement dangereux.

555. La multiplication de la réglementation dans ce domaine démontre le besoin de règles de protection des personnes et de leur corps. Parce que les activités de tatouages, de maquillages permanents et de perçages constituent de réelles atteintes à l'intégrité du corps humain, le droit est venu régir de plus en plus ces activités. Selon les termes des décrets et arrêtés, il s'agit d' « effraction cutanée » ou d' « effraction du corps humain ».

L'article R.1311-1 du code de la santé publique a été créé par un décret du 19 février 2008⁴⁷⁸ fixant les conditions d'hygiène et de salubrité relatives aux pratiques du tatouage avec effraction cutanée et du perçage. Il prévoit deux régimes différents : les articles R.1311-1 à R.1311-13 du code de la santé publique s'appliquent à la mise en œuvre des techniques de tatouage par effraction cutanée, y compris de maquillage permanent et du perçage corporel, à

⁴⁷⁸ Décret n° 2008-149 du 19 février 2008 fixant les conditions d'hygiène et de salubrité relatives aux pratiques du tatouage par effraction cutanée et du perçage, et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires).

l'exception du perçage du pavillon de l'oreille et de l'aile du nez par la technique du pistolet perce-oreille. Cette dernière technique a un régime différent, les risques n'étant pas les mêmes.

Aussi, l'arrêté du 11 mars 2009 relatif aux bonnes pratiques d'hygiène et de salubrité pour la mise en œuvre du perçage du pavillon de l'oreille et de l'aile du nez par la technique du pistolet perce-oreille comporte une annexe, en application de l'article R. 1311-8 du code de la santé publique, qui détaille étape par étape les gestes que doit effectuer le professionnel. L'exhaustivité de l'arrêté s'explique par le fait que pour la technique du pistolet perce-oreille, le régime juridique n'est pas le même que pour les tatouages, maquillages permanents et autres piercings. En effet, il n'y a pas de déclaration préalable de l'activité à effectuer ni de formation concernant les règles d'hygiène et de sécurité à réaliser. Cette différence de réglementation explique que l'arrêté du 11 mars 2009 énumère point par point les gestes d'hygiène que doit respecter le professionnel n'utilisant que le pistolet perce-oreille.

556. Concernant les actes de tatouage et de perçage, le décret du 19 février 2008 a instauré, suivant en cela les recommandations de l'Académie Nationale de Médecine⁴⁷⁹, une fiche d'information obligatoire à délivrer au client et à afficher dans les locaux du professionnel.

Un arrêté du 3 décembre 2008 définit l'information préalable aux actes qui doit être donnée oralement et l'annexe de l'arrêté fixe les éléments d'information devant figurer dans la fiche d'informations destinée au client et à l'affichage.

Enfin, le décret n° 2008-210 du 3 mars 2008 institue un système national de vigilance des règles de fabrication, de conditionnement et d'importation des produits de tatouage. Les produits de tatouage définis par la loi comme « toute substance ou préparation colorante destinés, par effraction cutanée, à créer une marque sur les parties superficielles du corps humain, à l'exception des produits médicaux⁴⁸⁰ ».

Les professionnels qui ne respectent pas une ou plusieurs des différentes mesures exigées s'exposent à des contraventions de 5^{ème} classe, c'est-à-dire des amendes pouvant aller

⁴⁷⁹ Onze recommandations de l'Académie de Médecine ont servi de base à la réglementation, *in* Rapport de l'Académie Nationale de Médecine, « « Piercings » et tatouages : la fréquence des complications justifie une réglementation », 11 décembre 2007, Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 2007, 191, n° 9, p 1919-1838, par Jacques Bazex et Jean Civatte.

⁴⁸⁰ Art. L.513-10-3 du code de la santé publique.

jusqu'à 1500 euros⁴⁸¹. Toutefois, face aux risques encourus⁴⁸², il convient de se demander si la réglementation est suffisante pour assurer la protection des personnes.

b) Les activités de bronzage en cabine

557. Bronzer artificiellement est devenu une activité à la mode, rangée aux côtés du maquillage ou de la coiffure : un accessoire comme un autre dans le monde de la beauté. Cette activité n'a jamais été un acte médicalement encadré ; et s'il est un acte réalisé par un tiers non professionnel de santé, il n'en est pas moins porteur de danger pour la santé. La législation impose simplement une formation de trois jours pour que les professionnels du bronzage en cabine soient en mesure d'apprécier la nature de la peau de la personne et les éventuelles contre-indications.

558. D'après les Docteurs Jacques BAZEX et Jean CIVATTE, dermatologues et membre de l'Académie nationale de médecine, les activités de bronzage en cabine sont responsables d'une part non négligeable de cancers cutanés. Dans un numéro du Bulletin épidémiologique hebdomadaire, ils vont jusqu'à recommander l'interdiction de ces activités commerciales à des fins esthétiques⁴⁸³. Ils mettent en avant le fait que certains pays ont choisi

⁴⁸¹ Art. R.1312-9 du code de la santé publique.

⁴⁸² Le Rapport de l'Académie Nationale de Médecine, « *Piercings* » et tatouages : la fréquence des complications justifie une réglementation », op. cit., présente les complications infectieuses rencontrées en pratique : septicémie, endocardite, ostéomyélite, choc toxique, chondrites voire nécrose cartilagineuse, angine de Ludwig, abcès du cerveau, gangrène gazeuse, endocardite, mastite granulomateuse, infection de prothèse mammaire, tétanos, tuberculose, transmissions virales diverses. « *Précoce ou tardif et loin d'être négligeable puisqu'il peut aller jusqu'à une endocardite, le risque infectieux dépend de la porte d'entrée représentée par l'effraction cutanée ou muqueuse, de la lenteur de la cicatrisation (retardée si le cartilage de l'oreille est intéressé, et particulièrement longue pour les régions ombilicale et génitale), de la septicité locale, ainsi que du corps étranger inséré* » : <http://www.academie-medecine.fr/detailPublication.cfm?idRub=26&idLigne=1197>

⁴⁸³ Editorial du Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire (BEH), n°18-19/2012, publié le 23 mai 2012, « Numéro thématique-Le bronzage artificiel : une menace bien réelle mais évitable pour la santé publique » : « Toutes les campagnes d'information et de prévention semblent malheureusement vouées à l'échec. Les statistiques sont cependant éloquentes : en effet, le nombre de cancers de la peau double pratiquement tous les 10 ans. Parmi eux figurent les mélanomes, qui restent toujours les tumeurs cutanées les plus graves et les plus inaccessibles aux possibilités thérapeutiques actuelles, et contre lesquels luttent les campagnes de dépistage systématique et l'exérèse préventive des lésions à potentiel cancéreux avant qu'elles ne deviennent hautement malignes. Un facteur très regrettable, bien que compréhensible, est l'insouciance du vacancier qui oublie le port de vêtements protecteurs, les applications de crèmes solaires ou qui ne les utilise pas de façon correcte et, surtout, l'inconscience de la personne qui s'expose aux rayons ultraviolets artificiels de lampes dites solaires ou de cabines à bronzer. L'une des nombreuses raisons de cet échec est que l'information sur les dangers réels n'atteint pas son but et qu'elle n'est pas porteuse d'un message suffisamment dissuasif. Elle ne réussit pas à faire clairement comprendre les effets cancérogènes des rayons ultraviolets B (UVB) ni ceux des rayons ultraviolets A (UVA) malheureusement considérés jusqu'à ces dernières années comme inoffensifs : la notion de « fausse innocuité des UVA » n'est pas encore bien présente dans tous les esprits. Or, les effets cancérogènes des rayons UVA et UVB sont parfaitement admis par toutes les communautés scientifiques et les sociétés

de mettre en place cette interdiction pour des raisons sanitaires. Au Brésil par exemple, l'activité commerciale de bronzage en cabine est prohibée et aux Etats-Unis d'Amérique, c'est une activité fortement taxée.

559. Dans un article intitulé « *Evaluation de l'impact sanitaire de l'exposition aux ultraviolets délivrés par les appareils de bronzage artificiel sur le mélanome cutané en France* » écrit par huit chercheurs français⁴⁸⁴, il est conclu que même si les ultraviolets artificiels ne sont responsables que d'une part modeste du nombre de mélanomes cutanés, en termes d'incidence et de mortalité, la pratique du bronzage en cabine, dont la finalité est uniquement esthétique, est responsable toutefois de 100 à 350 nouveaux cas incidents annuels de ce cancer cutané très dangereux. Malgré les limites inhérentes à la démarche présentée dans cet article, cette estimation apporte un ordre de grandeur du nombre de cas de mélanomes cutanés attribuables à l'utilisation des appareils de bronzage par ultraviolets artificiels, et les coûts humains qui pourraient en découler. Face à l'essor de ce problème, un renforcement des actions de prévention pour diminuer la pratique des ultraviolets artificiels à visée esthétique s'impose. Des mesures préventives de communication sont nécessaires : campagnes de communication sur les risques associés à cette pratique (cancers et vieillissement de la peau), ou visant à casser l'image positive du bronzage dans notre société.

savantes, en particulier l'IARC (International Agency for Research on Cancer) qui se base sur une méta-analyse réalisée en 2009 : les rayons ultraviolets artificiels, particulièrement ceux qui sont émis en cabine de bronzage, sont ainsi classés dans la catégorie la plus élevée parmi les agents cancérigènes. Un récent travail publié en 2010 dans une revue mondialement reconnue [1] vient de confirmer la dangerosité de ces expositions : l'étude comparative d'une cohorte de 1 176 sujets atteints de mélanome cutané et de 1 101 patients contrôles a en effet montré que la population atteinte de mélanome se caractérisait par une utilisation plus fréquente, plus intense et plus prolongée d'UV artificiels. Malheureusement, deux faits viennent réduire l'impact de nos campagnes d'information à visée préventive. D'une part, les associations des professionnels du bronzage orchestrent une promotion commerciale agressive de leur activité, actuellement en pleine expansion, sans hésiter à contredire les données scientifiques les plus solides sur la dangerosité des rayons UV artificiels. En outre, pour appuyer leur publicité, ils attribuent aux rayons UVA des propriétés qui - en aucun cas - ne peuvent être retenues : transformation de la vitamine D inactive en forme active, rôle positif pour la prise en charge de la dépression saisonnière (qui relève exclusivement de la lumière visible), rôle protecteur vis-à-vis d'expositions solaires à venir. Cela est d'autant plus inadmissible que ces opérateurs économiques ne peuvent pas ignorer les risques sanitaires qu'encourt leur clientèle. D'autre part, cette activité bénéficie d'une réglementation peu contraignante, à effets certainement pervers, qui délègue une part importante du contrôle des risques sanitaires aux personnes mêmes qui tirent profit du commerce des UV à des fins esthétiques. En effet, elle autorise la délivrance d'UV par les professionnels du bronzage à la condition qu'ils aient acquis en trois jours suffisamment de notions médicales, qu'ils sachent reconnaître les peaux à risques et repérer les usagers de moins de 18 ans (carte d'identité non obligatoire) et enfin, qu'ils veillent à ne pas conseiller à leur clientèle un trop grand nombre de séances ! ».

⁴⁸⁴ Mathieu Boniol de l'International Prevention Research Institute, Lyon, France ; Florence Coignard, Blandine Vacquier, Alain Le Tertre, Pascal Empereur-Bissonnet, de l'Institut de veille sanitaire, Saint-Maurice, France ; Tarik Benmarhnia de l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé, Saint-Denis, France, Julie Gaillot-de Saintignon de l'Institut national du cancer, Boulogne-Billancourt, France ; et Jean-François Doré du Centre de recherche en cancérologie de Lyon, UMR Inserm U1052- CNRS U5286, Lyon, France.

D'autres solutions ont été proposées telles qu'une taxation spécifique pour décourager financièrement les utilisateurs. Les actions de prévention visant à imposer une autorisation parentale sont jusqu'à présent inefficaces, principalement car les parents d'adolescents souhaitant s'exposer sont eux-mêmes utilisateurs de cabines de bronzage. L'interdiction totale de mise à disposition de cabines de bronzage par ultraviolets pour un usage esthétique est une autre mesure qui doit être envisagée et mise en balance avec l'efficacité de mesures de prévention précédemment citées. Selon ces chercheurs, seul le Brésil a interdit l'utilisation des cabines à ultraviolets à des fins esthétiques ; cette mesure de contrôle du risque vient d'être décidée par l'État australien de Nouvelle Galles du Sud, avec prise d'effet en 2014. Ces auteurs relèvent enfin que l'impact sanitaire de l'usage des cabines de bronzage, évalué en termes de mortalité, est comparable à celui attribué à l'usage d'un médicament antidiabétique oral qui a été récemment retiré du marché pour ce motif (entre 500 et 2 000 décès sur 30 ans). Une telle analogie permet d'apprécier le poids sanitaire de l'utilisation des cabines de bronzage, alors même qu'une telle pratique n'a pas d'effet thérapeutique et n'est associée à aucun bénéfice pour la santé.

Le bronzage en cabine est donc une activité non médicale et non médicalement nécessaire. Elle constitue ainsi une activité parfaitement dérogatoire à l'article 16-3 du code civil, mais autorisée par la loi, même si cette dérogation n'est pas expressément formulée. Malgré la dangerosité scientifiquement établie de cette activité, l'autorisation dérogatoire demeure.

560. En conclusion, les actes des tiers portant atteinte à l'intégrité du corps humain et poursuivant une visée esthétique, mais qui ne sont pas des actes médicaux, constituent des cas de figure en plein essor. Pour permettre le développement de ces actes esthétiques non médicaux, le législateur et le pouvoir exécutif ont encadré ces pratiques, organisant ainsi le contournement légal de la nécessité médicale. Il s'agit en effet de véritables dérogations, dont la justification n'est pas remise en cause actuellement. Dans la doctrine, aucun questionnement juridique n'est suscité par ces dérogations. Il est à déplorer que le contournement d'une notion fondamentale telle que la nécessité médicale ne suscite pas plus de débats ni d'émoi. Dans ce cadre, l'usage qui est fait de la nécessité médicale, c'est-à-dire sa mise à l'écart, aboutit finalement à priver la notion de toute portée effective. On assiste, une

fois encore, à une utilisation déviante de la notion qui consiste à rendre le corps humain davantage disponible, alors même que les risques pour la santé sont graves et démontrés.

561. À côté des actes à finalité esthétique, une autre catégorie d'actes non thérapeutiques au sens strict, permet de poursuivre l'étude de l'usage de la notion de nécessité médicale. Ces actes répondent à un souhait personnel, sans pour autant participer à la guérison d'une maladie. Leur raison d'être réside dans la volonté de la personne, placée dans une situation détresse psychologique, en l'absence de réalisation de tels actes médicaux.

B. Les hypothèses de détresse psychologique

562. En référence aux principes posés par la règle de droit⁴⁸⁵, les cas de figure faisant l'objet du développement constituent des hypothèses de détresse psychologique. En effet, en amont de la réalisation des actes d'interruption volontaire de grossesse ou de changement de sexe, la personne est dans une situation de mal-être profond. Certes, il est plus incertain d'affirmer, que dans la pratique actuelle, le cas de l'interruption médicale de grossesse corresponde, dans toutes les hypothèses, à un cas de détresse psychologique. Il est patent que la pratique permet des cas de convenance personnelle puisque la femme enceinte est seule juge du cas de détresse prévu par la loi (2°). Au contraire, le cas de l'opération chirurgicale de changement de sexe est encore aujourd'hui une hypothèse très contrôlée, dans laquelle la personne-patient n'est pas seule juge de son désarroi, puisque le médecin est le seul à pouvoir attester du syndrome, à décider de l'opération et à amener le juge, en fin de processus, à prononcer la rectification du sexe à l'état civil (1°). Si l'on peut s'interroger sur le caractère médicalement nécessaire des actes pratiqués sur la personne transsexuelle (1°), il est en revanche manifeste que les interruptions volontaires de grossesse, sans motif médical ou pour motif médical concernant l'enfant à naître, sont des cas de dérogations expresses à l'exigence de nécessité médicale (2°).

1°) *Les opérations chirurgicales de changement de sexe et les traitements correspondants : véritables dérogations à l'exigence de nécessité médicale ?*

563. Depuis un arrêt opérant un revirement de jurisprudence en 1992⁴⁸⁶, la Cour de cassation reconnaît des effets juridiques au syndrome du transsexualisme, en admettant sous conditions, la rectification du sexe sur les actes de l'état civil. Au visa de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, des articles 9 et 57 du code civil et du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel en indiquant que : « *Attendu, cependant, que la cour d'appel a d'abord constaté, en entérinant les conclusions de l'expert psychiatre commis par le tribunal, que M. X présentait tous les caractères du transsexualisme et que le traitement médicochirurgical auquel il avait été soumis lui avait donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin ; qu'elle a énoncé, ensuite, que l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, elle n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'en déduisaient* ».

Ainsi, la Cour met en avant le respect de la vie privée de l'individu pour lequel, l'apparence physique, le rôle social et la conviction personnelle, sont en contradiction avec le sexe figurant sur son état civil. Pour la Haute Juridiction, une telle contradiction porte une atteinte suffisante au respect de la vie privée de la personne pour justifier que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes soit interprété plus largement. Les conditions qui semblent être imposées dans cet arrêt sont que le syndrome du transsexualisme doit être reconnu, que le traitement médical et chirurgical doit avoir donné à la personne l'apparence physique de l'autre sexe et enfin que le rôle social coïncide avec le sexe désiré. Trois conditions dont on pourrait dire qu'elles sont d'ordre psychiques, physiques et sociales. En 1992, l'apparence et le psychisme prennent le pas et prévalent sur le sexe d'origine, eu égard au respect de la vie privée. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mars 1992⁴⁸⁷, condamnant la France en raison de sa position sur la question, jugée incompatible avec les dispositions de l'article 8 de la convention, n'est évidemment pas étranger à ce revirement.

⁴⁸⁵ Que celle-ci soit de nature légale, pour les interruptions volontaires de grossesses, ou d'origine jurisprudentielle, pour les opérations de changement de sexe.

⁴⁸⁶ Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900, Bull. 1992, n° 13, p. 27.

⁴⁸⁷ CEDH, 25 mars 1992 B. contre France, série A, n° 232-C. Dans cet arrêt, la Cour considère que le refus de procéder à une modification des actes d'état civil constitue une violation de l'article 8 de la convention puisqu'en l'espèce il existe, même eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les Etats, « une rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ».

564. À cette époque en 1992, le droit français ne connaissait ni « nécessité thérapeutique » ni « nécessité médicale », mais une permission implicite de la loi comme l'a démontré Monsieur Bruno PY⁴⁸⁸, concernant les actes curatifs. Pour les autres, une autorisation expresse du législateur était nécessaire.

Ainsi, jusqu'en 1992, l'opération chirurgicale de conversion sexuelle entrait dans le cadre des actes illicites, puisqu'un des derniers arrêts de la Cour de cassation ayant confirmé la condamnation pénale de médecins du chef de coups et blessures volontaires date du 30 mai 1991⁴⁸⁹. Le motif tenait justement à l'absence de caractère thérapeutique de l'acte réalisé.

565. À partir de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 1992, la jurisprudence française reconnaît la légalité de ces opérations chirurgicales sous certaines conditions. Celles-ci semblent correspondre aux conditions permettant la rectification de la mention du sexe à l'état civil. Il est indispensable que le syndrome de transsexualisme soit avéré, et donc certifié par un médecin psychiatre.

Force est de constater que le caractère thérapeutique de ces conversions sexuelles porte à discussion⁴⁹⁰, celles-ci ayant pour objet de remédier partiellement à une manifestation ou un

⁴⁸⁸ Thèse, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », op. cit.

⁴⁸⁹ Il s'agit d'un arrêt de rejet, de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, du pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence, en date du 23 avril 1990. Le Docteur X, chirurgien urologue, a procédé, le 26 janvier 1980, à l'ablation de l'appareil génital externe masculin de Monsieur Y, ce dernier voulant mettre son corps en harmonie avec le sentiment qu'il éprouvait d'appartenir au sexe féminin. Monsieur Y, déçu des résultats de l'opération, a porté plainte contre le chirurgien urologue et après plusieurs nouvelles interventions chirurgicales et une dépression, il s'est suicidé en 1988. La Cour d'appel a reconnu le médecin coupable du délit de coups et blessures volontaires avec préméditation et a condamné ce dernier à six mois d'emprisonnement assorti du sursis et au paiement de vingt mille francs d'amende. Elle a considéré, en effet, que « *dans les cas autorisés par la loi, le chirurgien qui pratique une intervention chirurgicale dans l'exercice normal de sa profession, cause volontairement, une atteinte à l'intégrité physique du patient, néanmoins les rigueurs de l'article 309 du code pénal ne lui sont pas applicables parce que la profession médicale est autorisée et réglementée par la loi ; le médecin jouit ainsi d'une immunité légale dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique* ». La Cour prend le temps par la suite, de motiver par le récit de faits, l'absence d'intention thérapeutique de la part des médecins. Elle poursuit : « *il est reproché aux chirurgiens en l'espèce d'avoir oublié l'intérêt du patient pour satisfaire leur curiosité scientifique* ». Il doit également être noté dans la motivation de la Cour le passage indiquant que le médecin psychiatre, également poursuivi, « *n'a, en aucune manière, confirmé au Docteur X la nécessité de l'intervention* » lors de ses consultations et compte-rendu. Le psychiatre sera par ailleurs condamné pour avoir accordé la possibilité d'accéder à une telle mutilation « *sans avoir constaté d'ailleurs le moindre signe pouvant justifier la nécessité d'une telle opération* ». La Cour de cassation approuve ce raisonnement puisque, pour sa part, elle retient que : « *la cour d'appel énonce que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien ; qu'elle en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi* ». Elle poursuit par son attendu de principe : « *attendu qu'en l'état de ces énonciations, fondées sur l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de fait qui leur étaient soumis, d'où il résulte que l'objectif thérapeutique du médecin n'était pas établi en l'espèce et qu'en conséquence le délit reproché était caractérisé, la cour d'appel a justifié sa décision...* ».

⁴⁹⁰ V. *supra* n° 178 et suivants.

symptôme de l'état de transsexualisme, qui est la contradiction entre le sexe cérébral et le sexe anatomique. Le ressentiment profond, durable et originel de cette contradiction doit empêcher la personne en état de transsexualité d'avoir un rôle social conforme à son sexe d'apparence. Sous cette condition, la personne en état de transsexualité peut demander à bénéficier de cette conversion, afin de tenter de mettre en concordance le sexe cérébral et le sexe anatomique. Pour autant, la médecine ne peut considérer à l'heure actuelle que l'opération chirurgicale rende ou donne véritablement le sexe ressenti par la personne à celle-ci. L'organe génital ne peut être que partiellement reproduit. De plus, l'opération supprime-t-elle pleinement la contradiction ? En cela, il est difficile de dire qu'il s'agit d'un acte thérapeutique puisqu'il est une mutilation d'un organe qui n'est pas réellement remplacé (la fonction première de reproduction étant perdue). Il s'agit en tout cas d'un acte médical.

566. Sur le point de savoir si cet acte répond à une condition de « nécessité », il est permis de penser que cette nécessité serait du même ordre que celle des troubles psychiatriques, l'état de transsexualité étant un trouble psychiatrique selon la classification retenue par l'OMS et à laquelle se réfèrent les praticiens. Cependant, pour la France, depuis un décret du 8 février 2010⁴⁹¹ relatif à la prise en charge du transsexualisme par les Caisses de sécurité sociale, l'état de transsexualité n'est plus un trouble psychiatrique mais une affection de longue durée hors liste⁴⁹². Ainsi, au regard du droit de la sécurité sociale, le transsexualisme est un état qui nécessite des soins, qu'il s'agisse d'une affection psychiatrique ou d'une autre nature. La nécessité d'un soin semble irréfutable dans les deux cas. Toutefois, de quel soin parle-t-on ? L'acte mutilant le corps humain est-il le seul acte possible pour remédier à cette affection de longue durée ? Il semble qu'aujourd'hui, il soit le seul, les thérapies psychologiques étant depuis longtemps regardées comme inefficaces et inutiles.

567. L'étude de la jurisprudence européenne conforte le caractère nécessaire du traitement de l'état de transsexualité. Dans son arrêt de grande chambre *Christine Goodwin*

⁴⁹¹ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », pris après avis de la HAS du 11 juin 2009.

⁴⁹² Depuis la modification par le décret sus énoncé, l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale prévoit que la participation de l'assuré peut être limitée ou supprimée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, « lorsque les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies : le bénéficiaire est reconnu atteint par le service du contrôle médical soit d'une affection grave caractérisée ne figurant pas sur la liste mentionnée ci-dessus, soit de plusieurs affections entraînant un état pathologique invalidant, et cette ou ces affections nécessitent un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse ».

contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002⁴⁹³, regardé par tous les commentateurs comme un arrêt de principe, la Cour européenne des droits de l'homme constate qu'« *il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées* » et consacre pleinement le droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale. La Cour a considéré que « *la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu* » et que les Etats ne disposent d'aucune marge d'appréciation pour refuser de reconnaître les implications juridiques du résultat auquel le traitement conduit, dès lors qu'aucune difficulté insurmontable n'existe s'agissant de la situation des personnes transsexuelles opérées. Cette jurisprudence a conduit à reconnaître en France à toute personne le droit d'accéder aux traitements hormonaux et chirurgicaux et le droit d'obtenir la modification des actes d'état civil dès lors que la conversion est réalisée.

568. Cependant, la condition « physique » a récemment été durcie par la jurisprudence française. La première chambre civile de la Cour de cassation, par deux arrêts rendus 7 juin 2012,⁴⁹⁴ prend le parti d'exiger une preuve « sérieuse » d'un point de vue scientifique de la mutilation physique subie par la personne demandant le changement d'état civil. Dans cette espèce, le demandeur produisait de multiples certificats attestant du syndrome de transsexualisme dont il était atteint, ainsi que de son apparence physique correspondant à l'autre sexe, et de ses traitements hormonaux (voix, pilosité etc.). Cependant, un critère manquait à l'appel selon la Juridiction. Cette personne a subi l'opération chirurgicale de changement de sexe en Thaïlande et non en France, et a refusé de se prêter à une expertise judiciaire ; ce faisant, la preuve de la transformation physique irréversible n'est pas rapportée. La première chambre a donc rejeté le pourvoi aux motifs que le certificat médical du médecin thaïlandais était « lapidaire » et que l'effectivité de la transformation n'était pas indiquée. La demande de rectification d'état civil n'aura pas abouti. C'est donc le caractère irréversible du changement physique qui est exigé par la Cour.

Comme l'a écrit Madame Sophie PARICARD, « *la Cour de cassation replace en effet au cœur du processus de changement de sexe l'expertise judiciaire et semble maintenir la condition de réassignation sexuelle. Cette volonté de conserver cette ultime étape de*

⁴⁹³ CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95.

l'expertise judiciaire ressort particulièrement du premier arrêt⁴⁹⁵ ». L'auteur parle de raidissement de la position de la Cour de cassation, puisque celle-ci exige la réassignation sexuelle totale.

569. En conclusion, les opérations chirurgicales de conversion sexuelle et les traitements hormonaux peuvent être considérées comme les seuls traitements médicaux possibles à l'heure actuelle à ce que la médecine reconnaît comme un syndrome ou une affection (quelle soit psychiatrique ou d'une autre nature). En cela, il est possible de considérer que ces opérations répondent à un état de nécessité médicale. Pour autant, il convient de souligner que selon des estimations non officielles émanant d'associations militant pour les droits des transsexuels, environ la moitié des personnes transsexuelles souhaiteraient voir modifier la mention de leur sexe à l'état civil et bénéficier d'un traitement hormonal, sans pour autant subir l'opération chirurgicale de réassignation sexuelle. Dans bon nombre de cas, il semble donc que la reconnaissance sociale, à travers l'état civil, et l'apparence sociale (et non intime) grâce aux traitements hormonaux, suffisent à remédier au syndrome du transsexualisme. Le sentiment de contradiction ne serait alors plus ressenti ? Selon cette idée, l'opération chirurgicale ne serait pas toujours médicalement nécessaire.

2°) *Des cas d'interruption volontaire de grossesse, véritables dérogations légales à l'exigence de nécessité médicale*

570. L'interruption volontaire de grossesse pour motif médical concernant l'enfant à naître, et l'interruption volontaire sans motif médical sont tous deux des actes médicaux répondant à une demande très personnelle et non à un impératif de santé au sens strict du terme.

En cela, il faut entendre qu'une personne ne subissant pas cette interruption médicale de grossesse ne devient pas de ce fait malade au premier sens du terme : sans l'acte médical, cette personne attendra un enfant en bonne santé (*b*) ou atteint d'une pathologie incurable (*a*). Dans les hypothèses envisagées, la femme enceinte est en bonne santé et ne court pas un péril pour sa santé en menant à terme sa grossesse. Pour cette raison, ces deux cas constituent de véritables dérogations à l'exigence de nécessité médicale pour la personne.

⁴⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-22.490 ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 10-26.497.

⁴⁹⁵ « *Transsexualisme, le raidissement de la Cour de cassation* », Sophie PARICARD, Dictionnaire permanent de bioéthique, éditions législatives, 21 juin 2012.

a) L'interruption volontaire de grossesse pour motif médical concernant l'enfant à naître

571. Le code de la santé publique organise la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif médical, sans limite de délai, contrairement à l'interruption volontaire de grossesse sans motif médical. D'après l'article L. 2213-1 du code de la santé publique, il existe alors deux motifs médicaux possibles : l'un a trait à la santé de la mère, mise gravement en péril par l'état de grossesse, l'autre intéresse l'état du fœtus, atteint d'une maladie incurable d'une particulière gravité :

« L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'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 diagnostic⁴⁹⁶ ».

Seule la dernière hypothèse paraît ne pas correspondre à une « nécessité médicale pour la personne ». Il est notable que ce dernier cas ne revêt pas de caractère thérapeutique pour le fœtus puisqu'aucun traitement n'est possible ; en revanche, l'avortement revêt dès lors un caractère médical. Pour autant, l'exigence complète de « nécessité médicale » semble faire défaut. En effet, dans ce cas, l'acte d'interruption de grossesse n'est pas nécessaire à la santé de la mère ; il n'est pas non plus nécessaire à la santé de l'enfant, puisqu'il revient à priver l'enfant de naître. Sans remettre en cause un instant la légitimité de telles dispositions légales, cette explication a pour dessein de conclure que l'interruption pour motif médical, envisagée

⁴⁹⁶ L'article L. 2213-1 du CSP poursuit : *« Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé.*

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse.

au motif que l'enfant présente une maladie incurable d'une particulière gravité, constitue bien une dérogation à l'exigence de nécessité médicale pour la personne posée par l'article 16-3 du code civil.

572. D'une façon générale, la majorité des actes médicaux expressément autorisés par le code de la santé publique constituent des dérogations à l'exigence de nécessité médicale. Pour illustrer le fait que ces interruptions de grossesse ne revêtent pas de caractère médicalement nécessaire mais résultent bien d'un choix personnel, il faut relever certains cas d'« *affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ». Les malformations de la fente labio-palatine, plus communément appelés bec-de-lièvre, du fœtus peuvent parfois donner lieu à des interruptions médicales de grossesse, si la décision prise par les deux médecins de l'équipe pluridisciplinaire le permet. Des anomalies des membres ou un nanisme peuvent également donner lieu, en pratique, à des interruptions de grossesse pour motif médical⁴⁹⁷.

Même si la demande d'interruption de la femme ou du couple est examinée par une équipe pluridisciplinaire attachée à un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, il est rare que la décision de la femme ou du couple ne soit pas suivie. Ce sont deux médecins membres de l'équipe qui attestent ou non de la forte probabilité que le fœtus soit atteint d'une affection incurable d'une particulière gravité, après avis de l'équipe. En application de l'article L. 2131-1 du code de la santé publique, l'Agence de la biomédecine est compétente pour délivrer les autorisations de centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal (un par centre hospitalier en général). Concrètement, lorsque deux médecins appartenant au centre de diagnostic prénatal attestent par écrit que l'enfant à naître présente, selon une forte probabilité, une affection incurable d'une particulière gravité, l'interruption de grossesse peut être pratiquée en toute légalité à n'importe quel stade de la grossesse. La malformation de la fente labio-palatine est une affection esthétique qui peut entraîner, dans les cas les plus sévères, une difficulté à s'exprimer. Pour autant, les traitements de cette pathologie sont nombreux ; cette malformation se soigne notamment au moyen d'interventions de chirurgie esthétique et de chirurgie du palais, selon les cas.

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe ».

⁴⁹⁷ V. Jean Thévenot, in « *Faire naître, De la conception à la naissance, l'art au service de la nature ?* », sous la direction de A.-R. Chancholle, M. Nodé-Langlois, éd. Artège, 2009, p. 108.

Il paraît choquant de constater que la loi permet de mettre un terme à la vie d'un fœtus, atteint d'une malformation pouvant être corrigée, alors même qu'il ne viendrait pas à l'idée de quiconque d'autoriser l'euthanasie d'un nouveau-né au motif de la découverte d'un handicap incurable, ou de surcroît d'une malformation plus esthétique que fonctionnelle.

C'est précisément pour éviter les interruptions de grossesse abusives que le code de la santé publique prévoit qu'elle soit « autorisée », car il s'agit en effet d'attester du respect d'une condition légale, pour les médecins membres de l'équipe pluridisciplinaire.

La condition légale qui remplace l'état de nécessité médicale résulte de l'affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic dont est atteint le fœtus.

573. Un second cas d'interruption de grossesse existe et ne connaît aucune justification de nature médicale. L'énoncé du texte de loi le sous-entend d'ailleurs. En effet, puisque le premier cas d'interruption volontaire de grossesse est dit « pour motif médical », il est possible d'en déduire que la seconde hypothèse possible « d'interruption volontaire de grossesse » ne présente pas de motif médical.

b) L'interruption volontaire de grossesse sans motif médical

574. L'article L. 2212-1 du code de la santé publique prévoit que « *la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». D'après ce texte, la situation de détresse de la femme est l'unique critère autorisant l'avortement volontaire sans indication d'un motif thérapeutique ou médical quelconque. En considérant que le cas de l'interruption de grossesse pour motif médical ne répond pas à un cas de nécessité médicale lorsqu'elle est pratiquée en raison de l'état de santé de l'enfant, il est donc évident que le cas de l'interruption de grossesse sans motif médical ne répond pas, a fortiori, à une hypothèse de nécessité médicale. Il s'agit d'un acte médical à l'évidence⁴⁹⁸. Cependant, à quelle nécessité médicale répond-il ? « La situation de détresse » est le critère posé par la loi, il est laissé à l'entière appréciation de la femme. De

⁴⁹⁸ Notons que l'interruption volontaire de grossesse, dans le cadre de l'article L. 2212-1 du CSP, est un acte médical, qui ne comporte pas de motif médical (en référence à l'article L 2213-1 du CSP). Ainsi, il est encore démontré que la finalité de l'acte médical peut ne pas être « médicale » et que la seule définition organique du mot « médical » peut être retenue.

surcroît, il ne s'agit pas d'une détresse médicale, mais bien personnelle. Il n'est ainsi pas possible de considérer que cet acte réponde à un état de nécessité médicale. Mettre un terme à une grossesse qui ne présente aucun danger pour la santé de la femme, ni aucune pathologie pour l'enfant à naître ne peut être médicalement nécessaire. Ces cas correspondent à des grossesses non désirées et donc des enfants non désirés. La nécessité médicale ne pourrait s'entendre que comme le moyen de parvenir au résultat voulu : l'interruption de grossesse. Il ne s'agit assurément pas du sens de la notion de nécessité médicale. Un acte serait médicalement nécessaire en vue du résultat physique et/ou psychique que la personne voudrait obtenir ? Autant légiférer en posant la seule volonté du patient comme critère de légalité de l'acte médical. Cela aboutirait à une situation des plus déraisonnables dans laquelle le corps médical exercerait son art en fonction de la demande du patient. Or, il n'en est rien, l'exercice de l'art médical n'est pas unilatéralement décidé par le patient. Ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre l'exigence de consentement à l'acte médical imposé par le code civil et le code de la santé publique. Le patient donne son consentement à un acte que souhaite effectuer le médecin (traitement, opération, examen, etc.). L'initiative de l'acte appartient par principe au professionnel médical, en vertu notamment de sa liberté thérapeutique et de son indépendance professionnelle. Tout au plus, le patient est demandeur d'un traitement, et le médecin décide de ce qu'il propose ou non. Cela ne peut se dérouler autrement, le patient étant dans une situation d'ignorance alors que le médecin est le professionnel sachant.

575. De cette façon, l'interruption volontaire de grossesse ne doit pas être considérée comme une demande à laquelle le médecin accède, et au titre de laquelle l'acte devient « médicalement nécessaire ». Cette façon de raisonner détournerait considérablement l'esprit de l'article 16-3 du code civil.

576. Certains auteurs ont pu penser, au contraire, que l'interruption médicale de grossesse revêtait le caractère de la nécessité médicale. Madame Noémie KLEIN écrit, dans sa thèse de doctorat consacrée à « *la justification des atteintes médicales au corps humain*⁴⁹⁹ » : « Bien que la loi n'ait pas défini « la situation de détresse » justifiant le recours à l'IVG, il semble que celle-ci corresponde à un état de détresse psychologique de la femme ne désirant pas mener à terme sa grossesse. On peut donc assimiler cet état de détresse à une nécessité médicale dans la mesure où la santé psychologique de la patiente est en jeu. ».

577. C'est amener bien loin de sa définition première la notion de nécessité médicale. Si les principes généraux souffrent des interprétations, il est substantiellement différent de les interpréter jusqu'à leur faire dire le contraire de leur sens originel. À moins, comme l'a dit TALLEYRAND, d'appliquer la maxime suivante : « *Appuyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder* ». Se fonder sur la nécessité médicale pour justifier l'interruption volontaire de grossesse résultant d'une pure convenance personnelle, est un détournement de la notion tel qu'il effondre la notion elle-même.

578. Tout au contraire, et pour les besoins de la cohérence de la notion de nécessité médicale, l'interruption volontaire de grossesse doit être considérée comme une dérogation légale expresse à l'exigence de nécessité médicale.

En définitive, la loi vient elle-même déroger à l'exigence de nécessité médicale pour rendre un acte médical légal. Ou bien faudrait-il considérer que cette notion de nécessité médicale est laissée à la libre appréciation de chacun ? La réponse doit nécessairement être négative car sinon il n'y aurait plus aucune limite aux actes que l'on peut demander à un médecin. Les limites existent encore, comme par exemple les demandes d'euthanasie et de gestation pour autrui⁵⁰⁰.

579. Au fil des développements précédents, les dérogations légales à l'exigence de nécessité médicale dans un but de convenance personnelle ont été exposées et ont démontré, dans certains cas, l'incertitude qui règne sur la détermination de la « dérogation ». Une dernière catégorie d'actes mérite d'être étudiée. Celle-ci ne constitue pas à proprement parler une dérogation « légale » au sens formel, mais une dérogation « jurisprudentielle » à l'exigence de nécessité médicale, car émanant de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette catégorie d'actes est ainsi à classer dans une famille quelque peu à part, puisqu'il est difficile de qualifier cet acte comme un acte de convenance personnelle. Cependant, la Cour l'a considéré comme faisant partie de la notion d'« autonomie personnelle », apparentée à la notion française de « convenance personnelle ». Il est donc possible de présenter cette catégorie d'atteinte au corps humain parmi les dérogations autorisées à l'exigence de nécessité médicale pour motif de convenance personnelle.

⁴⁹⁹ Noémie Klein, « *La justification des atteintes médicales au corps humain* », Thèse de doctorat, sous la direction de Patricia Henion-Jacquet, Paris VIII, 2010.

⁵⁰⁰ V. Section 2 du présent chapitre.

3°) La tolérance européenne de l'atteinte au corps humain consistant en la pratique du sadomasochisme

580. Une affaire tristement célèbre a amené la Cour européenne des droits de l'homme à se positionner, peut-être sans en mesurer les conséquences, sur la question de la légalité de l'atteinte au corps humain et de son critère. Un magistrat et un médecin se sont livrés avec plusieurs autres personnes à des activités de sadomasochisme, pratiquées notamment sur l'épouse du premier. Leurs pratiques ont atteint un tel niveau de violence et de barbarie qu'ils ne pouvaient les pratiquer dans les clubs spécialisés où ils avaient coutume d'aller. Ils ont alors loué des locaux spécialement aménagés pour continuer leurs activités. Cependant, les propriétaires du club fréquenté auparavant ont fait l'objet d'une enquête judiciaire qui leur a été étendue ; et, à l'occasion de l'instruction, des cassettes vidéos de ce qui s'était déroulé dans les locaux loués ont été saisies. Ainsi, la femme concernée n'a jamais déposé plainte. Le 30 septembre 1997, la Cour d'appel d'Anvers les a reconnus, avec trois autres personnes, coupables de coups et blessures volontaires et, pour le magistrat ayant fait participer son épouse, d'incitation à la débauche ou à la prostitution. Ce dernier a été condamné à un an d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 100 000 francs belges (2 478 euros), assortis de l'interdiction d'exercer pendant cinq ans toute fonction, emploi ou office public, et le médecin à un mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 7 500 francs belges (185 euros). Leur pourvoi ayant été rejeté par la Cour de cassation belge, ils ont tous deux saisi la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est dans l'arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique*⁵⁰¹, du 17 février 2005 que le raisonnement de la Cour européenne n'envisage à aucun moment la possibilité d'un critère de légalité des atteintes au corps humain, même consenties, autre que la volonté ou le consentement de la personne. En transposant cette solution en droit français, l'exigence de nécessité médicale serait alors complètement évincée.

581. En effet, les actes de tortures supposés consentis dans cette affaire ne correspondent bien évidemment pas à un cas de nécessité médicale ; il s'agit d'actes non médicaux (même si certains d'entre eux sont pratiqués par un médecin) et non nécessaires, puisque poursuivant une finalité de plaisir sexuel, mais au contraire tout à fait facultatifs. Les

actes commis au titre de la pratique du sadomasochisme tels qu'ils sont décrits dans l'affaire *K.A. et A.D. contre Belgique* constituent tous ⁵⁰², sans conteste possible, des atteintes à l'intégrité du corps humain. Ils correspondent à la définition des « violences volontaires » telles qu'elles sont définies par le droit pénal ; de la même façon que certains actes médicaux peuvent correspondre à cette qualification (opération chirurgicale). Cependant, ces derniers sont couverts par un fait justificatif : la permission de la loi, par le biais de la nécessité médicale ou de dispositions expresses. Les actes de tortures pratiqués par Messieurs K.A. et A.D. ne sont justifiés par aucune disposition légale.

Toutefois, la Cour européenne a rattaché ces pratiques au domaine de la vie privée et de la liberté sexuelle. On peut s'en émouvoir à juste titre, puisque la liberté sexuelle a toujours trouvé des limites, autres que le consentement d'autrui, évident et inéluctable, tenant au respect de l'ordre public (répression de la pédophilie, de l'exhibitionnisme, encadrement de la pornographie, de la prostitution, etc.).

La Cour reconnaît que ces pratiques, même très violentes, sont à rattacher à la liberté sexuelle garantie par l'article 8 de la Convention au titre de la notion d' « épanouissement personnel », et que ce faisant, elles ne sont pas des atteintes injustifiées au corps humain, puisque la personne concernée y consent. Le consentement est érigé en véritable dogme justificatif de l'atteinte au corps humain, quelle qu'elle soit.

582. Comme l'écrit Madame Muriel FABRE-MAGNAN⁵⁰³ : « *La notion d'autonomie personnelle est de plus en plus utilisée par la juridiction européenne qui s'engouffre dans les interprétations proposées par les requérants (pour lesquels elle est évidemment une mine), sans prendre conscience que la notion permet un véritable*

⁵⁰¹ CEDH, *K.A. et A.D. contre Belgique*, 1^{ère} section, du 17 février 2005,

⁵⁰² Selon les indications de la CEDH, la nature des pratiques était connue, car celles-ci avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo qui avaient été saisies lors de l'instruction. On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids. Ainsi par exemple, certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et les prévenus lui attachent des pinces aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge. La cour d'appel d'Anvers nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « *pitié !* », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Enfin, il faut préciser que les deux hommes consommaient, au cours de ces séances, de grandes quantités d'alcool.

⁵⁰³ Muriel Fabre-Magnan, « *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme* », D., 2005, n° 43, p.2973.

retournement dans la protection assurée par les droits de l'homme : elle est invoquée en effet non plus pour sanctionner, mais au contraire pour justifier des atteintes aux droits de l'homme. A terme et si la Cour n'y prend garde, c'est toute la protection mise en place par la Convention européenne des droits de l'homme qui s'en trouvera déconstruite ».

Ainsi, comme l'indique l'auteur dans sa conclusion finale, « *la Cour n'aurait pas dû hésiter à affirmer clairement que torturer et humilier une femme n'est pas un droit de l'homme* », aussi consentante soit-elle.

583. Les fondements de la Cour sont les suivants. L'article 8 de la convention protège le respect de la vie privée et ce faisant, le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel⁵⁰⁴ ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important que sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8⁵⁰⁵. Ce droit implique le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur⁵⁰⁶ en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est, à ce titre, protégé par cette disposition, notamment depuis l'arrêt *SMITH et GRADY contre Royaume-Uni*⁵⁰⁷, du 27 septembre 1999.

Selon le raisonnement de la Cour européenne dans l'arrêt *K.A. et A.D.*, « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (Pretty, précité, § 66). Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité. En l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite*

⁵⁰⁴ V. CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, *Recueil* 2002-VI, § 90.

⁵⁰⁵ V. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, *Recueil* 2002-III, § 61.

⁵⁰⁶ Voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, série A no 280-B, rapport de la Commission, § 47, et *Friedl c. Autriche*, série A no 305-B, rapport de la Commission, § 45.

⁵⁰⁷ *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1999, *Recueil* 1999-VI, notamment le paragraphe 89.

qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti.

Et en conclusion, la Cour précise que : « *Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas. En effet, à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés.* ».

Seule l'exigence de consentement est prise en considération ; ni un éventuel ordre public de protection corporelle, ni l'exigence de dignité humaine, ni un critère de légalité de l'atteinte au corps humain, autre que la volonté de la personne, ne sont envisagés.

584. Madame FABRE-MAGNAN explique cependant que le fait justificatif retenu par la Cour pour ne pas prendre en considération le droit pénal applicable, tiendrait à la liberté sexuelle. Celle-ci serait devenue, selon le raisonnement de la Cour, un véritable fait justificatif au même titre que la permission de la loi ou l'état de nécessité : « *Comme la médecine, la sexualité permettrait de justifier des atteintes à l'intégrité physique d'autrui*⁵⁰⁸ ». Dès lors que la situation de pratique sexuelle serait caractérisée, aucune infraction ne saurait être retenue. L'auteur anticipe à juste titre les difficultés majeures de définition de ce qu'est une pratique sexuelle, du plaisir sexuel et de la jouissance. En effet, d'après le marquis de SADE lui-même, le plaisir sexuel sadique peut aller jusqu'à provoquer la mort, jouissance extrême selon ses écrits. Preuve en est que le raisonnement juridique de la Cour européenne présente une faille incommensurable.

585. En toutes hypothèses, le droit européen ne contenant pas de référence textuelle au sein de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la notion de nécessité médicale, il est bien évident que la Cour, dans cet arrêt, n'a pas créé une « dérogation jurisprudentielle » à l'exigence purement française de nécessité médicale. C'est dans une perspective d'effet direct ou de « transposition » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il faut envisager la dérogation. La Convention européenne, et son interprétation, sont d'application directe en droit français, et celle-ci a une valeur supra-législative en vertu de l'article 55 de la Constitution française.

⁵⁰⁸ « *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme* », Muriel FABRE-MAGNAN, D., 2005, n° 43, p. 2973.

Le principe d'applicabilité directe signifie que tout justiciable dès lors qu'il relève d'une juridiction française peut demander au juge interne le bénéfice de la convention européenne. La valeur supra législative induit que le juge interne doit faire prévaloir la convention sur la loi.

586. Il est vrai, la jurisprudence de 1992 ayant condamné la France pour non-respect de la vie privée de la personne en situation de transsexualité, a fait mouche dans le droit français, qui a considérablement évolué depuis, et qui s'est adapté à l'interprétation européenne du droit au respect de la vie privée. Il est donc tout à fait opportun de raisonner par analogie et de considérer que la question du sadomasochisme consenti peut se poser dans l'ordre juridique français. En appliquant la solution de la Cour européenne, qu'un justiciable serait en droit d'invoquer devant les tribunaux français, la pratique du sadomasochisme constituerait alors une dérogation à la condition de nécessité médicale pour qu'un tiers puisse porter atteinte au corps humain d'une personne.

587. En effet, il n'y a pas de nécessité médicale dans les pratiques de torture à des fins de plaisir sexuel ; de plus, celles-ci correspondent aux incriminations réprimées à l'article 222-22 du code pénal. Le droit supra-législatif applicable, à tout le moins invocable, en ne condamnant pas en elles-mêmes ces pratiques, balaye d'un revers de manche la condition normalement requise de nécessité médicale⁵⁰⁹, au nom d'un droit à l'autonomie personnelle et de la valeur absolue et quasi divine du consentement.

588. En conclusion, la volonté de la personne semble être la clef magique permettant d'ouvrir toutes les portes de la permissivité, et permettant de rendre le corps humain disponible. En effet, en l'absence de nécessité médicale, quelle est la justification des atteintes portées au corps humain qui viennent d'être envisagées ? Outre la permission de la loi, la justification de fond réside dans la volonté de la personne subissant l'atteinte. L'initiative appartient à cette dernière ; la volonté est donc à l'origine de l'acte attentatoire. La volonté de la personne est en effet le dénominateur commun permettant de justifier tous les actes faisant l'objet des développements précédents. Qu'il s'agisse de chirurgie esthétique, de médecine esthétique, de tatouage, de bronzage en cabine, d'interruption de grossesse ou de

⁵⁰⁹ Condition requise en droit français ; pour les besoins du raisonnement, on transpose la solution européenne aux juridictions françaises, censées combiner les deux sources du droit en faisant prévaloir le droit européen.

pratiques sadomasochistes : la cause de ces actes se trouve dans la volonté de la personne demandeuse qui en a l'initiative.

589. L'ensemble des dérogations autorisées à la nécessité médicale venant d'être développées le sont pour des motifs de convenance personnelle. À côté des motivations strictement individuelles, la loi a permis que l'exigence de nécessité médicale soit évincée au regard d'impératifs collectifs et non plus personnels. Il s'agit notamment de l'exception immédiatement formulée après le cas de nécessité médicale, au sein de l'article 16-3 du code civil : l'intérêt thérapeutique d'autrui.

§2. *Le besoin d'autrui : la « nécessité » de la médecine et l'intérêt thérapeutique pour autrui*

590. Il est plus aisé de répondre à un questionnement relatif à un cas concret, précis et rattaché à l'histoire d'une personne, que de tenter de construire un principe général et fondamental encadrant toutes les hypothèses imaginables et futures, et détaché de toute considération personnelle ou individuelle. Cette difficulté est le principal fardeau de la notion de nécessité médicale. Le législateur a largement préféré organiser et imposer des règles dans des cas aux contours délimités -et il continue de légiférer de la sorte- : la procréation médicalement assisté, le prélèvement d'organes sur personne en vie etc. plutôt que de s'interroger véritablement sur le sens du seul principe général au fondement de toutes les activités touchant à l'intégrité du corps humain : la nécessité thérapeutique puis la nécessité médicale. Quels cas sont réellement regroupés par la notion de nécessité médicale ? À cette question, le législateur n'a pas répondu. Ce faisant, il a abondamment légiféré sur des activités médicales dont il faut penser qu'elles dérogent à l'exigence première de nécessité médicale.

591. L'intérêt thérapeutique pour autrui est une des plus importantes dérogations légales à l'exigence de nécessité médicale pour la personne. Celui-ci est formulé au sein même de l'article 16-3 du code civil qui dispose qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». La personne amenée à subir l'atteinte corporelle n'a aucun intérêt personnel à la subir et n'en retire aucun bénéfice pour elle-même.

Son état ne présente aucune nécessité médicale à subir l'acte médical. Bien que le législateur n'ait pas précisé le domaine exact que recouvrait « l'intérêt thérapeutique d'autrui, » il est admis dans la doctrine, que cette expression désigne les hypothèses de recherche biomédicale (A) ainsi que le don et les prélèvements des produits et éléments du corps humain (B), c'est-à-dire l'ensemble des atteintes poursuivant la satisfaction d'un intérêt autre que celui de la personne dont le corps est atteint.

A. La recherche biomédicale

592. Il est ici question d'intérêt collectif, d'intérêt de la société plutôt que l'intérêt immédiat d'autrui qui intéresse davantage le don et le prélèvement d'organes. La recherche pratiquée sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales répond à un impératif de santé publique. La recherche biomédicale a pour finalité générale d'améliorer le sort de la personne humaine. Elle permet de mieux comprendre les causes et les effets d'une pathologie, d'augmenter l'efficacité des traitements ou d'en diminuer les effets indésirables⁵¹⁰.

L'évolution de la législation en la matière est significative de l'évolution du droit de la bioéthique (1°) et a abouti à un état du droit autorisant largement les recherches tout en encadrant rigoureusement celles-ci (2°) afin de ne pas permettre des atteintes corporelles préjudiciables à la personne.

1°) Les atteintes autorisées au titre des recherches « impliquant les personnes humaines » - Bref historique

593. Une des inspirations marquantes de la législation originaire relative à la recherche biomédicale réside dans ce qu'il est admis d'appeler le « code de Nuremberg⁵¹¹ »,

⁵¹⁰ V. J.-M. Dubernard, Rapp. ass. nat. oct. 2003, n° 1092.

⁵¹¹ Traduction moderne du « code de Nuremberg » : « 1. Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela veut dire que la personne concernée doit avoir la capacité légale de consentir ; qu'elle doit être placée en situation d'exercer un libre pouvoir de choix, sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes sournoises de contrainte ou de coercition ; et qu'elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de ce que cela implique, de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée. Ce dernier point demande que, avant d'accepter une décision positive par le sujet d'expérience, il lui soit fait connaître : la nature, la durée, et le but de l'expérience ; les méthodes et moyens par lesquels elle sera conduite ; tous les désagréments et risques qui peuvent être raisonnablement envisagés ; et les conséquences pour sa santé ou sa personne, qui pourraient possiblement advenir du fait de sa participation à l'expérience. L'obligation et la responsabilité d'apprécier la qualité du consentement incombent à

établi en réponse aux atrocités médicales commises sous le régime nazi. Ces dix critères ont été listés dans le jugement du « procès des médecins », pour tenter de définir ce qu'était une expérimentation acceptable et une expérimentation inacceptable. C'est sur la base de ces critères que le tribunal militaire américain condamna 16 accusés sur 23, pour avoir pratiqué ou participé à l'organisation d'expériences médicales illicites dans des conditions barbares, notamment sur les prisonniers des camps de concentration. La liste des dix critères de « licéité » des expérimentations médicales, tirée de la section « expériences acceptables » du jugement, circula rapidement en anglais sous le nom de « Nuremberg code ».

594. En France, c'est la loi du 20 décembre 1988⁵¹², dite loi Huriet, qui a organisé la première un cadre légal et a permis notamment la pratique de recherches n'ayant pas pour objet immédiat un effet curatif sur la personne soumise à la recherche.

En effet, à cette époque, l'absence de législation spécifique en France en matière de recherche devait normalement conduire à prohiber toute expérimentation portant atteinte à l'intégrité de la personne humaine sans justification thérapeutique. Or, dans le même temps, la procédure d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament rendait nécessaire la réalisation de ce type d'expérience. Il fallait donc à la fois dépénaliser la recherche cognitive sur l'homme et mettre en place un dispositif de protection des personnes s'y prêtant. Une loi était le seul moyen pour, ainsi que l'avait énoncé le sénateur Claude Huriet, "*mettre fin à une situation juridique paradoxale qui, en France, n'assure pas la protection de l'individu, place*

chaque personne qui prend l'initiative de, dirige ou travaille à, l'expérience. Il s'agit d'une obligation et d'une responsabilité personnelles qui ne peuvent pas être déléguées impunément. 2. L'expérience doit être telle qu'elle produise des résultats avantageux pour le bien de la société, impossibles à obtenir par d'autres méthodes ou moyens d'étude, et pas aléatoires ou superflus par nature. 3. L'expérience doit être construite et fondée de façon telle sur les résultats de l'expérimentation animale et de la connaissance de l'histoire naturelle de la maladie ou autre problème à l'étude, que les résultats attendus justifient la réalisation de l'expérience. 4. L'expérience doit être conduite de façon telle que soient évitées toute souffrance et toute atteinte, physiques et mentales, non nécessaires. 5. Aucune expérience ne doit être conduite lorsqu'il y a une raison a priori de croire que la mort ou des blessures invalidantes surviendront ; sauf, peut-être, dans ces expériences où les médecins expérimentateurs servent aussi de sujets. 6. Le niveau des risques devant être pris ne doit jamais excéder celui de l'importance humanitaire du problème que doit résoudre l'expérience. 7. Les dispositions doivent être prises et les moyens fournis pour protéger le sujet d'expérience contre les éventualités, même ténues, de blessure, infirmité ou décès. 8. Les expériences ne doivent être pratiquées que par des personnes scientifiquement qualifiées. Le plus haut degré de compétence professionnelle doit être exigé tout au long de l'expérience, de tous ceux qui la dirigent ou y participent. 9. Dans le déroulement de l'expérience, le sujet humain doit être libre de mettre un terme à l'expérience s'il a atteint l'état physique ou mental où la continuation de l'expérience lui semble impossible. 10. Dans le déroulement de l'expérience, le scientifique qui en a la charge doit être prêt à l'interrompre à tout moment, s'il a été conduit à croire — dans l'exercice de la bonne foi, de la compétence du plus haut niveau et du jugement prudent qui sont requis de lui — qu'une continuation de l'expérience pourrait entraîner des blessures, l'invalidité ou la mort pour le sujet d'expérience. » In Philippe Amiel, François Vialla, La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du "code de Nuremberg" en France (1947-2007), *Rev. dr. sanit. et soc.* RDSS 2009;4:673-687.

le médecin dans une situation illégale et qui, plus particulièrement, porte préjudice à l'industrie pharmaceutique".

Cette loi a fait suite à un avis du 9 octobre 1984 du Comité consultatif national d'éthique qui préconisait d'organiser la vérification du caractère non nocif et l'évaluation de l'efficacité des nouveaux traitements. Il fallait donc pouvoir tester et étudier les effets de ces traitements. Cet avis avait déjà mis en exergue les deux grandes catégories de recherche pouvant exister : celles portant sur un individu malade qui peut espérer un effet bénéfique pour sa santé ; celles portant sur un individu sain, volontaire à une recherche, sans pouvoir espérer en retirer un quelconque bénéfice pour sa santé.

La loi Huriet a repris cette distinction et a prévu que « *les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice thérapeutique direct pour la personne qui s'y prête sont des recherches à finalité thérapeutique directe. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont sans finalité thérapeutique directe* ». L'article L. 1121-1 du code de la santé publique (ancien) distinguait donc deux types d'essais, thérapeutiques et scientifiques. Il était prévu que ces essais soient soumis, avant leur mise en œuvre, à l'avis d'un comité consultatif de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB). Enfin, lorsqu'il s'agissait d'essais sans bénéfice individuel direct, à visée scientifique, des contraintes particulières étaient imposées par le législateur puisque ce dernier obligeait que ces recherches soient pratiquées dans des lieux de recherche agréés. La loi de 1998 a enfin édicté trois principes essentiels : celui de la raison proportionnée (balance entre le risque et le bénéfice attendu), celui du consentement et celui de la gratuité.

595. Comme l'a souligné Madame Noémie KLEIN⁵¹³, « *le Comité consultatif national d'éthique avait fait remarquer, dans son rapport relatif au consentement éclairé et à l'information des patients qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, que la distinction entre les deux types de recherches, avec et sans bénéfice individuel direct, était difficile à établir. Selon lui, « cette précision serait pleinement rassurante si la distinction opérée par la loi Huriet entre "recherche avec bénéfice individuel direct" et "recherche sans bénéfice individuel direct" était claire* ». De plus, la lourdeur de la procédure réglementaire, notamment l'autorisation préalable des lieux de recherches sans bénéfice individuel direct, et

⁵¹² Loi n° 88-138 du 20 décembre 1988, dite loi Huriet-Serusetat.

⁵¹³ « *La justification médicale des atteintes au corps humain* », Thèse de doctorat, Noémie Klein, sous la direction de Patricia Hennion-Jacquet, 2010.

le rôle limité des comités de protection des personnes se prêtant à la recherche biomédicale rendaient une réforme nécessaire.

596. Il est vrai, la loi Huriet avait été pensée pour répondre aux besoins d'expérimentations relatives aux nouveaux médicaments, avant leur mise sur le marché. Cependant, son champ d'application a été ultérieurement étendu à d'autres types de recherches, telles celles portant sur les thérapeutiques non médicamenteuses et les recherches génétiques épidémiologiques ou physiopathologiques, sans que les particularités de celles-ci aient été prises en compte.

Par la suite, la loi du 29 juillet 1994 est venue renforcer les droits subjectifs des personnes se prêtant aux recherches médicales. C'est surtout la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 qui a réformé le droit de la recherche biomédicale en abandonnant la notion de bénéfice direct ou indirect. Une directive européenne du 4 avril 2001⁵¹⁴, bien que seulement relative aux essais cliniques de médicaments, a largement impulsé cette réforme. C'est à l'occasion de sa transposition que la loi du 11 août 2004 a réformé le régime juridique des expérimentations.

Jusqu'au 11 août 2004, l'ancien article L. 1121-1 du code de la santé publique disposait que : « *Les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes : "recherche biomédicale". Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête sont dénommées recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont dénommées sans bénéfice individuel direct* ».

Cette rédaction est abandonnée au profit de celle-ci : « *Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes "recherche biomédicale". Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas : 1° Aux 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° Aux recherches visant à évaluer les soins*

⁵¹⁴ Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avr. 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, JOCE L-121, 1er mai 2001.

courants, (...), 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 (...).

Il s'agissait finalement, dans la loi de 2004, de mettre à part du régime juridique des recherches, celles qui passaient inaperçues, c'est-à-dire celles pour lesquelles aucune ou très peu de conséquences étaient ressenties par la personne se prêtant à des recherches. On trouvait alors deux catégories : les recherches biomédicales et les recherches non biomédicales, ces dernières étant classées en deux catégories : les recherches visant à évaluer les soins courants et les recherches non interventionnelles ou observationnelles.

597. La loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 a considérablement refondu le régime juridique des recherches biomédicales puisqu'elle a redéfini les catégories de recherche en en créant trois. Le critère n'est plus le bénéfice ou non pour la personne, ni le fait que ces actes entrent dans le traitement courant ou non ; le critère est celui du degré d'atteinte au corps humain, c'est-à-dire le caractère plus ou moins interventionnel de la recherche sur l'intégrité de la personne. On revient dès lors au critère de l'article 16-3 du code civil relatif à l'atteinte à l'intégrité physique de la personne⁵¹⁵.

L'expression n'est d'ailleurs plus « recherche biomédicale » mais « recherche impliquant la personne humaine ». Le nouvel article L. 1121-1 du code de la santé publique prévoit trois catégories de recherches impliquant la personne humaine : d'abord les recherches interventionnelles qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle. L'état de santé ne justifie pas ici ni la prise de risque ni l'acte médical. C'est la recherche la plus invasive et la dérogation la plus manifeste à l'exigence de nécessité médicale pour la personne. L'intérêt thérapeutique d'autrui est alors futur et potentiel. Pour cette catégorie, la procédure de déclaration à l'Agence nationale de sécurité du médicament et

⁵¹⁵ Madame Dominique THOUVENIN écrit à ce sujet que : « *La loi du 5 mars 2012 a entendu créer un système unique construit par référence à la seule atteinte à l'intégrité physique d'une personne ; aussi distingue-t-elle les recherches interventionnelles des recherches non interventionnelles, tout en introduisant au sein des premières, une différence fondée sur une gradation des risques et des contraintes. Mais, sous couvert d'opposer l'intervention à son absence, il s'est agi en réalité d'écarter l'application aux recherches non interventionnelles des modalités de contrôle prévues par la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994. C'est pour cette raison qu'il fut prétendu qu'elles étaient dépourvues de cadre législatif. La création de cette nouvelle catégorie de recherches, présentée comme une innovation visant à combler un « vide juridique », met en cause la distinction existant entre les règles organisant les recherches pratiquées sur les personnes, et portant atteinte à leur intégrité physique et celles visant la collecte d'informations et de données personnelles de santé dont le traitement est nécessaire dans le cadre de diverses catégories de recherches et qui est susceptible d'entraîner une atteinte à l'intimité de leur vie privée », in « *La loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 : des recherches pratiquées sur la personne aux recherches avec la personne* », RDSS, 30/10/2012, n° 5, p. 787.*

des produits de santé ainsi que l'avis favorable du Comité de Protection des Personnes sont nécessaires (article L. 1121-4 du même code). Ensuite, les recherches interventionnelles qui ne portent pas sur des médicaments et ne comportent que des risques et des contraintes minimales, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, est la deuxième catégorie. Elle est également soumise à l'avis préalable du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Enfin, la dernière catégorie, la moins invasive, regroupe les recherches non interventionnelles dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle, sans procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic, de traitement ou de surveillance. On peut s'en étonner mais celles-ci ne nécessitent pas le recueil d'un consentement exprès de la personne. D'après l'article L. 1122-1-1 du même code, il est seulement nécessaire que la personne ne s'y soit pas opposée. Il est donc possible d'être inclus dans une recherche sans un consentement exprimé. C'est une nouveauté que d'insérer cette dernière catégorie dans la notion de « recherche », puisque jusque là, l'exclusion du groupe était la règle.

2°) *Les garde-fous ou garanties en l'absence de nécessité médicale pour la personne*

598. Certaines garanties sont mises en place pour compenser l'absence de nécessité médicale pour la personne de subir des actes invasifs. Selon l'article L. 1121-2 du code de la santé publique, aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :

- si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;
- si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;
- si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ;
- si la recherche biomédicale n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement.

599. Le même article comporte surtout un principe fondamental qui est que l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société. Enfin, le texte précise que la recherche biomédicale ne peut débiter que si l'ensemble de ces conditions sont remplies et que leur respect doit être constamment maintenu. La loi du 5 mars 2012 précitée, dont l'entrée en vigueur n'est pas encore déterminée, n'a apporté que quelques retouches formelles à ce texte, en substituant notamment l'expression "recherche impliquant la personne humaine" à celle de "recherche biomédicale" dans le premier alinéa in fine, sans que le sens du texte en soit modifié.

Le garde-fou majeur réside dans l'érection et la promotion du consentement de la personne se prêtant à des recherches « impliquant sa personne », selon le terme légal, au rang de fait justificatif (a), même si celui-ci connaît des atténuations (b). Enfin, les formes et les sanctions du recueil du consentement sont détaillées par la loi (c).

a) La règle du consentement

600. La loi du 20 décembre 1988 a été plusieurs fois modifiée, notamment par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, la loi n° 94-630 du 25 juillet 1994 et enfin la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite Kouchner, qui a renforcé les règles concernant le recueil du consentement de la personne et a prévu l'intervention d'une personne de confiance ou d'un proche lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté.

L'article L. 1122-1-1 du code de la santé publique prévoit que le consentement donné doit être libre et éclairé et qu'il doit être recueilli après que certaines informations aient été délivrées. L'alinéa 2 du même article prévoit à l'heure actuelle que le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur.

La loi du 5 mars 2012 précitée fixe désormais les modalités du recueil du consentement différentes selon la nature des recherches entreprises. En effet, l'article L. 1122-1 modifié, dont l'entrée en vigueur n'est pas encore déterminée, prévoit : « *Aucune recherche mentionnée au I° de l'article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli par écrit, après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1121-1.*

Lorsqu'il est impossible à la personne concernée d'exprimer son consentement par écrit, celui-ci peut être attesté par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 par un

membre de la famille ou, à défaut, par un des proches de la personne concernée, à condition que cette personne de confiance, ce membre ou ce proche soit indépendant de l'investigateur et du promoteur.

Aucune recherche mentionnée au 2° de l'article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre, éclairé et exprès. Aucune recherche mentionnée au 3° du même article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne lorsqu'elle s'y est opposée ». La charge de la preuve de l'acceptation du patient de participer à une telle recherche incombe à celui qui l'invoque. En pratique, c'est donc le médecin et l'équipe de celui-ci qui ont intérêt à établir les documents signés par la personne.

Dans le cas des recherches de catégorie 2 et 3, c'est-à-dire les recherches ne comportant que des risques et des contraintes minimales ne portant pas sur des médicaments, et les recherches non interventionnelles dans lesquelles tous les actes font partie de la prise en charge habituelle, l'écrit n'est pas exigé par la loi, celui-ci n'étant qu'un mode de preuve parmi d'autres, mais encore le plus prudent.

601. En tant que corollaire indispensable de l'obligation de recueillir le consentement, le médecin a l'obligation de lui délivrer un grand nombre d'informations. La délivrance de ces informations, parfois lourde pour les médecins, conditionne la réalité et la validité du consentement qui y est donné. Le consentement est donné en fonction de l'information délivrée. Pour cette raison, l'obligation d'information est essentielle et d'autant plus développée en matière de recherches.

C'est donc de façon préalable que l'investigateur ou le médecin qui le représente, doit faire connaître à la personne concernée les informations suivantes prévues par l'article L 1122-1 du code de la santé publique :

- 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'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Il l'informe également de

son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, qu'il détient ;

- Le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévue par le protocole et son inscription dans le fichier national.

602. La personne, dont le consentement est sollicitée, doit être, en outre, informée de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité⁵¹⁶.

La loi du 5 mars 2012 a renforcé l'information préalable puisqu'elle prévoit que la personne est informée de son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, détenues par l'investigateur ou, le cas échéant, le médecin ou la personne qualifiée qui le représente.

En outre, il est prévu que la personne dont la participation est sollicitée ou, le cas échéant, les personnes, organes ou autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche sont informés de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait.

C'est à l'investigateur qu'il appartient, avant la réalisation de la recherche, de fournir à la personne concernée ou à un tiers, les informations de nature à rendre le consentement libre et éclairé. Les conséquences de l'obligation d'information se retrouvent en termes de responsabilité, en cas de dommage moral par exemple⁵¹⁷.

603. C'est en principe la personne qui se prête à la recherche qui doit recevoir l'information prévue par l'article L. 1122-1 du code de la santé publique. Ainsi, la loi précise que les mineurs non émancipés, les majeurs protégés et les majeurs hors d'état de manifester leur consentement ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique doivent

⁵¹⁶ Art. L. 1122-1, al. 2 du CSP.

⁵¹⁷ CA Paris, 20 sept. 2011, n° 10/08854 ; JurisData n° 2011-024971 : C'est l'investigateur, en l'occurrence le médecin traitant, qui répond du dommage moral causé par la mise en oeuvre d'une recherche biomédicale d'urgence sans le consentement conforme de la famille ou de la personne de confiance désignée. En revanche, aucune conséquence dommageable n'est mise à la charge du promoteur dès lors que les conditions dans lesquelles le patient a été traité dans le cadre du protocole de recherche ne lui ont causé aucun dommage et qu'il n'est pas allégué que les conditions de mise en oeuvre du protocole n'auraient pas été conformes à celles qui ont motivé l'avis favorable du comité consultatif de protection des personnes dans la recherche médicale.

personnellement recevoir l'information prévue par les textes, adaptée à leur capacité de compréhension⁵¹⁸.

De même, lorsqu'à la date de la fin de la recherche la personne mineure qui s'y est prêtée a acquis la capacité juridique, elle devient personnellement destinataire de toute information communiquée par l'investigateur ou le promoteur⁵¹⁹.

b) Atténuations ou exceptions rares à la règle du consentement

604. À titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité⁵²⁰.

Cette règle n'est que l'application d'un principe plus général, édicté à l'article 35 du code de déontologie médicale et codifié à l'article R.4127-35 du code de la santé publique, au terme duquel le médecin peut, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes qu'il apprécie en conscience, le tenir dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Cependant, un décret du 7 mai 2012⁵²¹ portant réforme de la déontologie médicale a modifié l'alinéa 2 de l'article 35, aux termes duquel le médecin ne peut tenir un malade dans l'ignorance du diagnostic, qu'à la seule demande du patient. Il est assez étonnant d'imaginer un patient demandant à être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic dont il ne sait rien, dont il ne connaît ni la nature ni les conséquences possibles. Toujours est-il que la loi du 5 mars 2012, non encore en vigueur est déjà périmée sur ce point.

605. Enfin, des règles spécifiques ont été édictées pour certains domaines de recherche. S'agissant d'une recherche dans le domaine de la maïeutique (l'art de l'accouchement), l'investigateur peut confier à une sage-femme ou à un médecin le soin de communiquer à la personne qui se prête à cette recherche les informations susvisées et de recueillir son consentement⁵²². S'agissant d'une recherche dans le domaine de l'odontologie, la

⁵¹⁸ La loi du 5 mars 2012 a ajouté que la personne majeure qui est hors d'état de manifester son consentement est informée dès que possible si elle retrouve sa capacité à consentir. V. art. L. 1122-2, II, al. 6 du CSP.

⁵¹⁹ Art. L. 1122-2, I, dernier alinéa du CSP.

⁵²⁰ Art. L. 1122-1, al. 5 du CSP.

⁵²¹ Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 - art. 2.

⁵²² Art. L. 1122-1 alinéa 3 du CSP.

délivrance de l'information et le recueil du consentement la personne qui se prête à cette recherche peut être confiée à un chirurgien-dentiste ou à un médecin⁵²³. S'agissant d'une recherche en psychologie, son objectif, ainsi que sa méthodologie et sa durée, peuvent ne faire l'objet que d'une information préalable succincte dès lors que la recherche ne présente aucun risque sérieux prévisible. Une information complète sur cette recherche est fournie à l'issue de celle-ci. Le projet de recherche obligatoirement soumis au préalable au CPP mentionne la nature des informations préalables transmises aux personnes se prêtant à la recherche.

Enfin, le semblant d'exception a été posé par la loi du 5 mars 2012 qui a ajouté que lorsqu'une recherche non interventionnelle porte sur l'observance d'un traitement et que sa réalisation répond à une demande de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, de la Haute Autorité de santé ou de l'Agence européenne des médicaments, l'objectif de la recherche, sa méthodologie et sa durée peuvent ne faire l'objet que d'une information préalable succincte dès lors que la recherche ne présente aucun risque sérieux prévisible. Là aussi, le projet de recherche obligatoirement soumis au CPP mentionne également la nature de ces informations préalables.

c) Formes du consentement et sanctions

606. La forme des informations qui doivent être délivrées participe à la garantie mise en place pour pallier l'absence de nécessité médicale pour la personne. Conformément aux principes généraux qui régissent l'information médicale, celle-ci est délivrée au cours d'un entretien individuel⁵²⁴ mais en matière de recherche biomédicale, il est prévu, en outre, que les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité⁵²⁵.

Selon la jurisprudence, la personne victime d'un dommage ne peut prétendre ignorer les risques encourus⁵²⁶, dès lors qu'elle a reçu une notice d'information particulièrement détaillée décrivant les modalités thérapeutiques et les effets indésirables du traitement en indiquant qu'ils sont le plus souvent modérés et ne nécessitent pas l'arrêt du traitement, ce qui permet d'appréhender l'existence de quelques cas où ils ne le sont pas.

⁵²³ Art. L. 1122-1 alinéa 4 du CSP.

⁵²⁴ Art. L1111-2, alinéa 3 du CSP.

⁵²⁵ Art. L1122-1 dernier alinéa du CSP.

⁵²⁶ Cass. 1re civ., 14 janv. 2010, n° 08-21.683 : JurisData n° 2010-051122 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 86, note S. Hocquet-Berg.

607. L'exigence de consentement est protégée et renforcée par la mise en place de sanctions pénales. L'article 223-8 du code pénal sanctionne le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, selon les cas, d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. La loi précise que les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les personnes morales déclarées responsables des infractions définies par l'article précitée encourent, outre l'amende selon les modalités de l'article 131-38 du même code, les peines prévues par l'article 131-39 du code pénal (dissolution, fermeture, confiscation, diverses interdictions, etc.).

À titre d'exemple, se rend coupable de cette infraction, le médecin qui administre, pendant cinq jours, un nouveau produit faisant l'objet d'une étude destinée à en comparer les effets avec un médicament de référence sur un patient arrivé dans le service très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a pas été recueilli ni par écrit ni d'autre façon.

La chambre criminelle, dans un arrêt du 24 février 2009, a ainsi précisé que, si l'article 223-8 du code pénal n'impose pas un écrit signé par le patient pour prouver son accord à une recherche biomédicale, il n'en demeure pas moins que la preuve de l'acceptation du patient de participer à une telle recherche doit être rapportée⁵²⁷.

608. Une fois encore, on assiste à un phénomène juridique qui se vérifie : lorsque l'état de nécessité médicale de la personne ne justifie pas l'atteinte au corps, le consentement joue un rôle déterminant et fondamental. La justification ne pouvant tenir à une nécessité irrésistible à laquelle on est forcé de céder dans l'intérêt de la personne ; la légitimité des actes médicaux doit se trouver dans la volonté -pour ne pas dire bonne volonté- de la personne faisant l'objet des atteintes. Pour cette raison, le consentement, et l'information qui conditionne sa qualité, sont très encadrés et règlementés par le code de la santé publique.

Entre nécessité médicale et volonté : le principe des vases communicants s'applique. En effet, lorsqu'il n'y pas de nécessité médicale pour la personne, le consentement a un rôle plus important, en cela il est recueilli selon des formes plus exigeantes (par écrit notamment, après

⁵²⁷ Cass. crim., 24 févr. 2009, n° 08-84.436 ; JurisData n° 2009-047348 ; Bull. crim. 2009, n° 45.

une information des plus complètes). Le recueil du consentement est formalisé, non pas dans un but probatoire, mais dans un but de protection des personnes et de leurs corps.

Parallèlement lorsque l'on est confronté à une absence de consentement, voire à un refus de consentir, la nécessité médicale est mise en avant et joue un rôle plus important ; la nécessité médicale est alors utilisée comme moyen de légitimer une violation de l'intégrité corporelle qui n'est pas consentie ; certaines hypothèses étant légales (soins sous contrainte), d'autres illégales (affaire GLASS contre Royaume-Uni).

609. L'intérêt thérapeutique d'autrui désigne une seconde catégorie d'actes réglementée de façon similaire : les actes de détachement d'un élément ou d'un produit du corps humain dans l'intérêt direct d'une autre personne. Ce sont les dons et prélèvements d'organes et éléments du corps humain.

B. Le don et le prélèvement d'organes et éléments du corps humain

610. Le prélèvement d'organes et d'éléments divers du corps humain se fait toujours dans l'intérêt direct d'un receveur, qu'il s'agisse d'un foie, ou d'une partie du foie, ou bien encore de gamètes dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. L'état du droit positif est là encore en perpétuelle évolution, pour deux raisons principales ; d'abord la complexité et la technicité du domaine demandent une adaptation constante du droit (1°); ensuite, les demandes et les besoins en organes et autres éléments du corps humain (la moelle osseuse notamment) étant plus importants que l'offre, les autorités sont allées jusqu'à qualifier le don d'organes de « priorité de santé publique », ce qui conduit le droit à ouvrir toujours un peu davantage le champ des atteintes possibles au corps humain, en matière de prélèvements et de dons d'éléments du corps humain (2°).

1°) La constante évolution du droit en la matière

611. Les règles que la loi du 7 juillet 2011⁵²⁸ consacre aux organes et aux éléments du corps humain s'inscrivent dans la continuité de la politique législative initiée par la loi du 22 décembre 1976⁵²⁹ et poursuivie depuis sans relâche : améliorer les conditions du prélèvement d'organes et éléments du corps humain pour disposer d'un nombre de greffons

⁵²⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO 8 juillet 2011.

plus important. Le déroulement de la ratification de la convention d'Oviedo⁵³⁰ en est d'ailleurs une manifestation. Malgré sa signature en 1997, celle-ci n'a été ratifiée que le 13 décembre 2011, en raison notamment du blocage que celle-ci pouvait représenter en matière de progrès du clonage thérapeutique. Cette idée ayant été abandonnée, elle a été ratifiée sous la réserve de la réglementation du don de moelle osseuse par les personnes en vie, moins restrictif en droit interne que dans la convention. En effet, le don est toujours précédé d'un prélèvement, effectué sur une personne décédée (a) ou sur une personne vivante (b) et selon le cas, le régime juridique diffère.

a) Prélèvements post-mortem

612. La convention d'Oviedo, dans son article 19, prévoit que le prélèvement cadavérique doit être préféré au prélèvement sur donneurs vivants qui doit demeurer subsidiaire. En France, depuis 1976, la loi dispose que lorsqu'une personne est décédée, il peut être procédé au prélèvement de ses organes dès lors qu'elle ne l'a pas refusé de son vivant. Ce principe est désormais édicté et détaillé à l'article L. 1231-1, alinéa 2, du code de la santé publique. Malgré les réserves éthiques qu'il suscite⁵³¹, ce système du consentement présumé a été préféré à celui du consentement exprès qui aurait pu faire diminuer le nombre de prélèvements. L'article L. 1232-1, alinéa 2, du code de la santé publique prévoit que le refus du prélèvement peut être exprimé, du vivant de la personne, par tout moyen. Par conséquent, le refus peut être exprimé librement, soit oralement, par exemple dans le cadre de la vie familiale, soit par écrit. Il faudra en rapporter la preuve au moment du décès. Parmi les moyens mis à disposition pour l'expression du refus, la loi a institué un registre national automatisé⁵³² dont les modalités de fonctionnement ont été organisées par un décret du 30 mai 1997⁵³³.

Aujourd'hui, en vertu de l'article R. 1232-6 du code de la santé publique, toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre précité afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son

⁵²⁹ Loi n° 76-1181, 22 déc. 1976, JO 23 Décembre 1976.

⁵³⁰ 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, Oviedo, 4.IV.1997.

⁵³¹ V. notamment M. Vacquin, *Frankenstein ou les délires de la raison* : François Bourin 1989, p. 208

⁵³² Art. L. 1232-1, alinéa 2 du CSP.

⁵³³ D. n° 97-704, 30 mai 1997, relatif au registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes, de tissus et de cellules et modifiant le code de la santé publique ; JO 3 Juin 1997.

décès, soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas. La demande d'inscription sur le registre est adressée par voie postale à l'Agence de la biomédecine et doit être simplement datée, signée, et accompagnée d'un justificatif d'identité de l'auteur de la demande⁵³⁴. En toute logique, le code de la santé publique fait de l'interrogation du fichier national automatisé des refus un préalable obligatoire au prélèvement en des termes clairs : « *aucun prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques, ou aux fins de recherche des causes du décès, ou à d'autres fins scientifiques, ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de treize ans sans interrogation obligatoire et préalable du registre sur l'existence éventuelle d'un refus de prélèvement formulé par la personne décédée*⁵³⁵ ».

613. Dans ces hypothèses, un des faits justificatifs de l'acte médical n'est plus la nécessité médicale, mais une de ces dérogations : l'intérêt thérapeutique d'autrui. Afin de soigner autrui, la loi permet que l'on touche au corps humain d'une personne. De la même façon que pour le régime juridique des recherches impliquant la personne humaine, le consentement est mis en exergue, en tant que moyen de légitimer l'atteinte portée au corps humain. En l'absence de nécessité médicale, seule la volonté de la personne subissant l'atteinte consistant en un prélèvement, peut justifier et légitimer l'acte.

b) Prélèvements sur une personne vivante

614. Sous l'empire de la loi du 29 juillet 1994, le don d'organe n'était possible qu'au profit d'un père ou d'une mère, d'un fils ou d'une fille, d'un frère ou d'une sœur ou, en cas d'urgence seulement, au profit du conjoint (article L. 671-3 ancien du code de la santé publique). La loi du 6 août 2004 a procédé à une importante extension du cercle des donneurs en y incluant des collatéraux simples (cousins germains et cousines germaines, oncles et tantes) et des alliés (conjoint du père ou de la mère). Surtout, la loi a fait entrer dans le cercle des donneurs « *toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur* ». En procédant à cette extension, le législateur de 2004 avait semblé ne rien faire d'autre que constater une évidence : de plus en plus de personnes vivant en couple ne se marient pas, et rien ne justifie qu'elles soient exclues de la possibilité de témoigner de la générosité l'une pour l'autre. Toutefois, il faut rappeler que c'était la première hypothèse

⁵³⁴ Art. R. 1232-7 du CSP.

d'ouverture du don d'organes entre personnes vivantes à des personnes non liées l'une à l'autre par un lien juridique de parenté ou d'alliance. À l'époque, le projet de loi entendait aller plus loin, en proposant un critère général, l'existence d'un « *lien étroit et stable de nature à garantir le respect des principes généraux* »⁵³⁶ du don d'organe, mais le caractère imprécis de ce critère avait conduit à son rejet par les parlementaires. Preuve que seul le premier pas coûte, la loi du 7 juillet 2011 consacre une nouvelle extension pour les prélèvements sur donneurs vivants⁵³⁷ en incluant, dans cette catégorie désormais très ouverte, « *toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur* »⁵³⁸.

615. C'est donc à l'occasion du recueil du consentement par le Président du Tribunal de grande instance que le contrôle sera opéré par le magistrat⁵³⁹ qui pourra alors, puisqu'il s'agit de prouver un fait juridique, retenir tous les moyens probatoires. Comment se prouve un lien affectif étroit et stable ? Il peut s'agir d'un lien d'amitié et le lien conjugal n'est donc pas le seul concerné. La présence d'un magistrat est, à l'évidence, une garantie contre toute dérive du système. Mais il lui faudra être particulièrement vigilant pour déjouer d'éventuels montages visant à établir des amitiés de circonstances, car en matière de don d'organe, les risques de pressions et de tractations financières ne sont pas à écarter et on peut craindre que cette disposition n'ouvre une brèche dans la protection contre les trafics d'organes⁵⁴⁰. Pour preuve de l'existence de trafics, hors de nos frontières, l'article L. 1418-1-1, alinéa 3, 4° du code de la santé publique, créé par la loi du 7 juillet 2011, vise à renforcer le système de surveillance français du commerce de la transplantation d'organe à l'étranger, puisqu'il impose à l'Agence de biomédecine de dresser un état des lieux d'éventuels trafics d'organes et des mesures de lutte contre ces trafics., au sein de son rapport annuel d'activité.

⁵³⁵ Art. R. 1232-10 du CSP.

⁵³⁶ Doc. AN n° 3166, 2000-2001, p. 67.

⁵³⁷ Loi n° 2011-814, 7 juill. 2011, art. 7, 1°, a ; Art. L. 1231-1, alinéa 2 du CSP.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Art L. 1231-1, al. 4 du CSP.

⁵⁴⁰ Ainsi qu'il fut dit au Parlement « *s'il n'y a pas de trafics en France, c'est parce que la question ne se pose pas, la pratique du don d'organes hors du cercle familial n'étant pas autorisée par la loi. Aux États-Unis, où un lien affectif étroit suffit à autoriser le don entre vifs, un trafic organisé au sein de certains hôpitaux a été démantelé par le FBI ; des sanctions pénales ont été prononcées. Donc, ne soyons pas naïfs et prenons conscience du fait que des dérives peuvent se produire* » (Mme Nora Berra, JOAN, CR, 1^{ère} séance, 10 février 2011, p. 963).

616. S'agissant du prélèvement d'autres éléments du corps humain, la convention d'Oviedo, dont la ratification a été autorisée par l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 2011⁵⁴¹ et qui est entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 2012⁵⁴² prévoit un domaine moins étendu que celui du droit positif français pour le cas des prélèvements, en vue du don, des cellules de moelle osseuse. Cette ratification intervenue tardivement n'a donc pas eu pour effet de modifier le contenu du droit positif. Elle a toutefois modifié la hiérarchie de ces normes, puisque les principes de la convention d'Oviedo ont désormais une autorité supérieure à celle des lois internes. Lors de la ratification, la France a donc émis une seule réserve. Aux termes de celle-ci, la France appliquera la dérogation prévue à l'article 20, § 2 de la convention autorisant à titre exceptionnel le prélèvement de tissus régénérables sur les personnes n'ayant pas la capacité de consentir, aux personnes mineures, non seulement lorsque le receveur est un frère ou une sœur du donneur mais également lorsque le receveur est un cousin ou une cousine germaine, un oncle ou une tante, un neveu ou une nièce. En effet, le droit interne français est moins restrictif que la convention, puisque le don de cellules souches hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être effectué au bénéfice non seulement des frères et sœurs, ce qui est prévu par la Convention, mais également au bénéfice des cousins ou cousines, des oncles ou tantes, des neveux ou nièces. Une réserve similaire avait été antérieurement exprimée, sur le même sujet par quatre États : la Croatie, le Danemark, la Norvège et la Suisse⁵⁴³. Concrètement, cela étend le champ des atteintes possibles au corps d'une personne mineure consistant en un prélèvement de tissus régénérables, au regard de ce que prévoit le texte européen de valeur supérieure. C'est bien entendu l'intérêt thérapeutique d'autrui qui justifie une telle extension. L'intérêt thérapeutique d'autrui est une forme de nécessité médicale pour autrui, puisque, nous le rappelons, tout ce qui est « thérapeutique » est nécessairement « médical », l'inverse n'étant pas exact. Entre l'intérêt et la nécessité, une différence fondamentale existe ; toutefois, il est clair que dans ces hypothèses, les actes de transplantation ou de dons sont nécessaires à la santé des receveurs.

⁵⁴¹ Le 13 décembre 2011, M. Jean Leonetti, ministre chargé des Affaires européennes, a ratifié, à Strasbourg, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. La France est ainsi le 29^{ième} État à avoir ratifié cette convention, qu'elle avait signée à Oviedo le 4 avril 1997, avec 20 autres États membres du Conseil de l'Europe.

⁵⁴² Conformément aux stipulations de son article 33, § 4, la Convention, entre en vigueur à l'égard des États qui l'ont ratifiée, le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, c'est-à-dire, pour la France le 1er avril 2012.

⁵⁴³ « *Ratification de la convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente* », Jean-René Binet, La semaine juridique, éd. G., n° 1, 9 janvier 2012, p.3.

2°) Nouvelle possibilité du don croisé d'organes

617. Le décret du 7 septembre 2012⁵⁴⁴ relatif au prélèvement et à la greffe d'organes a pour objet de rendre applicable la possibilité d'opter pour un don croisé d'organes entre deux paires donneur-receveur quand le don n'est pas possible au sein de chaque paire.

En effet, il intervient en application de la dernière loi bioéthique du 7 juillet 2011⁵⁴⁵, celle-ci ayant intégré au sein de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique un alinéa précisant que : « *En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré [...], rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes* ». D'après ce texte, le don croisé consiste « *pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré [...], tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur* ».

Ce décret accroît en premier lieu les missions de l'Agence de la biomédecine et lui confie celle de gérer le registre des paires associant les donneurs vivants et receveurs potentiels ayant consenti à un don croisé d'organes⁵⁴⁶. Il inscrit également le recours au don croisé d'organes dans le cadre juridique et organisationnel existant en matière de dons d'organes par des personnes vivantes en précisant la procédure de consentement prévue à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique.

Un des points à souligner est que le donneur exprime son consentement à un don croisé comme à un don d'organe : devant le Président du tribunal de grande instance ou son délégué par simple requête ; si le recours à un don croisé est prévu, la requête doit en faire mention⁵⁴⁷ et, « *en cas de recours à un don croisé d'organes, le médecin responsable de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé transmet à l'Agence de la biomédecine une copie de l'acte par lequel a été recueilli le consentement du donneur aux fins d'inscription dans le registre des paires [...], ainsi qu'une copie de l'autorisation de prélèvement accordée par le comité d'experts compétent, lorsque cette autorisation est requise* ». C'est après réception de ces documents que l'Agence pourra émettre une

⁵⁴⁴ Décret n° 2012-1035 du 7 septembre 2012 relatif au prélèvement et à la greffe d'organes.

⁵⁴⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO 8 juillet 2011.

⁵⁴⁶ Nouvel art. R. 1418-1 du CSP.

⁵⁴⁷ Art. R. 1231-2 du CSP modifié.

proposition d'appariement de donneurs vivants et de receveurs potentiels, proposition alors transmise au médecin responsable de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé.

Ces modifications sont entrées en vigueur le lendemain de la publication du décret soit le 10 septembre 2012. Elles confortent l'idée selon laquelle la condition déterminante tient au recueil du consentement en l'absence de nécessité médicale pour la personne subissant l'atteinte. Etant donné qu'un seul des deux critères légaux subsiste pour justifier l'atteinte corporelle, celui de la volonté, il est particulièrement mis en avant par la législation et la réglementation.

618. À la question du prélèvement et du don d'organes et des éléments du corps humain, est associée la possibilité d'avoir recours à une fécondation in vitro pour « sélectionner » un embryon exempt de gène comportant une maladie grave et compatible avec son frère ou sa sœur atteint de ladite pathologie. Le diagnostic préimplantatoire permet de choisir un embryon plutôt qu'un autre dans le but de guérir son frère ou sa sœur en procédant ensuite à des dons de moelle osseuse par exemple. Ce don est rendu possible par le diagnostic avant implantation et par la possibilité légale de sélectionner un embryon. Le diagnostic est en lui-même un acte invasif et attentatoire à l'intégrité de l'embryon ; toutefois c'est la question de la sélection qui pose le plus de difficultés morales. C'est bien l'état de nécessité thérapeutique (et donc médicale) du frère ou de la sœur qui légitime l'acte de diagnostic précédant l'implantation et la sélection qui en découle. Cette hypothèse est couramment appelée « le bébé médicament ». Il s'agit encore une fois d'une dérogation à la nécessité médicale pour la personne (ici encore embryon) à travers la possibilité d'attenter au corps humain au motif de l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Etant donné qu'il doit s'agir d'hypothèses exceptionnelles, celles-ci doivent être encadrées par la loi. Ainsi, la possibilité de la sélection de l'embryon avant implantation et après diagnostic génétique, a été légalisée par la loi « bioéthique » de 2004 mise en application par un décret en 2006.

Au sein du chapitre relatif aux diagnostics anténataux, c'est l'article L. 2131-4-1 du code de la santé publique qui prévoit que :

« Par dérogation au sixième alinéa de l'article L. 2131-4⁵⁴⁸, et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7⁵⁴⁹, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

-le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ;

-le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero, conformément à l'article 16-3 du code civil ;

-le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

La réalisation du diagnostic est soumise à la délivrance d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine, qui en rend compte dans son rapport public conformément à l'article L. 1418-1. Cette autorisation est subordonnée au respect des dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-3. »

619. Le consentement des parents, donné par écrit, et l'autorisation de l'Agence de biomédecine sont autant de garanties aménagées dans ce cas exceptionnel.

Il est assez étonnant de constater que le législateur a considéré être en conformité avec l'article 16-3 du code civil au motif que la thérapeutique mise en place par la suite ne portera pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né de ce procédé. Seul le sang de cordon ombilical, qui ne fait donc pas partie du corps du bébé (à partir de la naissance à tout le moins), est utilisé pour guérir la fratrie. Pour autant, le diagnostic préimplantatoire est rendu possible par le prélèvement de cellules de l'embryon ; ce faisant l'atteinte à l'intégrité de l'embryon est, elle, bien caractérisée.

Le premier enfant né selon ce procédé, a vu le jour le 26 janvier 2011 en France à l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart (Hauts-de-Seine). Sa naissance, et plus précisément le

⁵⁴⁸ Cet alinéa prévoit que le diagnostic préimplantatoire ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

⁵⁴⁹ Articles relatifs aux conditions de prélèvements et de collecte des tissus, cellules, produits du corps humain et leurs dérivés.

sang de son cordon ombilical, permettra de soigner l'un de ses aînés pour lequel il est un donneur compatible. Il est indemne d'une grave maladie dont souffrent ses aînés, la bêta-thalassémie, dont il existe des variantes plus ou moins sévères, due à un gène commandant la production d'un composant essentiel de l'hémoglobine qui transporte l'oxygène dans les globules rouges. Cet enfant que les spécialistes appellent "*bébé du double espoir*", est né par fécondation in vitro après un double diagnostic génétique préimplantatoire permettant le choix des embryons. Cette procédure de double diagnostic a permis de s'assurer d'une part que l'enfant était indemne de la grave maladie génétique dont souffrent les premiers enfants de la famille, mais aussi qu'il pouvait être donneur compatible avec l'un de ses aînés malades. Cette compatibilité tissulaire permet d'envisager ultérieurement une greffe de sang du cordon ombilical qui a été prélevé après sa naissance, afin de soigner un de ses aînés. D'autres naissances de ce genre ont déjà eu lieu dans le monde, mais c'est la première fois en France. Les Etats-Unis ont commencé il y a une dizaine d'années, et quelques naissances ont été signalées plus récemment en Belgique et en Espagne⁵⁵⁰.

620. En l'absence de nécessité médicale pour la personne dont le corps est altéré par l'acte médical, le législateur mais aussi le pouvoir réglementaire, à travers les décrets qui jouent un rôle majeur dans ce régime juridique, essaient de mettre en œuvre des garanties de protection pour la personne, faisant alors office de justification, bien que le véritable « fait justificatif » au sens pénal du terme réside dans la permission de la loi.

621. En conclusion, est mis en place un palliatif à l'absence totale de nécessité médicale pour la personne : un consentement formalisé. Est-ce suffisant ? La tendance marquée dans l'évolution du droit ne va-t-elle pas conduire à emprunter les chemins de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'autodétermination ? Quelle sera la limite au critère de la volonté ? Les dangers majeurs ont été dénoncés par la doctrine. Le législateur et les politiques entendent-ils ces impérieuses réserves ? Madame Muriel FABRE-MAGNAN a expliqué dans une démonstration fort convaincante qui ne peut être que fadement répétée par un extrait et non l'intégralité de celle-ci, que les droits fondamentaux seraient vidés de toute portée si le consentement suffisait à se dispenser de les respecter :

⁵⁵⁰ En Espagne, le premier enfant né de ce procédé, a vu le jour en octobre 2008, et a permis grâce au sang de son cordon ombilical de guérir son aîné souffrant également d'une bêta-thalassémie majeure. L'aîné n'a plus besoin des transfusions sanguines, auparavant nécessaires pour le maintenir en vie.

« Le droit ne peut évidemment tout abandonner aux consentements individuels, et on assiste aujourd'hui à un bien inquiétant retour en arrière. On oublie que des matières comme le droit du travail se sont précisément forgées sur la conscience que tout ne devait pas céder en cas de consentement du salarié : il est indifférent que celui-ci accepte de travailler en infraction aux règles de sécurité, ou encore dans des conditions dangereuses pour sa santé, non seulement parce que le consentement d'une personne en état de dépendance est fragile, mais aussi parce que le droit a pour objet d'instituer un environnement qui permette la protection de la sécurité physique des personnes. Le droit du travail perdrait tout son sens si les employeurs pouvaient s'en dispenser en obtenant le consentement de leurs salariés, et c'est d'ailleurs une tendance qui commence à s'y manifester⁵⁵¹. Dans le domaine sexuel et privé comme dans le domaine économique et social, le libéralisme est de la même façon destructeur lorsqu'il est sans limite⁵⁵², et conduit tout aussi sûrement à assurer la domination des forts sur les plus faibles qui sont toujours ceux qui consentent⁵⁵³ ; on a pu ainsi justement soutenir qu'il y avait toujours de l'aliénation dans le consentement⁵⁵⁴. L'auteur conclut aux dangers de céder à une définition utilitariste du droit.

Elle appelle également à une grande prudence dans la prise en compte trop absolue du consentement d'une personne placée dans une situation particulière ou de vulnérabilité :

« Le consentement est aujourd'hui considéré de façon générale en maints domaines comme un sésame (notamment en matière médicale), et la définition qu'on en retient renvoie à une vision bien éthérée de l'être humain, considéré comme omniscient et surtout transparent à lui-même, c'est-à-dire bien sûr sans inconscient ».

622. Bien que l'intérêt thérapeutique d'autrui soit énoncé dans le texte de loi au titre d'exception à la nécessité médicale, l'ensemble du paysage juridique entourant la notion de nécessité médicale démontre à quel point celle-ci est vidée de son sens. Un tel nombre de dérogations, qu'elles soient pertinentes et légitimes ou non –là n'est pas la question- ont

⁵⁵¹ L'auteur renvoie, parmi de nombreux exemples, à l'art. 95 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME qui élargit la possibilité de recourir à des conventions de forfait en jours aux salariés non cadres « à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit » (art. L. 212-15-3 du code du travail).

⁵⁵² V. le renvoi de l'auteur : J.-L. Renchon, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Entre ius commune et droit privé européen*, sous la dir. A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 291.

⁵⁵³ V. le renvoi de l'auteur : A. Supiot, « « Homo Juridicus », *Essai sur la fonction anthropologique du droit* », Seuil, 2005, p. 79.

⁵⁵⁴ V. le renvoi de l'auteur : M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1995, p. 573.

nécessairement pour conséquence de rendre la notion de nécessité médicale parfaitement inefficace. L'absence de portée de la notion, du fait de ces dérogations prédominantes très nombreuses, constitue l'enseignement majeur de cet « usage » de la notion.

623. Certes, il peut paraître inexact de qualifier d'« usage de la notion » un ensemble de dérogations portées à celle-ci. Toutefois, si les dérogations ne sont pas l'usage, elles font ressortir l'usage qui est fait de la notion, en pratique. Elles permettent de constater le non-usage qui est, par définition, une façon d'utiliser une chose ou un concept. L'effectivité de la notion est ainsi mise au jour. La nécessité médicale n'a été posée par le législateur comme principe fondamental que pour pouvoir appeler les dérogations des « dérogations ». Cette notion n'empêche en rien les dérogations. C'est l'enseignement qu'il faut tirer de ces développements.

624. Pour compléter cette analyse, il est fort à propos d'examiner les ultimes dérogations qui ne sont pas du domaine des actes légaux. Il demeure des actes qui ne répondent pas a priori à un état de nécessité médicale. Ces actes pourraient tout à fait devenir des actes « médicaux » au sens où ils seraient encadrés et exercés par des professionnels de santé, selon la même évolution qu'a connue la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, par exemple.

Section 2 : Le contournement encore prohibé de l'exigence de nécessité médicale : les hypothèses non autorisées

625. Contournement ou interprétation ? Il peut également s'agir d'une interprétation encore prohibée de la nécessité médicale. En effet, l'élasticité de sa définition permet d'envisager que certains de ces actes soient, à plus ou moins brève échéance, considérés comme des actes médicalement nécessaires pour la personne, ou pour autrui.

Les actes juridiquement prohibés sont autant de limites à la liberté de disposer de son corps. Comme l'a très justement souligné Mme FABRE-MAGNAN, « *Loin d'être des entraves, les limites sont les conditions de la liberté* ». En effet, cet auteur considère : « *Aucune liberté ne saurait être absolue. Si le rôle du droit est de poser des limites, ces*

*limites ne sont pas des entraves dont il faudrait essayer de se débarrasser toujours davantage, mais des conditions mêmes de l'institution de la liberté*⁵⁵⁵ ».

Les actes attentatoires au corps humain qui sont actuellement prohibés par le droit français le seraient donc en tant que conditions de l'institution de la liberté. Il s'agit essentiellement de la prohibition de l'euthanasie, qui ne connaît pas au regard du droit pénal de fait justificatif reconnu, de l'interdiction de la grossesse, voire de la maternité, pour autrui ainsi que de l'interdiction du clonage de l'être humain.

626. Le motif de la prohibition est difficile à déterminer ; peut-être parce qu'il est plural. La préservation de la liberté semble être paradoxalement peut-être une première piste de réflexion. La préservation de la liberté est étroitement liée au principe directeur, d'orientation, de la dignité en droit⁵⁵⁶. La dignité de la personne humaine est incontestablement un moteur de l'érection des règles contenues aux articles 16 et suivants du code civil protégeant la personne humaine. On comprend que la préservation de la dignité de l'être humain commande de ne pas autoriser la gestation pour autrui ou le clonage, ou encore l'euthanasie. Pourtant, certains partisans de la légalisation de la pratique de l'euthanasie prônent le respect de la dignité de la personne humaine comme étant le fondement de l'acte d'euthanasie, permettant de mourir en conservant sa dignité. La définition du concept de dignité est alors essentielle ; celle-ci peut résulter d'un choix entre dignité objective et dignité subjective. Ce principe peut s'entendre comme étant universel et ne laissant place à aucune liberté d'appréciation, et dont l'appréhension serait essentiellement d'origine étatique (par référence à la moralité et à l'ordre public) ; il peut également se concevoir comme un concept transcendant la personne humaine car révélant son humanité, mais pour lequel une marge d'appréciation de l'individu lui-même serait aménageable. En réalité, et en dehors de toute considération juridique, la dignité n'est à la disposition de personne, ni de l'Etat ni de l'individu, puisqu'elle fait de l'homme ce qui le rend homme. Elle dépasse donc à la fois l'individu et à la collectivité et ne peut être qu'un principe directionnel et d'orientation du droit.

Un motif plus tangible que la dignité peut être envisagé. Le motif de la prohibition de ces actes tient également à l'apparente absence de nécessité médicale de ces pratiques pour les

⁵⁵⁵ Entretien avec Muriel Fabre-Magnan, Journal *Le Point*, juillet-août 2006, hors série n° 9, p. 116.

⁵⁵⁶ Sur cette réflexion délicate, v. notamment « *Réflexions sur l'inhumain et le droit, le droit en quête d'humanité* », Catherine Sévely-Fournié, Revue de science criminelle, 2005, p. 483.

personnes subissant l'atteinte corporelle. L'acte n'est pas médicalement nécessaire pour la santé de la personne. Ainsi, la femme qui consent à mener une grossesse dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple, et donc à donner l'enfant qu'elle a porté, ne présente aucun état de nécessité médicale de subir la grossesse pour autrui. De même, la personne qui solliciterait autrui par une demande d'euthanasie, n'est pas, a priori, dans un état qui nécessiterait médicalement une euthanasie, au sens où l'euthanasie permettrait sa guérison. On devine déjà l'interprétation possible de la notion d'état de nécessité médicale.

627. S'il demeure des actes prohibés expressément par le droit, le caractère malléable de la notion de nécessité médicale permet d'imaginer leur autorisation à plus ou moins court terme. Ainsi, la législation relative à l'euthanasie a évolué durant la dernière décennie tandis que le débat sur la question fait toujours couler beaucoup d'encre (§1). La possibilité du clonage à visée thérapeutique est désormais intimement liée à la recherche sur l'embryon, qui elle aussi a connu quelques évolutions (§2). Enfin, la demande de légalisation de la pratique des mères porteuses en France, se fait de plus en plus pressante. Les études parlementaires sur ce thème démontrent le questionnement des pouvoirs publics sur l'opportunité d'autoriser la gestation pour autrui (§3). Là encore, la notion de nécessité médicale ne paraît être d'aucun secours pour porter une limite de principe à cette demande.

§1. *La prohibition de l'euthanasie à l'épreuve de la notion de nécessité médicale*

628. Pour démontrer l'utilisation indésirable voire néfaste qui peut être faite de la notion de nécessité médicale, le cas de l'euthanasie est éloquent. L'utilisation peut être insatisfaisante dans cette hypothèse à cause de l'indétermination et du flou qui caractérisent la notion de nécessité médicale. La première partie de l'étude a consisté en l'étude de la notion et de sa potentialité de définition. Elle a permis de conclure au caractère malléable de la définition de la notion, due essentiellement au terme « médical » ; le terme nécessité étant également pourvu d'un double sens, à la fois strict et large. Malgré tout ce potentiel de définition, le caractère contradictoire de ces définitions a emporté une conséquence inéluctable : il en est résulté une notion molle et inconsistante. L'inconsistance a pour effet de pouvoir diriger le sens de la notion dans une direction plutôt qu'une autre. La définition de la notion étant alors maîtrisée par celui qui apprécie son état.

629. Le cas de l'euthanasie permet de démontrer que la notion de nécessité médicale peut être tantôt utilisée dans un sens, tantôt dans un sens contraire. Il est en effet possible de présenter une argumentation aboutissant à l'absence de nécessité médicale de la demande d'euthanasie. Quelle nécessité médicale pour la personne d'aboutir à la mort ? Le but de la médecine est précisément à l'inverse : la recherche de la survie et de la guérison. Dès lors, comment, dans certains cas, le but de l'acte médical peut-il être de donner la mort ? En appliquant les principes de la médecine, notamment le serment d'Hippocrate, il ne peut être médicalement nécessaire de mourir.

L'argumentation contraire sur le fondement de la nécessité médicale est tout à fait envisageable. En effet, la médecine d'aujourd'hui n'a pas seulement pour but de guérir et de permettre la survie. Elle a également pour mission, supplétive il semble, de soulager les souffrances tant physiques que psychiques du patient et de sauvegarder sa dignité. Les dernières évolutions du droit positif sont sans conteste dans cette tendance⁵⁵⁷, le droit d'accéder à des soins palliatifs étant désormais un droit à part entière pour le patient.

Les questions qui se posent dès lors sont les suivantes : le droit de soulager ses souffrances tel que défini, à l'heure actuelle, par le code de la santé publique, peut-il s'entendre comme englobant le moyen de la mort ? Il ne semble pas que cela soit la définition de l'article L. 1110-10 qui désigne les soins palliatifs comme 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* ». L'objectif de sauvegarde de la dignité plaiderait en faveur d'une réponse positive ; Il ne serait pas « humain » d'atteindre un tel stade de souffrances. Cependant, le caractère continu des soins ferait pencher pour une réponse négative.

La deuxième question réside dans la balance des droits : le droit de soulager ses souffrances et de mourir en toute dignité, s'il contenait le moyen de la mort, comme étant le seul moyen restant (en cela il répondrait à la condition de « nécessité »), prévaudrait-il sur la raison d'être de la médecine, qui est de sauvegarder la vie ?

⁵⁵⁷ Art. L.1111-3 CSP : « **Toute personne malade dont l'état le requiert a droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement** » (loi 7 juin 1999). L'article L 1110-5 CSP affirme que « *Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort* », la mise en œuvre de ce principe ayant été précisée par la loi du 22 avril 2005 sur la fin de vie. L'article L. 1110-10 du CSP définit les soins palliatifs : « *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* ».

Seule la situation dans laquelle la mort est la seule et unique voie envisageable pour aboutir au « résultat » espéré : c'est-à-dire l'absence de douleur et de souffrance et une mort digne peut permettre de répondre par l'affirmative. Dans ce cas, l'acte d'euthanasie (qui englobe toujours des soins palliatifs d'ailleurs) est un acte médicalement nécessaire, car étant le seul acte permettant l'arrêt des souffrances et la mort digne.

Certes, le moyen utilisé pour parvenir au bien d'une personne est par nature l'exact opposé du bien de la personne.

Les arguments en défaveur d'une « légalisation » ou d'une « autorisation » de l'euthanasie ou encore d'une « exception » d'euthanasie sont nombreux ; ils ne sont toutefois pas utiles à l'essai de démonstration.

En revanche, prétendre que la nécessité médicale pourrait tout à fait permettre à elle seule de voir « dépenaliser » l'euthanasie mérite que la législation actuelle applicable aux actes d'euthanasie soit brièvement présentée (A) avant d'envisager les fondements possible d'une autorisation d'euthanasie (B).

A. *Droit positif en matière d'euthanasie largo sensu*

630. Sans s'attarder sur la définition du terme « euthanasie », il importe de souligner que son sens a considérablement évolué⁵⁵⁸. Ce terme est emprunté au grec tardif et signifie à l'origine « mort douce et facile » ou encore « bonne mort ». D'abord relevé au sens de l'« art de rendre la mort douce », puis sorti d'usage comme terme de philosophie⁵⁵⁹, le mot a été réemprunté à l'anglais à la fin du 19^{ième} siècle avec la traduction, en 1889, d'un livre de William MUNK par W. GENT sous le titre : « *Euthanasie ou traitement médical pour procurer une mort facile et sans douleur* ». Cet emploi du mot s'est répandu au 20^{ième} siècle dans la langue courante. Il a toutefois connu une évolution à connotation négative.

631. Une distinction fréquemment rencontrée est celle établie entre euthanasie passive et euthanasie active. Cette sémantique présente l'avantage d'illustrer la réalité des pratiques. C'est un comportement passif du milieu médical qui permet de parvenir au décès de la personne. En d'autres termes, l'absence de traitement, et donc l'abstention du corps médical permet l'euthanasie passive : il peut s'agir, par exemple, de débrancher une

⁵⁵⁸ V. Dictionnaire historique de la langue française, *op.cit.*

⁵⁵⁹ Notamment par le philosophe anglais Francis Bacon (1561-1626).

ventilation mécanique et non naturelle ou d'arrêter les perfusions qui nourrissent la personne ou encore de ne pas réanimer une personne en arrêt cardiaque. Aucun tiers ne donne véritablement la mort ; cependant, l'absence d'action du corps médical entraîne la mort « naturelle » de l'individu. Dans ces hypothèses, l'abstention a été demandée par la personne moribonde ou en état grave et incurable. Sous l'expression impressionnante d' « euthanasie passive », c'est en fait d'arrêt des soins dont il est question. La ventilation mécanique de la personne dans le coma ou consciente mais incapable de respirer par elle-même constitue un soin, tout comme l'alimentation par perfusion ou la réanimation. De ce point de vue et si l'on s'en réfère au droit positif, la pratique de ces actes d'arrêt de soins, parfois appelée « euthanasie passive » est désormais tout à fait licite et autorisée. On serait tenté d'affirmer que depuis 1994, le principe du consentement préalable étant inscrit à l'article 16-3 du code civil, tout acte de soin atteignant le corps devait recevoir l'aval de la personne. A contrario, tout refus devait être respecté. La pratique médicale, sous couvert d'appliquer d'autres principes, a longtemps refusé de respecter ces demandes, en prenant pour argument la nécessité thérapeutique ou parfois seulement médicale. Depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, le principe ayant été réaffirmé et le cas du refus expressément envisagé, mais également depuis la loi du 22 avril 2005 sur la fin de vie, le refus de soins de la personne, qu'elle soit en état de guérir ou non, doit être respecté, en remplissant parfois certaines conditions, tenant notamment à l'obligation d'information et au respect d'un délai raisonnable.

632. Cette « reconnaissance » du droit de refuser tout type de soins constitue davantage un rappel insistant d'un principe mal appliqué. Ce droit n'est que l'expression de l'inviolabilité du corps humain et ne correspond pas à un acte d'euthanasie au sens où on l'entend communément. Ce droit correspond entre autres choses, au droit d'arrêter certains soins ou tous les soins dispensés. De plus, lorsque le refus de soins entraîne la mort de la personne, celle-ci est en droit de se voir délivrer des soins palliatifs pour aller vers la mort avec le moins de douleur possible. La loi du 22 avril 2005 relative à la fin de vie, ainsi que les trois décrets du 6 février 2006 relatifs aux directives anticipées, aux soins palliatifs et à l'arrêt des soins, sont allés encore plus loin en permettant au médecin de délivrer des produits dont la finalité est d'alléger la douleur du moribond, mais dont l'effet secondaire peut être d'abrèger la vie.

Il est bien connu que les médicaments tels que la morphine et ses dérivés ont pour fonction d'apaiser des douleurs aiguës et qu'à certaines doses, sur une période plus longue, ils

peuvent également avoir pour effet d'écourter la vie⁵⁶⁰. Cela sous-entend que pour apaiser les souffrances endurées, les produits disponibles sont parfois eux-mêmes à effet euthanasique.

Autoriser expressément dans la loi ce que certains dénomment « le traitement à double effet », est déjà un premier pas vers l'autorisation de l'euthanasie « active ». Ce texte constitue ni plus ni moins une permission de la loi pour les médecins qui souhaitent faire bénéficier leurs patients de cette possibilité. Là aussi, le médecin reste bien évidemment libre de dispenser la médication qu'il estime « nécessaire ».

633. Au moment, où la loi Léonetti relative à la fin de vie était en discussion au Parlement, la Société Française d'Anesthésie et de Réanimation (SFAR) s'exprimait en ces termes⁵⁶¹ : « Une (...) confusion fréquente est celle faite entre le raccourcissement de la vie et l'utilisation d'analgésiques morphiniques chez des patients souffrant, par exemple, de leur cancer en phase terminale. L'utilisation de la théorie du « double effet » a été qualifiée par certains d'hypocrisie servant à masquer l'euthanasie. Plutôt que d'entrer dans une telle discussion, la SFAR préfère rappeler qu'il a au contraire été montré d'une part, que le soulagement de la douleur par de tels médicaments n'était pas accompagné d'une surmortalité et, d'autre part, que la persistance de cette notion était à l'origine de souffrances, car des médecins comme des personnes malades renonçaient à l'usage de la morphine parce qu'ils craignaient un « double effet ». Cette ambiguïté agit donc en sens contraire du but recherché, soulager la douleur, et il convient de la lever. ».

La SFAR n'indique pas pour autant que l'effet secondaire n'est pas scientifiquement fondé. Elle indique que cet effet secondaire est instrumentalisé et qu'il n'aboutit pas en pratique à une « surmortalité », sans que l'on sache clairement à quoi il est fait référence. Il est probable que la SFAR, cherche à désamorcer les critiques tenant à une utilisation abusive de la possibilité légale du traitement à double effet en tant que moyen d'euthanasie active.

⁵⁶⁰ V. sur cette question et pour une opinion différente, « *Le double effet de la morphine : une notion qui mérite d'être abandonnée* », par André Lienhart, Anesthésiste-réanimateur, in *Médecine & Droit*, 2006, p.62. Ce dernier écrit que l'association entre mort et morphine fait que certaines personnes malades préfèrent renoncer au soulagement, parfois encouragées par leur médecin, ignorant l'état actuel de la science. Selon lui, la proportionnalité, utilisée pour juger de la légitime défense, est également un des fondements physiologiques et pharmacologiques du traitement de la douleur : « *Une dose qui ferait arrêter de respirer une personne bien portante n'a pas cet inconvénient chez celui dont la douleur est majeure. Ce maniement s'apprend. Le médecin doit s'assurer de l'efficacité du traitement de toute souffrance. La posologie des morphiniques ou des sédatifs mérite d'être adaptée à la variabilité de la réponse individuelle : la bonne dose ne se lit pas dans les livres mais sur le visage du patient. L'utilisation d'une titration et d'une échelle de la douleur permet de soulager la souffrance sans donner intentionnellement la mort. Et le niveau de soulagement est soumis à la seule appréciation de la personne en état d'exprimer sa volonté.* ».

⁵⁶¹ http://www.sfar.org/s/article.php3?id_article=235

634. En toutes hypothèses, il faut déduire du droit positif que l'arrêt de soins ainsi que la délivrance de traitement palliatif à effet létal, bien que secondaire, sont autorisés par le code de la santé publique.

635. En revanche, l'euthanasie « active » qui consiste à délivrer un produit ayant pour fonction première et effet premier d'entraîner le décès de la personne demeure encore prohibée par le droit positif, et incriminé par les textes du code pénal au titre de l'homicide volontaire. Il s'agit essentiellement d'injection de barbituriques dont la forme peut être variée : pentobarbital de sodium, thiopental, pancuronium et chlorure de potassium, pour ne citer que les formules les plus connues⁵⁶².

B. Fondements possibles de l'autorisation d'euthanasie « active »

636. Certains auteurs prêchent que, sans légaliser la pratique, une « exception » d'euthanasie, au sens où l'a développé le Comité consultatif national d'éthique⁵⁶³, serait souhaitable⁵⁶⁴. Selon l'avis du CCNE intitulé « *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie* », les juridictions pénales doivent disposer d'un moyen juridique pour faire exception à l'interdit de principe et ne pas retenir la responsabilité de certains auteurs d'infractions. Le CCNE s'essaie donc à poser les jalons et les critères d'une telle permission de la loi : dès le stade de l'instruction, une Commission interdisciplinaire⁵⁶⁵ pourrait être saisie, avec mission d'étudier les mobiles de l'intéressé (« *souci d'abrèger les souffrances, respect d'une demande formulée par le patient, compassion face à l'inéluctable* » selon le CCNE), le juge restant bien entendu maître de sa décision.

⁵⁶² Le pentobarbital de sodium étant le produit utilisé pour l'aide au suicide autorisée en Suisse, le thiopental, le pancuronium et le chlorure de potassium sont les trois produits administrés à un condamné à mort dans l'Etat de l'Oklahoma.

⁵⁶³ Avis du CCNE du 3 mars 2000, intitulé « *Fin de vie, arrêt de vie et euthanasie* », n° 63.

⁵⁶⁴ *Contra* Bérengère Legros, *Sur l'opportunité d'instituer une exception d'euthanasie en droit français*, Médecine et Droit, n°46, 2001, p.7.

⁵⁶⁵ Cette Commission n'est pas sans rappeler celles mises en œuvre en droit belge et en droit néerlandais. En Belgique, depuis la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, une Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie, composé de seize membres nommés dont huit sont docteurs en médecine, quatre professeurs de droit en université ou avocats et quatre issus des milieux chargés de la problématique des malades atteints d'une maladie incurable. Cette Commission examine, à une fréquence d'une fois par mois les formulaires d'enregistrement complétés et communiqués par les médecins chaque fois qu'ils ont pratiqué une euthanasie. La Commission vérifie le respect des conditions et la procédure prévues par la loi, sachant que la déclaration comporte deux volets, dont un qui est anonyme. Si la Commission n'est pas convaincue par la

637. En effet, on imagine que cette exception ferait fonction de fait justificatif, au même titre que la contrainte ou la permission de la loi. Dans ce raisonnement, l'interdiction de principe perdurerait ; toutefois, l'euthanasie pourrait être un moyen de défense⁵⁶⁶, moyennant le respect de certaines conditions définies par la loi. Pour certains, ce fait justificatif ne peut correspondre aux faits justificatifs existant, que ceux-ci soient objectifs ou subjectifs, et doit être une cause justificative « *sui generis* »⁵⁶⁷. M. Christophe ANDRÉ considère que l'état de nécessité, fait justificatif objectif, ne peut être incarné par le cas de l'euthanasie, « *l'homicide ne constituant pas une réponse proportionnée, dans la mesure où il existe des solutions alternatives pour soulager les souffrances de l'agonie* ». Fort justement, existe-t-il toujours des solutions alternatives ? Parle-t-on seulement de souffrances physiques ? Le cas de M. Vincent HUMBERT démontre qu'il n'y avait pas de solution alternative à sa grande souffrance psychique⁵⁶⁸. L'auteur souligne enfin que le geste euthanasique ne peut être considéré comme « nécessaire à la sauvegarde de la personne », « sauf distorsion de langage ». C'est précisément de cela qu'il s'agit. L'interprétation possible des notions de nécessité et de dignité de la personne ouvre le champ des possibles. L'état de nécessité a pour objet d'éviter la réalisation d'un péril actuel ou imminent ; les souffrances et la douleur peuvent être considérées comme un danger actuel. Quant à la proportion, elle est difficilement contestable lorsqu'il s'agit du seul acte permettant à la personne d'éviter les souffrances. L'acte d'euthanasie peut être considéré comme proportionné dans la mesure où il est seul acte possible pour parvenir à l'arrêt des souffrances. La nécessité appelle par définition une proportion ; elle sous-entend la proportion, dans l'optique d'atteindre une fin.

première partie de la déclaration, elle peut décider de lever l'anonymat pour vérifier le respect des conditions. Elle établit enfin tous les deux ans un rapport à l'attention des chambres législatives.

⁵⁶⁶ D'après le rapport du CCNE, « *l'acte d'euthanasie devrait continuer à être soumis à l'autorité judiciaire. Mais un examen particulier devrait lui être réservé s'il était présenté comme tel par son auteur* ». L'exception d'euthanasie serait un moyen de défense au fond des individus poursuivis pour euthanasie. En droit, le sens générique du mot « exception » peut en effet recouvrir la défense au fond, et c'est ce que confirme Jean Michaud, membre du comité, dans une mise au point postérieure à la publication de l'avis. V. J. Michaud, « *Retour sur le rapport n° 63 du CCNE, Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie* », Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 24, juill. 2000.

⁵⁶⁷ V. « *Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ?* », Christophe André, *Revue de science criminelle*, 2004, p.43.

⁵⁶⁸ Vincent Humbert, jeune homme lourdement handicapé à la suite d'un accident de la circulation, est décédé en septembre 2003. Il avait adressé une supplique au Président de la République lui demandant le droit de mourir. Tombé dans le coma après que sa mère a injecté à sa demande un barbiturique dans sa sonde gastrique, il est décédé dans des circonstances qui n'ont été révélées qu'ultérieurement. Son médecin a déclaré avoir pris l'initiative d'abrèger ses souffrances, après concertation avec l'équipe médicale. Selon les investigations médico-légales citées par le Parquet, l'intervention du médecin n'aurait pas consisté simplement à interrompre les techniques de suppléance vitale, mais à injecter des substances mortifères, notamment du chlorure de potassium.

638. C'est d'ailleurs l'avis de Mme Bérengère LEGROS⁵⁶⁹ qui écrit que certains actes d'euthanasie peuvent être justifiés par une cause d'irresponsabilité pénale : l'état de nécessité, si les conditions d'applications en sont remplies. Elle considère que dans les faits, lorsque de rares poursuites pénales ont lieu, il y a acquittement et tout se passe comme si sur le plan des principes, on prenait en compte « *l'état de nécessité dans lequel se trouve le médecin* ». Il n'y a qu'un pas à qualifier cet état de nécessité de nécessité « médicale », si l'acte n'est commis que par le corps médical et pour des raisons médicales. L'auteur écrit : « *La prise en compte est implicite et ne peut être explicite devant la Cour d'assises qui n'a pas à motiver son verdict. L'état de nécessité peut également être admis au stade de l'instruction ou au moment de l'appréciation de la légalité de la poursuite par le ministère public qui, si cette cause de justification est établie, peut prendre la décision de classer l'affaire sans suite* ».

D'après Madame LEGROS, pour justifier son acte par l'état de nécessité, l'auteur médecin doit établir « *qu'il s'est trouvé confronté à un conflit de valeurs : d'une part, une demande d'euthanasie de la part d'un malade en fin de vie qui souffre de manière intolérable et, d'autre part, son devoir de prolonger la vie de ce malade et que la valeur d'intérêt supérieur était la demande du patient agonisant. C'est l'application du principe de proportionnalité (...) c'est la nécessité qui finalement permet la justification de l'infraction pénale* ». Elle conclut que « *pour être admise, la mort devra être le seul moyen pour éviter le péril* ». Selon l'auteur, les instruments juridiques pour écarter la responsabilité pénale des auteurs d'euthanasie active existent ; en cela, elle est en désaccord manifeste avec l'avis formulé le 27 janvier 2000 par le CCNE qui recommande de mettre en œuvre une « exception » d'euthanasie, dont on ne saisit pas véritablement le sens procédural⁵⁷⁰.

Ainsi, il semble possible d'envisager un état de nécessité médicale pour la personne atteinte d'une affection grave et incurable dont la seule option restante pour échapper à des souffrances insoutenables est d'accéder à la mort. L'affection est ici entendue au sens courant

⁵⁶⁹ LEGROS Bérengère, *Sur l'opportunité d'instituer une exception d'euthanasie en droit français*, Médecine et Droit, n°46, 2001, p.7.

⁵⁷⁰ Pour exonérer de responsabilité pénale, il ne peut s'agir que d'un fait justificatif ; or, l'exception imaginée par le CCNE devrait faire l'objet d'un examen en début d'instruction ou de débats (au fond) par une Commission interdisciplinaire chargée d'apprécier le bien fondé des prétentions des intéressés, non pas au regard de leur culpabilité en fait et en droit mais des mobiles qui les ont animés. Le parallèle avec les droits belge et néerlandais doit être fait puisque ceux-ci autorisent sous conditions, dont celle de l'étude du cas par une Commission pluridisciplinaire, la pratique de l'euthanasie. Pour Bérengère Legros, l'exception envisagée par le CCNE n'est pas une exception de procédure, comme l'avis le suggère, mais une exception préjudicielle (le juge sursoit à statuer dans l'attente de l'avis de la Commission interdisciplinaire). Pour Christophe André, il s'agit nécessairement d'une cause justificative de responsabilité pénale « *sui generis* ».

comme la modification pathologique de l'organisme, c'est-à-dire la modification due à une altération de la santé ou des fonctions de l'organisme. La nécessité a été définie comme la situation dans laquelle, pour atteindre une fin, un seul moyen est à disposition. L'utilisation de ce moyen correspond alors à une nécessité.

639. Finalement, tant l'état de nécessité que la nécessité médicale semble pouvoir légitimer l'acte d'euthanasie « active » et constituer par conséquent un moyen d'échapper à la responsabilité pénale. Dans l'affaire HUMBERT, les magistrats ne seront pas allés jusqu'à ce stade du raisonnement, le non-lieu ayant été requis par le Procureur et prononcé par la Juridiction, en considérant que l'élément moral était absent. En d'autres termes, il n'y avait pas d'intention d'empoisonner avec préméditation pour le médecin et pas d'intention d'administrer des substances toxiques pour la mère de Vincent HUMBERT. Le Procureur a même déclaré qu'une contrainte pouvait être retenue. Celle-ci est en quelque sorte le pendant subjectif de l'état de nécessité, puisque dans ce cas, la contrainte est censée avoir aboli la liberté de choix de l'auteur de l'acte. On peut en déduire que retenir la contrainte permet de limiter l'exception à un domaine plus circonscrit que dans l'hypothèse de l'état de nécessité, qui s'apprécie *in rem* et non *in personam*. Retenir l'état de nécessité aurait engendré une application plus générale de cette « jurisprudence », si l'on peut la qualifier ainsi.

640. L'« état de nécessité médicale » semble être une brèche dans laquelle peuvent s'engouffrer toutes les demandes d'euthanasie pour lesquelles aucune autre alternative ne permet d'éviter les souffrances tant physiques que morales d'une personne atteinte d'une affection grave et incurable en phase avancée ou terminale.

D'aucuns ont écrit que le cas de Vincent HUMBERT n'entrait pas dans le cas de figure de la loi du 22 avril 2005, c'est-à-dire dans l'hypothèse de l'affection grave et incurable en phase avancée ou terminale. L'affection se définit comme la modification pathologique du corps, c'est-à-dire une altération de la santé ou des fonctions du corps. La tétraplégie, de surcroît associée à la cécité et au mutisme, est sans conteste une altération majeure des fonctions du corps d'une personne. Certes, la situation médicale de Vincent HUMBERT n'était pas évolutive et en cela, il est difficile de caractériser le critère tenant à la « phase avancée ou terminale » de l'affection, celle-ci n'évoluant pas. Cependant, même si le cas du tétraplégique maintenu en vie par des perfusions ou sous respirateur, n'entre pas dans le cas de figure du patient « en fin de vie », c'est-à-dire dans le cadre de l'article L. 1111-10 du code de la santé publique, il entre parfaitement dans le cadre de l'application de l'article L.1111-

4⁵⁷¹ du code de la santé publique et 16-3 du code civil, imposant le consentement préalable du patient à tout acte médical. Ce faisant, les alinéas 2 et 3 de l'article L.1111-4 du code de la santé publique, tels qu'issus de la loi du 4 mars 2002⁵⁷², permettaient déjà au médecin d'interrompre un traitement refusé par le patient, même si ce refus entraînait la mort. Toutefois, pour dissiper toutes les tergiversations, la loi Léonetti a explicité la règle en remplaçant le droit de refuser « un » traitement par le droit de refuser « tout » traitement. La préoccupation était véritablement de ne permettre aucune ambiguïté ou interprétation tangente du texte de loi. Dès lors, depuis le 23 avril 2005, le médecin peut respecter un refus de perfusions, de sonde gastrique ou de respirateur artificiel, en étant certain de ne pas commettre un acte contraire à la loi. Dès lors, le cas de Vincent HUMBERT a bien été solutionné par la loi du 22 avril 2005. Celle-ci a d'ailleurs pris la peine d'ajouter que le médecin « *peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.* ». Le législateur a aménagé des conditions pratiques aux conséquences du refus de soins de la personne qui n'est pas en fin de vie mais dont le refus de soins la propulse dans la catégorie des patients en fin de vie. Pour cette raison, le patient a accès aux soins palliatifs.

Toutefois, les circonstances du décès de Vincent HUMBERT survenu avant la loi Léonetti, ne relèvent pas de la possibilité légale que vous venons de décrire tenant à une forme d'euthanasie « passive » ; la mort de Vincent HUMBERT a été provoquée par des actes d' « euthanasie active » de la part d'abord de la mère de Vincent HUMBERT puis du médecin

⁵⁷¹ Version en vigueur de l'article L.1111-4 CSP, al. 2 et 3: « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article [L. 1110-10](#). Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.* ».

⁵⁷² Version en vigueur au lendemain de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 jusqu'au 22 avril 2005 inclu: « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.* ».

de ce dernier. La demande d'euthanasie active reste importante et l'état de nécessité médicale peut constituer l'argument phare pouvant fonder « l'exception » d'euthanasie en droit pénal.

641. L'actualité illustre cette idée, notamment à travers le cas du Docteur Nicolas BONNEMAISON qui a été mis en examen le 12 août 2011 pour des faits d'empoisonnement par administration de substances toxiques sur personnes vulnérables. Ce médecin aurait reconnu les injections pratiquées sur quatre personnes, tandis que l'instruction porterait sur huit voire neuf cas « d'euthanasie ». Il n'est pas en détention malgré la demande du Parquet, mais placé sous contrôle judiciaire et sous l'effet d'une interdiction d'exercer la médecine prononcée par le Juge des libertés et de la détention⁵⁷³. Il a également été suspendu de ses fonctions par le Ministre de la santé le 18 novembre 2011⁵⁷⁴.

Un éventuel état de nécessité médicale, ou encore « l'exception d'euthanasie », telle qu'elle a été envisagée par le CCNE dans son avis du 27 janvier 2000 seront certainement au cœur des débats.

§2. *Le clonage humain à l'épreuve de la notion de nécessité médicale*

642. Le clonage comme technique médicale intéresse en réalité deux domaines dont l'objet diffère profondément : l'un vise à la reproduction humaine (A), à l'image de ce que permet la procréation médicalement assistée aujourd'hui autorisée, l'autre poursuit un objectif thérapeutique, celui de combattre la maladie de personnes déjà venues au monde, au moyen de cellules clonées, et non d'êtres humains clonés (B). Dans les deux cas, ce sont des techniques qui appartiennent encore, pour partie, au domaine de l'imaginaire. Par conséquent, il convient d'appréhender les développements qui suivent avec une certaine projection dans l'avenir.

⁵⁷³ CA Pau, 13 septembre 2011

⁵⁷⁴ Selon les déclarations du Procureur adjoint Marc Mariée, l'instruction de l'affaire pourrait s'achever à la fin de l'année 2012. Le probable renvoi devant la Cour d'assises n'interviendra pas avant l'automne 2013. Le débat sur l'euthanasie trouvera alors, lui aussi, une tribune.

A. Le clonage à visée reproductive : à exclure ?

643. Le clonage reproductif consiste à donner naissance à un être humain, non pas en faisant se rencontrer un gamète mâle provenant d'un homme et un gamète femelle provenant d'une femme, mais en insérant un noyau de cellule d'une personne dans un ovule préalablement énucléé d'une autre personne. Cette technique constituerait donc une toute nouvelle forme de reproduction, non sexuée, dans lequel aucun brassage des gènes ne se produit⁵⁷⁵.

Au premier abord, ce premier domaine semble à exclure du champ possible de la notion de nécessité médicale, comme ne répondant pas à un objectif médical. Le fait de vouloir se reproduire et d'avoir des enfants est a priori étranger à la technique médicale. Le clonage reproductif ne viserait pas à guérir une pathologie⁵⁷⁶. Pour autant, force est de constater que la procréation médicalement assistée, lorsqu'elle se fait avec tiers donneur, est un exemple de ce que la reproduction peut revêtir la forme d'un acte médical, alors même que l'acte médical en question n'est pas destiné à guérir l'infertilité. En effet, deux grandes sortes d'assistances médicales à la procréation existent : celle dans lesquelles les gamètes des deux personnes du couple sont utilisées, sans qu'un tiers ne donne ses gamètes (hypothèse majoritaire). Il peut donc s'agir d'inséminations artificielles⁵⁷⁷ et de fécondations in vitro⁵⁷⁸ pouvant précéder

⁵⁷⁵ Avis n°54, 22 avril 1997, CCNE : « Dans la nature, la reproduction asexuée est observée dans le règne végétal et chez certains animaux invertébrés ; elle donne naissance à des individus génétiquement semblables. (...) Certains animaux, dont l'organisation est relativement simple, tels que les éponges et les coelentérés (les hydres, les coraux), peuvent se reproduire d'une manière asexuée par exemple par bourgeonnement ou scissiparité. Chez les plantes, ce mode de reproduction est très répandu, il s'agit du bouturage ou du marcottage. Les méthodes de cultures de cellules végétales ont beaucoup progressé au cours des dernières décennies et on sait que chaque cellule somatique végétale est virtuellement capable de produire une plante entière. (...) Au contraire, la reproduction sexuée produit des individus qui sont génétiquement tous différents. Cette diversité, qui est à la source de l'évolution et de la sélection naturelle, a une telle importance qu'on la trouve chez presque tous les animaux, vers, insectes et vertébrés ».

⁵⁷⁶ La reproduction asexuée peut être définie comme : la « création d'organismes à partir d'un organisme parental unique, par scissiparité, bourgeonnement, etc.... sans apport de matériel génétique nouveau. Tous les organismes obtenus par reproduction asexuée d'un organisme particulier ont un ensemble de gènes identiques dans le noyau de leurs cellules : ils forment un clone. Ils peuvent néanmoins présenter des variations de forme et de propriété du fait de phénomènes encore souvent mal connus, telles les variations somaclonales dans le monde végétal », d'après l'avis du CCNE *op.cit.*.

⁵⁷⁷ Consistant à déposer des spermatozoïdes dans la cavité utérine en période ovulatoire sans qu'il n'y ait de rapport sexuel, et dans l'espoir qu'ils viennent féconder l'ovocyte. Cette technique manipule les spermatozoïdes, sans toucher à l'ovule ni à l'embryon. On parle d'IAC quand ce sont les spermatozoïdes du membre du couple et d'IAD quand il y a un tiers donneur.

⁵⁷⁸ Appelées communément « FIV » et consistant à ce que la fécondation se fasse hors du corps humain, dans une éprouvette. Le sperme de l'homme, préparé techniquement pour améliorer la qualité spermatique, est mis en contact avec les ovules de la femme, dans des boîtes stériles contenant des puits. S'il y a fécondation avec apparition de pronucléi, l'embryon se développe par division cellulaire. Deux ou trois jours après le jour de la fécondation, un ou plusieurs embryons sont réimplantés dans l'utérus de la femme. La culture peut être cependant poussée jusqu'à 5 à 6 jours, où on obtient des blastocystes.

cette insémination si la situation le nécessite. La fécondation externe en éprouvette, peut se faire « spontanément » ou par injection intra-cytoplasmique de spermatozoïdes dans l'ovocyte. Le second cas recouvre exactement les mêmes techniques, à la différence que les deux parents ne disposent pas de gamètes, seulement l'un d'entre eux. Le recours à un tiers donneur de gamète est donc nécessaire pour parvenir à l'insémination. En 2006, le recours à un tiers donneur ne représentait que 6% de l'ensemble des techniques de procréation médicalement assistée qui avaient lieu (1238 enfants nés à l'issue d'une insémination artificielle ou d'une fécondation in vitro pratiquée en France avec tiers donneur durant l'année 2006 sur un total de 20.042 enfants⁵⁷⁹ nés de ces techniques).

Dans une très grande majorité des cas, la technique médicale a remédié à l'infertilité du couple, sans tiers donneur, en leur permettant de donner naissance à un enfant qu'ils ne parvenaient pas à avoir sans cette aide médicale. Il s'agit alors pour le droit et la technique médicale de reproduire fidèlement ce qui se serait déroulé « naturellement », sans l'intervention de la médecine. Dans la mince proportion des procréations médicalement assistées avec tiers donneurs, la technique médicale n'a pas véritablement remédié à l'infertilité du couple, puisqu'une tierce personne est le parent génétique de l'enfant. Dans ce cas, le couple parental demeure infertile.

La reproduction humaine est donc déjà fictivement organisée par le droit au moyen de la technique médicale. Dès lors, on peut imaginer, qu'en lieu et place du gamète donné par le tiers, une cellule souche ou un noyau de cellule d'une personne soit implantée dans un embryon « vide » ou encore énucléé, ce qui constitue la technique de clonage reproductif telle qu'elle est scientifiquement envisagée aujourd'hui. La méthode nécessite d'introduire, dans le cytoplasme d'un ovule non fécondé dont on a retiré le matériel nucléaire, le noyau d'une cellule provenant d'un embryon, d'un fœtus ou d'un organisme adulte. On cherche alors à leurrer le cytoplasme de l'ovocyte qui tente d'organiser le nouveau noyau pour lui redonner ses caractéristiques embryonnaires⁵⁸⁰.

644. Le clonage reproductif est certes prohibé par le droit français et par des textes supérieurs. Cependant, le motif d'infertilité peut être invoqué pour tenter d'avoir recours à ce procédé, au même titre qu'il est invoqué dans le cas de la procréation médicalement assistée

⁵⁷⁹ Agence de la biomédecine, *Rapport annuel, bilan des activités 2007* ; Institut National d'Etudes Démographiques, Elise de La Rochebrochard, *Revue Population et Société*, n° 451, décembre 2008.

⁵⁸⁰ C. Huriet et A. Claeys, *Rapp. de l'OPECST*, 24 févr. 2000 sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique de cellules embryonnaires, p. 13.

avec tiers donneur. Bien évidemment, d'importants obstacles idéologiques, moraux et éthiques⁵⁸¹ se dressent face à une telle idée ; mais la notion de nécessité médicale, elle, ne semble être d'aucun recours pour constituer un obstacle au clonage reproductif. En effet, plutôt que d'avoir recours à un tiers donneur, étranger au couple, on peut imaginer le désir de parents, d'utiliser leurs propres cellules pour procéder à une insémination artificielle et avoir ainsi un enfant à l'ADN identique à son père ou à sa mère⁵⁸². Cette situation biologique aboutirait, au niveau des chromosomes et des gènes, à donner naissance à l'équivalent d'un jumeau monozygote⁵⁸³. Un des deux membres du couple serait donc davantage un frère, sur le plan génétique, qu'un parent. Toutefois, les connaissances en matière de grossesse gémellaire démontrent que selon que les fœtus jumeaux aient, ou non, le même placenta, et donc la même poche des eaux, des différences de développement entre eux sont notables. Ainsi, s'ils ont la même poche, les courbes de croissances et les caractéristiques des jumeaux seront très proches ; en revanche, s'ils évoluent dans des poches et à l'aide de placentas différents, des différences de taille, de poids et autres caractères seront plus marquées. On sait également que la femme qui porte l'enfant détermine durant sa grossesse énormément de caractéristiques futures de l'enfant. Ainsi, certains scientifiques expliquent que le clonage reproductif d'une personne adulte au moyen d'une grossesse menée par une autre femme que sa mère et à une époque différente, engendrerait un enfant potentiellement différent de la personne clonée.

⁵⁸¹ V. notamment les propos convaincants d'Annick Dorsner-Doliver : « *Le clonage reproductif remet en cause le brassage des gènes qui sert d'assise à la spécificité de chaque être humain et qui constitue une protection majeure de celui-ci contre une éventuelle volonté parentale ou sociale de le prédéterminer. Il ramène la réalité d'une personne à ses caractéristiques génétiques sans prendre en compte les déterminants essentiels de la personne liés à son environnement et son expérience et témoigne d'une intolérable instrumentalisation de l'être humain. Il porte aussi atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine puisqu'il conduit à la production d'êtres humains identiques, en contradiction avec la diversité de l'espèce, source de sa richesse* ». Cependant, elle met ici en avant la volonté et l'intention de « contrôle » de l'individu comme étant intolérable et à l'origine du clonage reproductif, nous nous demandons si une intention plus louable, celle du désir d'enfant, ne pourrait pas être instrumentaliser pour demander la légalisation d'un tel procédé.

⁵⁸² D'après l'avis n°54 du CCNE, *op. cit.*, les deux sont possibles : « *le clonage embryonnaire par transfert de noyaux provenant d'un organisme adulte (...) ne nécessite aucun acte de procréation, et est un exemple de reproduction asexuée... quoiqu'elle utilise un gamète femelle non fécondé. L'ovocyte receveur et la cellule donneuse de noyau peuvent provenir d'un même organisme femelle, ou bien la cellule donneuse de noyau peut provenir d'un autre organisme, mâle ou femelle. Le clonage avec transfert nucléaire peut créer des embryons dont le cytoplasme et ses organites, d'une part, le noyau, d'autre part, ont des origines différentes. En effet, le cytoplasme ovocytaire intervient dans la formation de l'embryon au moins de deux manières : d'une part, il contient les systèmes biochimiques susceptibles d'activer la division cellulaire et de reprogrammer le génome nucléaire ; d'autre part, ses mitochondries, qui sont dotées de leur propre génome, interviennent dans la production d'énergie nécessaire à la cellule. Cette fonction est en partie contrôlée par l'ADN mitochondrial lui-même, qui est uniquement d'origine maternelle.* »

⁵⁸³ Les jumeaux monozygotes ou encore univitellins, plus communément appelés « vrais jumeaux » proviennent de la division d'un œuf fécondé unique au départ. Ils partagent le même placenta ou s'implantent à l'aide de placentas différents selon le jour où survient la division de l'embryon.

645. Fort heureusement, ce procédé de reproduction fait l'objet d'interdictions fermes et non discutées à l'heure actuelle, tant sur le plan national que sur le plan international. L'Organisation mondiale de la santé a pris, le 14 mai 1997, une résolution le prohibant tandis que le Conseil de l'Europe a adopté, le 12 janvier 1998, un protocole additionnel à la convention d'Oviedo sur l'interdiction du clonage des êtres humains, qui a été ratifié par la France en même temps que la convention, le 13 décembre 2011, à effet du 1^{er} avril 2012. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997 condamne également cette pratique.

646. Avant la loi du 6 août 2004, aucune disposition du droit français ne condamnait explicitement cette pratique qui n'est apparue chez l'animal qu'en 1997. En revanche, on a pu considérer, comme l'ont fait le Conseil d'État⁵⁸⁴ et le Comité national consultatif d'éthique⁵⁸⁵ que l'article 16-4 du Code civil contient déjà une interdiction *de jure* du clonage reproductif humain dans la mesure où ce dernier porte atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et constitue une transformation des gènes dans le but de modifier la descendance de la personne, pratiques interdites par les alinéas 1 et 3 de ce texte⁵⁸⁶. Ce n'est qu'en 2004, à travers l'article 21 de la loi du 6 août 2004 que l'interdiction a été expressément formulée. Il a été inséré, après le deuxième alinéa de l'article 16-4, un nouvel alinéa interdisant *"toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée"*, interdiction reproduite à l'article 214-2 du code pénal.

Cet article prévoit que *« le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 Euros d'amende. »*. Ce crime est en outre puni de la réclusion criminelle à perpétuité s'il est commis en bande organisée. Enfin, la prescription de l'action publique est portée à une durée de trente années, contre dix pour les crimes de droit commun⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Rapp. Conseil d'État, 1998, *Considérations générales sur le droit de la santé*, EDCE, n° 49.

⁵⁸⁵ CNCE, avis n° 54, 22 avr. 1997, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*.

⁵⁸⁶ V. en ce sens, Pierre Egéa, *La "condition foetale" entre "procréation et embryologie"*, RDSS 2005, n° 8, p. 232.

⁵⁸⁷ Ce délai court du jour de l'intervention mais il est reporté, lorsque le clonage a conduit à la naissance d'un enfant, au jour où celui-ci accède à la majorité (*C. pén., art. 215-4, al. 2*).

Selon Annick DORSNER-DOLIVER, si la définition du clonage reproductif contenue à l'article 214-2 du code pénal correspond à celle proposée par le Conseil d'État⁵⁸⁸ et à celle avancée par le protocole additionnel à la convention d'Oviedo, elle présente des lacunes au regard des possibilités scientifiques aujourd'hui envisageables : « *La définition du clonage reproductif contenue à l'article 214-2 (...) révèle cependant une certaine fragilité sur le plan scientifique (...). De récents travaux démontrent le rôle du milieu de culture et surtout l'importance du cytoplasme dans le développement de l'embryon. Par voie de conséquence, définir le clonage reproductif comme la reproduction d'un être génétiquement identique à une autre personne laisse hors de son champ le second procédé de clonage - clonage par transfert cellulaire -. Ce dernier procédé est cependant tout aussi condamnable. S'il ne conduit pas à une identité génétique absolue du clone à son "modèle originel", il procède, en effet, d'une méconnaissance du respect dû en amont à l'être humain en permettant sa détermination par une personne extérieure, ce qui conduit à une instrumentalisation contraire au principe de dignité.* ».

Nous rajouterons que certains « vrais » jumeaux n'ont pas un ADN identique. Ainsi, avec un même matériel génétique au commencement de la vie, la structure de l'ADN peut être modifiée jusqu'à devenir différente.

647. La fourniture des moyens biologiques nécessaires au clonage est également réprimée. L'article 511-1 du code pénal, reproduit à l'article L.2163-2, alinéa 2 du code de la santé publique, punit « *le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée* » d'une peine de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 Euros d'amende. C'est enfin la provocation à la fourniture des moyens biologiques nécessaires au clonage et l'incitation aux crimes contre l'espèce humaine qui sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 Euros d'amende puisque l'article 511-1-2, alinéa 1er du code pénal vise « *le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Rapp. Conseil d'État, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Doc. fr., p. 69.

⁵⁸⁹ Il s'agit dans ce cas d'une infraction instantanée dont le délai d'exercice de l'action publique part du jour de l'acte de provocation et dont la tentative n'est pas punissable.

648. En l'état actuel du droit pénal, la nécessité médicale ne pourra à elle seule servir de fondement pour chercher à exclure la responsabilité pénale de l'auteur d'un clonage reproductif. Elle n'est cependant d'aucun secours pour ériger une limite de principe à cette technique.

S'agissant à présent de l'hypothèse du clonage thérapeutique, la nécessité médicale pour la personne semble pouvoir constituer un fondement possible à sa légalisation.

B. Le clonage à visée thérapeutique

649. Contrairement à l'hypothèse du clonage à visée reproductive, ce n'est pas la création d'une personne qui est recherchée par cette technique du clonage, mais « seulement » la création de cellules, au moyen de la création d'un embryon. Ainsi, lorsqu'il est question de « clonage thérapeutique », ce sont des cellules que les scientifiques cherchent à cloner, et non plus l'être humain. Cependant, la question du clonage thérapeutique est, depuis le départ, intimement liée à la question de la recherche sur l'embryon. En effet, l'embryon dispose de cellules souches pluripotentes dont on sait qu'elles ont la capacité de générer tous les types cellulaires (tous organes confondus). Ces cellules représentent une potentielle source de « traitement » de nombreuses maladies graves. C'est ce qui est communément désigné sous l'appellation « clonage thérapeutique ». Il s'agit en fait d'utiliser un embryon à un certain stade de son développement (stade du blastocyste⁵⁹⁰), pour prélever certaines de ces cellules, avant de procéder à sa destruction. C'est pour cette raison que la recherche biomédicale a fait montre d'un intérêt majeur pour l'embryon au début des années 2000. Il a d'ailleurs été question de déposer des brevets sur les résultats de ces recherches. La Cour de Justice de l'Union Européenne a dû se pencher sur la question.

650. L'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011 rendu dans une affaire de brevetabilité des procédés utilisant les embryons humains⁵⁹¹ suit les conclusions de l'avocat général présentées le 10 mars 2011. Selon cet arrêt, qui s'impose à tous les Etats de l'Union

⁵⁹⁰ Stade du développement embryonnaire (5 à 7 jours chez l'homme) au cours duquel coexistent les cellules périphériques, appelées cellules du trophoctoderme, à l'origine des structures extra-embryonnaires telles que le placenta ou le cordon ombilical, et des cellules de la masse interne, qui forment un bouton embryonnaire et donnent naissance à l'embryon proprement dit et à quelques annexes embryonnaires.

⁵⁹¹ La validité d'un brevet allemand avait été contestée en justice parce qu'il était basé sur la destruction d'embryons humains en vue de dériver des cellules souches.

Européenne, l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive⁵⁹² du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, doit être interprété de la façon suivante :

D'abord, la notion d'embryon humain s'applique dès le stade de la fécondation aux cellules totipotentes initiales et à l'ensemble du processus de développement et de constitution du corps humain qui en découle. Il en est ainsi, notamment, du blastocyste. Ensuite, « les ovules non fécondés, auxquels a été implanté le noyau d'une cellule humaine mature ou qui ont été induits à se diviser et à se développer par parthénogenèse⁵⁹³ », relèvent également de la notion d'embryon humain dans la mesure où l'utilisation de ces techniques aboutirait à l'obtention de cellules totipotentes. Cette technique est également appelée « clonage thérapeutique ». Puis, les cellules souches embryonnaires pluripotentes, prises individuellement, ne relèveraient pas de cette notion⁵⁹⁴, parce qu'elles n'ont pas, à elles seules, la capacité de se développer en un être humain. *C'est ce que l'on dénomme « blastomères » dans le vocabulaire des biologistes.* Sur cette question, la CJUE a décidé que le juge national déterminerait, à la lumière des développements de la science, si une cellule souche obtenue à partir d'un embryon humain au stade de blastocyste constitue un « embryon humain ». Enfin, une invention doit être exclue de la brevetabilité lorsque la mise en œuvre du procédé technique soumis au brevet requiert, au préalable, soit la destruction d'embryons humains, soit leur utilisation comme matériau de départ, même si la description de ce procédé ne contient aucune référence à l'utilisation d'embryons humains. Pour finir, l'exception à l'interdiction de brevetabilité des utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales concerne les seules inventions ayant un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles. C'est le seul cas de brevet autorisé, hormis l'éventuelle marge d'appréciation laissée aux Etats sur la question des cellules souches embryonnaires. En conclusion, les brevets portant sur les embryons et les cellules assimilées à celui-ci sont par principe interdits car contraires à l'article 5 de la directive prévoyant que « *le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ne peut constituer une invention brevetable* ».

⁵⁹² [Directive 98/44/CE](#)

⁵⁹³ V. les conclusions de l'avocat général Bot présentées le 10 mars 2011 devant la CJUE dans l'affaire C-34/10 « *Olivier Brüstle contre Greenpeace eV* »

⁵⁹⁴ Ibidem.

651. Les années 2004 à 2011 ont été principalement marquées par les progrès accomplis en matière de cellules souches adultes, dont les potentialités ont quelque peu éclipsé l'intérêt auparavant accordé au clonage thérapeutique.

En 2007, les équipes du Professeur YAMANAKA de l'Université de Kyoto et du Professeur THOMSON, de l'Université Wisconsin-Madison ont démontré la faisabilité technique de la création de lignées de cellules souches pluripotentes humaines à partir de cellules adultes constitutives de l'épiderme, les fibroblastes. Ils ont ainsi créé des cellules souches à l'image de celles que l'on peut trouver aux premiers stades de division cellulaire de l'embryon, mais sans avoir à utiliser d'embryon. Une cellule souche pluripotente induite ou « IPS » est alors une cellule adulte qui a été reprogrammée pour se comporter comme une cellule souche embryonnaire⁵⁹⁵ (que l'on appelle cellules ES). Ces cellules adultes ont été « induites » à la pluripotence et ont été baptisées *induced pluripotent stem cells* (IPS). Grâce à cette technique, qui enregistre des progrès constants, des perspectives thérapeutiques encourageantes sont désormais ouvertes⁵⁹⁶. La prise en compte de ces éléments par le législateur a conduit à une évolution du regard porté sur la recherche sur les cellules souches embryonnaires. Sans remettre en cause la dérogation de la recherche sur l'embryon, la loi du 7 juillet 2011 l'a entourée de nouvelles conditions éthiques qui traduisent une volonté de privilégier, à présent, les recherches alternatives, notamment celles qui passent par l'utilisation

⁵⁹⁵ Après fécondation d'un ovule, l'œuf se divise puis très vite apparaissent des cellules qui sont à l'origine de tous les tissus du corps. C'est ce qu'on appelle une cellule souche embryonnaire et ces cellules sont dites pluripotentes. La pluripotence est la capacité de générer tous les types cellulaires. Au cours de leur maturation, les cellules ES perdent peu à peu de leur potentiel de différenciation au profit d'une spécialisation fonctionnelle. Jusque récemment, il était admis qu'il était impossible à une cellule de remonter la chaîne de différenciation pour redevenir immature. Les cellules ES sont présentes en quantité très importante aux stades précoces du développement embryonnaire. À la naissance, on trouve également des cellules souches dans le sang de cordon, mais elles sont en faible quantité et leur potentiel de différenciation est déjà restreint. De même, chez l'adulte, on trouve des cellules souches dans la plupart des tissus, mais en quantités extrêmement faibles et difficiles d'accès. De plus, leur potentiel de différenciation est alors restreint aux types cellulaires du tissu dont elles proviennent : par exemple, une cellule souche neurale ne pourra donner que des cellules neurales alors qu'une cellule souche hématopoïétique ne pourra donner que des cellules sanguines. Ces cellules sont dites multipotentes plutôt que pluripotentes.

⁵⁹⁶ V. Jean-René Binet, « *Présentation générale de la loi relative à la bioéthique* », Jurisclasseur, cote 4, 2012, Fascicule 5 : « *Il serait possible de mettre au point des thérapies cellulaires adaptées à chaque patient et comme il s'agirait d'une autogreffe, leur utilisation thérapeutique ne nécessiterait pas la prise d'un immunosuppresseur à vie, comme ce serait le cas si les cellules embryonnaires s'avaient utilisables en thérapie cellulaire (A.-L. Bennaceur-Griscelli, Les promesses des cellules iPS : La Recherche, n° 426, janv. 2009, Palmarès 2008). Cette découverte est d'autant plus intéressante qu'elle permettrait de réaliser les thérapies que les chercheurs souhaitaient mettre au point grâce au clonage thérapeutique, abandonné, après le scandale Hwang Woo-Suk qui avait annoncé une réussite de clonage humain, mais dont les résultats se sont révélés être une vaste supercherie destinée à lever des sommes toujours plus importantes pour financer des recherches demeurant dans l'impasse (V. notamment l'analyse de J.-Y. Nau, L'affaire Hwang ou les ravages de la course à l'audience : Le Monde, 14 janv. 2006. - J. Testart, L'affaire Hwang Woo-suk ou les dérives de la science spectacle : Le Monde, 3 janv. 2006).* »

des cellules IPS, celles-ci étant obtenues sans qu'il soit porté atteinte à l'intégrité de l'embryon.

Toutefois, une proposition de loi adoptée par le Sénat en première lecture, le 4 décembre 2012⁵⁹⁷, vise à modifier considérablement le régime applicable aux recherches sur l'embryon et donc l'article L. 2151-5 du code de la santé publique. Le Sénat souhaite que soit substitué un régime d'autorisations des recherches sur l'embryon au régime d'interdictions actuel, même si ce dernier comporte déjà d'importantes dérogations. La rédaction de l'article serait la suivante :

« Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :

1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ;

2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ;

3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ;

4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. »

652. Sur le plan des principes, ce texte ne se contente pas de remplacer un régime d'interdiction par un régime d'autorisation, ce qui pourrait sembler moins hypocrite selon certains, le législateur assouplirait également les conditions d'autorisation de la recherche. En effet, l'élargissement du domaine de la finalité médicale doit être noté puisqu'il s'agit de recherche appliquée mais aussi de recherche fondamentale. Ensuite, l'objectif affiché dans la réforme du 7 juillet 2011 est de favoriser les recherches alternatives, notamment grâce aux cellules souches IPS. Enfin, il est confirmé qu'une recherche peut être menée sur des embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation à la condition que ceux-ci ne fassent plus l'objet d'un projet parental. Si la recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ceux-ci ne reçoivent plus d'information sur la nature des recherches, contrairement à ce que

⁵⁹⁷ Proposition de loi n° 42, adoptée par le Sénat le 4 décembre 2012, tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Il s'agit essentiellement de réécrire l'article L. 2151-5 du code de la santé publique.

prévoit actuellement la loi du 7 juillet 2011. En outre, dans cette proposition, il est prévu que le couple soit informé des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou de l'arrêt de leur conservation.

La recherche sur l'embryon dans l'optique de la mise au point du clonage thérapeutique demeure donc d'actualité.

Dans cette proposition de loi, le critère de l'autorisation est une combinaison de « pertinence scientifique » et de « finalité médicale » dont la recherche doit faire preuve. Si la condition de finalité médicale désigne un domaine plus vaste que celui de la condition de nécessité médicale, il n'en demeure pas moins que ces notions sont voisines⁵⁹⁸. La nécessité n'est qu'un moyen au service d'une finalité. C'est une notion éminemment téléologique. En cela, lorsque le critère de nécessité médicale est posé, il s'agit de désigner un acte médicalement nécessaire, c'est-à-dire un acte jugé nécessaire pour atteindre une finalité médicale. Dans le régime de la recherche sur l'embryon, le critère d'autorisation serait donc bien que la recherche ait une finalité médicale, mais au lieu d'être nécessaire à une personne, elle doit être scientifiquement pertinente, ce qui revient à dire qu'elle présente un intérêt démontré.

653. En conclusion, il est démontré que la notion de nécessité médicale peut être un fondement particulièrement indiqué pour légitimer la technique du clonage reproductif. Peut-être pour cette raison, le législateur l'a expressément prohibée. Parallèlement, et s'agissant du clonage thérapeutique, l'enjeu pratique est désormais majeur de savoir quel fondement peut le légitimer. La notion de nécessité médicale n'est pas explicitement utilisée par le Sénat dans sa proposition de réforme ; toutefois, le recours à la notion de « finalité médicale », à l'image du critère déjà utilisé pour les autres régimes de recherches sur la personne humaine, démontre que l'inspiration du législateur est commune aux deux notions.

654. La tendance législative est clairement à l'extension des possibilités d'atteinte au corps humain. La condition de nécessité médicale ne semble y être d'aucun secours. Une dernière hypothèse très débattue ces dernières années doit être confrontée à l'exigence de nécessité médicale. Le principe de la grossesse pour autrui peut-il être freiné par la condition de nécessité médicale ?

⁵⁹⁸ Cf Partie 1, titre 1 de l'étude.

§3. *La grossesse pour autrui à l'épreuve de la notion de nécessité médicale*

655. *Nécessité de la technique médicale.* Face à une stérilité, la nécessité médicale pour la personne stérile de recourir à une mère porteuse est évidente, mais l'acte médical pratiqué sur la mère porteuse, lui, ne peut être justifié par la nécessité médicale pour cette personne, ni par un intérêt thérapeutique pour autrui (cela ne guérirait pas la stérilité), ni par une fin scientifique. En revanche, imaginer que cela correspond à un état de nécessité médicale pour autrui est tout à fait concevable. En cela, la finalité de l'utilisation de la notion peut être tout à fait détournée : la technique médicale est nécessaire à la personne ou au couple stérile pour pouvoir devenir parent, pour « avoir un enfant ». Pourtant, de prime abord, l'argument contraire interpelle aisément. Nul besoin de la technique médicale pour donner à autrui l'enfant que l'on a porté. En revanche, pour insérer l'ovule d'une autre femme -devenu embryon une fois fécondé *in vitro*- dans le corps de la mère porteuse, la technique médicale est nécessaire. Deux sortes de mère porteuses existent en réalité : c'est la différence que nous ferons entre maternité pour autrui (cas du don d'ovule par la mère porteuse) dans lequel la mère porteuse est la mère biologique de l'enfant et le père est l'homme du couple demandeur ; et la grossesse pour autrui, dans lequel la mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant à naître, l'ovule provenant de la femme du couple demandeur ou d'une troisième femme. Seule la grossesse est alors vécue « pour autrui ». Certes, la maternité ne se résume pas à l'ovule en lui-même et à ses caractéristiques génétiques, puisque la grossesse participe considérablement à la constitution de ce que sera l'enfant. En droit français, la mère est celle qui accouche, notamment parce que le temps de la grossesse et l'accouchement font devenir mère la femme qui a porté l'enfant. Il doit être noté, cependant, que le droit français s'accommode depuis de nombreuses années déjà d'une dérogation majeure à cette règle à travers l'accouchement anonyme.

656. La technique médicale est donc nécessaire pour effectuer une grossesse pour autrui. Le Comité consultatif national d'éthique l'a d'ailleurs souligné dans son rapport⁵⁹⁹ lorsqu'il a rappelé les techniques possibles : « *Depuis que la fécondation in vitro est une technique performante d'assistance médicale à la procréation, il est devenu techniquement faisable de proposer à des couples dont la femme est dépourvue de fonction*

⁵⁹⁹ CCNE, avis n° 110, du 1^{er} avril 2010, rendu public le 6 mai 2010.

utérine, à la suite soit d'une malformation congénitale, soit d'une hystérectomie, de réaliser une fécondation in vitro avec leurs propres gamètes, puis de transférer l'embryon obtenu dans l'utérus d'une autre femme, qui n'est que gestatrice. Cette gestation pour autrui au sens strict nécessite l'intervention de médecins et de biologistes. Les ovocytes doivent être ponctionnés chez la mère d'intention, puis fécondés par fécondation in vitro classique ou par ICSI par le sperme du père d'intention. Les deux femmes font l'objet d'un traitement pour que leurs cycles soient synchronisés. Techniquement, il est possible de combiner cette technique avec un don d'ovocytes – il y a alors trois femmes qui interviennent dans le processus de procréation : la mère génétique (donneuse d'ovocytes), la gestatrice et la mère d'intention. Il est même envisageable, grâce à un don de sperme, que l'enfant n'ait in fine aucun lien génétique avec l'homme et la femme destinés à devenir ses parents ».

Cependant, la grossesse pour autrui en elle-même n'est pas nécessaire à la mère porteuse mais à la femme qui ne peut mener à bien une grossesse. Il s'agirait donc d'une hypothèse de nécessité médicale pour autrui, et non d'intérêt thérapeutique pour autrui. En d'autres termes, il s'agit d'une hypothèse qui n'existe pas expressément, à l'heure actuelle, dans le corps de l'article 16-3 du code civil. Toutefois, comme nous venons de l'observer dans les développements précédents, les dérogations légales audit article sont nombreuses ; il est donc plausible d'envisager l'élaboration d'une loi relative à la grossesse ou maternité pour autrui venant déroger à l'exigence de nécessité médicale pour la personne. Il est également possible d'imaginer dans le prolongement de la confusion entourant le principe de nécessité médicale, l'étirement du principe jusqu'à une autre interprétation possible, ou l'extension du domaine de la nécessité médicale. Dès lors que l'aspect thérapeutique de l'acte n'est plus une condition déterminante de la légalité de celui-ci, tous les actes « médicaux », c'est-à-dire pratiqués par un médecin, sont envisageables, dès lors qu'un médecin les juge nécessaires. On pourrait imaginer que l'article 16-3 soit alors être réformé selon l'expression « nécessité médicale pour la personne ou pour autrui ».

657. *Opposition unanime des principales instances déontologiques et éthiques.* De nombreuses instances se sont prononcées sur l'ensemble des enjeux, y compris éthiques, d'une légalisation de la grossesse pour autrui⁶⁰⁰. Le Conseil national de l'Ordre des médecins,

⁶⁰⁰ Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'un groupe de travail du Sénat, n° 421, 2007-2008 ; OPECST, *la loi bioéthique de demain*, rapport n°107, 21 novembre 2008 ; R. Henrion et C. Bergoignan-Esper, *La gestation pour autrui*, rapport au nom d'un groupe de travail de l'Académie de médecine, Bull Académie de médecine 2009, p. 583 et s. ; Étude du Conseil d'État du 9 avril 2009, *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, mai 2009 ; A. Graf, *Rapport final des États généraux de la bioéthique*,

s'est prononcé contre la gestation pour autrui, après avoir mesuré l'enjeu éthique, médical, physique, psychique ainsi que social de la pratique. D'après le rapport qu'il a consacré à la question⁶⁰¹, il estime que les méthodes de procréation qui mettent en jeu le corps et la santé d'autrui ne sont pas éthiquement et médicalement justifiées et que, de plus, une atteinte à la dignité humaine en résulterait, du fait de l'utilisation du corps d'autrui. Le Conseil relève que la femme qui « prête » son utérus se trouve réduite à un instrument de gestation. Réduite à l'état de moyen, elle est instrumentalisée, à l'image des conditions dans lesquelles se déroulent les pratiques de mère porteuses dans les pays où elles sont légales. Le second obstacle réside dans le fait qu'un enfant est une personne humaine dont on ne peut disposer librement. Prévoir, par contrat, son abandon à la naissance et permettre à la femme qui l'a porté de changer d'avis dans les trois jours de sa naissance le rend assimilable à un objet. À cela, s'ajoutent les conséquences préjudiciables que la grossesse pour autrui peut avoir sur la vie familiale de la mère porteuse et sur le ressenti du couple demandeur (grossesse par délégation, frustration de ne pas porter son enfant). Enfin, le Conseil national de l'Ordre des médecins souligne les problèmes de responsabilité que cette pratique engendrerait en cas d'accident ou de conduites à risque durant la grossesse ainsi qu'en cas de pathologie de l'enfant à naître. À l'heure où le diagnostic préimplantatoire connaît un succès grandissant, il n'est pas saugrenu de se demander quelles seront les demandes des futurs parents. En résumé, selon le Conseil, les désavantages que la pratique présente et les difficultés qu'elle engendrerait sont bien trop nombreux au regard du but poursuivi, et de la finalité de l'acte. D'après le dernier avis de cette instance représentative, les obstacles relevés ne poursuivent pas un but dont la valeur serait supérieure (désir d'avoir des enfants) à celles des valeurs mises à mal par la pratique (protection du corps humain, donc de la personne humaine et de la dignité de celle-ci).

Le Collège national des sages-femmes s'est également prononcé contre la gestation pour autrui, qui, « *loin de représenter une avancée en terme de droit des femmes, privilégie le droit à l'enfant aux dépens des droits de l'enfant*⁶⁰² ». Le Collège national regrette que la réflexion soit centrée sur les parents, opérant un glissement du désir d'enfant au droit à l'enfant, oubliant en chemin les droits et l'intérêt de l'enfant. Or, le Collège souligne que la question

juillet 2009 ; *Délibération du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine du 21 septembre 2009*, http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avis_21092009.pdf ; Alain Claeys et Jean Léonetti, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les lois relatives à la bioéthique*, 20 janvier 2010, Document Assemblée Nationale, n°2235.

⁶⁰¹ Rapp., Ordre des médecins, 4 février 2010.

des liens affectifs entre la gestante et le fœtus reste non résolue. En effet, l'instance explique : « soit la gestante est consciente du fait que l'enfant qu'elle porte n'est pas le sien et elle peut alors être tout à fait détachée de la grossesse et complètement désinvestie de cette maternité, voire focalisée sur l'indemnité qu'elle va percevoir et, dans cette situation, c'est le fœtus qui paie le prix fort en débutant sa vie, privé des liens affectifs qui se tissent habituellement in utero. Soit la gestante vit sa grossesse de manière altruiste et s'attache au fœtus qu'elle porte. Elle est alors confrontée à une demande paradoxale : porter un enfant sans trop aimer cet enfant à venir. Et dans cette tension entre sentiments, les risques courus par la gestante sont importants, plus importants que pour l'enfant à naître ». Par ailleurs, l'instance fait remarquer l'impossibilité de s'assurer que la gestante a pris conscience des risques qu'elle encourt ainsi que les problèmes de responsabilités et les risques de conflits (mode de vie, IVG, pathologie du fœtus, etc.). Le Collège conclut : « Le dernier plan de périnatalité a mis l'accent sur la sécurité émotionnelle et la prise en charge des situations de vulnérabilité des femmes, voire des couples. La GPA est typiquement une grossesse à « risques », sur le plan émotionnel ». Enfin, il est relevé la difficulté tenant au dérapage financier que l'on ne pourrait contrôler.

C'est enfin le Conseil consultatif national d'éthique qui s'est prononcé pour le maintien de l'interdiction des mères porteuses dans un avis rendu public le 6 mai 2010⁶⁰³. L'instance émet un avis cohérent avec celui de 1984 dans lequel il s'était déjà déclaré pour le maintien de la prohibition de la maternité de substitution. En 2010, il conclut, à la grande majorité de ses membres (33 membres sur 40), que l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emporte sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé, même de manière strictement limitée et contrôlée.

Pour le CCNE, la légalisation, même limitée, laisse subsister des difficultés d'ordre éthique qui ne sont pas définitivement abolies par les garde-fous que pourrait mettre en œuvre le législateur. Même avec un encadrement légal strict et respecté, les conséquences néfastes et les dérives de la grossesse pour autrui demeureraient. Le CCNE exprime son scepticisme quant à l'efficacité de la réglementation qui pourrait être mise en œuvre. Il rejoint en cela l'avis de l'Agence de la biomédecine et le rapport de la mission parlementaire qui se sont inquiétés de ce que la gratuité et l'exigence de consentement libre et éclairé, ne pourraient être respectées en pratique. Il souligne enfin que le choix fait par d'autres Etats, ni même les pratiques « clandestines » actuelles ne constituent pas des arguments de poids :

⁶⁰² Communiqué de presse du Collège national des sages-femmes, 8 mars 2010, http://www.cngof.asso.fr/D_TELE/100312_GPA_CNSF.pdf.

⁶⁰³ Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010.

« *Aucun Etat ne doit être obligé de légiférer à la faveur d'un fait accompli, la question de la légitimité des pratiques restant du ressort du législateur* ».

658. Le CCNE met en lumière l'argument phare qui est invoqué par les partisans de la légalisation de la grossesse pour autrui. Il tient, comme nous le soutenons, au caractère médical de la pratique et donc à la notion de nécessité médicale : « *Les tenants d'une admission au cas par cas de la GPA opposent des arguments fondés principalement sur la nature médicale de ce procédé. Ces arguments sont tout d'abord tirés de la solidarité à laquelle est appelée la société vis-à-vis des femmes atteintes de formes irrémédiables et non curables d'infertilité. La GPA apparaît comme une solution à un problème physique et psychique douloureux. L'infertilité d'origine utérine est souvent perçue comme d'une particulière injustice. Elle touche des femmes qui «ont tout pour être mère» sauf l'utérus, tandis que celles qui ont n'ont plus d'ovaires mais ont encore un utérus peuvent bénéficier du don d'ovocyte, et que les femmes dont les conjoints sont infertiles peuvent bénéficier du don de sperme. A cet égard, la GPA s'insère notamment dans la logique de la prise en charge de l'infertilité après un traitement pour cancer. Les jeunes femmes atteintes d'un cancer de l'utérus, qui survient de manière de plus en plus en précoce, doivent subir une hystérectomie. Ces femmes peuvent légitimement se demander à quoi sert alors de leur laisser leurs ovaires en l'absence de toute possibilité de gestation ultérieure. Finalement, quelle que soit la cause reconnue, la seule solution qui reste ici, la GPA, est interdite par la loi française et réservée aux couples qui ont les moyens de se rendre à l'étranger, introduisant ainsi une discrimination en fonction de la situation matérielle ».*

L'argument de la nécessité médicale est clairement sous-entendu puisque la grossesse pour autrui serait la seule solution médicale aux problèmes de fertilité rencontrés par certaines personnes. Le caractère « indispensable à » est le propre de la définition de ce qui est nécessaire⁶⁰⁴. Cet argument est développé par tous les partisans de la légalisation de la grossesse pour autrui.

659. La mission d'information parlementaire a remis le 20 janvier 2010⁶⁰⁵, un rapport pour préparer la révision des lois de bioéthique intervenue en 2011. Près de quatre-

⁶⁰⁴ Cf. Partie 1, titre 1 de l'étude.

⁶⁰⁵ http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp#P1908_492885, Alain Claeys et Jean Léonetti, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les lois relatives à la bioéthique*, 20 janvier 2010, Document Assemblée Nationale, n° 2235.

vingts pages sont consacrées à la question de la gestation pour autrui avec une analyse systématique de tous ses aspects à partir des avis recueillis dans le cadre des auditions effectuées. La proposition n° 20 qui en résulte est exprimée sans réserve ni compromis : « *Maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui* ».

Toutefois, au titre des arguments plaidant en faveur de la reconnaissance de la gestation pour autrui, la mission parlementaire relève elle aussi l'argument de la nécessité médicale comme étant le premier des arguments fondant la demande et par conséquent pouvant la justifier.

Ainsi, au rang des arguments avancés en faveur de la légalisation, les parlementaires relèvent d'abord des arguments médicaux, dont « *l'absence de réponse médicale aux infertilités d'origine utérine* » : « *L'absence d'utérus, d'origine congénitale ou accidentelle, pourrait être l'une des « indications » médicales de la GPA – ce terme apparaissant toutefois pour le moins contestable, dans la mesure où il s'applique non pas à un produit de santé ou à une thérapeutique, mais à une personne. Ainsi, le syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser (MRKH), qui se caractérise par l'absence congénitale d'utérus et des deux tiers supérieurs du vagin, atteint une femme pour 4 500, soit environ 200 par an, selon un rapport récent de l'Académie nationale de médecine. La stérilité peut également résulter d'une ablation de l'utérus, du fait notamment d'une hystérectomie pratiquée suite à une hémorragie de la délivrance lors d'un accouchement, éventualité qui se produirait dans une grossesse sur mille environ (700 à 800 cas par an). L'existence d'une rupture utérine ou encore d'un placenta accreta⁶⁰⁶ peut aussi entraîner l'ablation de l'utérus ; autrefois exceptionnelles, ces deux éventualités seraient devenues plus fréquentes avec l'augmentation du nombre de césariennes. Enfin, un cancer peut être à l'origine de l'ablation de l'utérus. Le recours à la GPA pourrait, par ailleurs, être motivé par l'existence de malformations et d'anomalies fonctionnelles de l'utérus, résultant notamment de la prise de distilbène par la mère, de curetages après avortements spontanés dans les suites de couches ou, plus rarement d'aspirations pour interruptions volontaires de grossesse. Enfin, parmi les situations médicales qui seraient susceptibles de justifier le recours à la grossesse pour autrui, l'Académie nationale de médecine évoque les risques de rupture utérine, les antécédents d'avortements spontanés ou de grossesses extra-utérines à répétition, d'échecs successifs de fécondation in vitro ou encore les maladies mettant en jeu la vie de la mère au cours de la*

⁶⁰⁶ Le placenta accreta est une insertion du placenta, fait de villosités, dans le myomètre. Cette situation est fréquente en cas de placenta inséré bas sur une cicatrice de césarienne. Elle arrive aussi chez les femmes ayant beaucoup d'enfants ou de multiples curetages.

grossesse, par exemple une hypertension artérielle grave ou une insuffisance rénale sévère. Pour ces femmes qui souhaitent procréer alors qu'elles n'ont pas d'utérus fonctionnel, il n'y a pas actuellement de réponse médicale. (...) Il en résulte qu'à l'heure actuelle, il n'y a pas de réponse thérapeutique à certaines formes de stérilité et donc d'alternative possible à la GPA. ».

La mission parlementaire relève bien l'argument de la nécessité puisqu'aucune autre alternative médicale n'existe dans tous les cas médicaux qu'elle décrit. En effet, l'absence d'alternative constitue la définition que nous avons donnée de la nécessité au sens strict.

660. En réponse à la conclusion quelque peu tranchée de la mission parlementaire, deux propositions de loi du Sénat tendant à autoriser et à encadrer la gestation pour autrui ont été déposées en des termes identiques, le 27 janvier 2010⁶⁰⁷, par des sénateurs tant de droite que de gauche. Ces propositions de loi prévoient la même modification du code de la santé publique en insérant un chapitre trois intitulé « gestation pour autrui »⁶⁰⁸ rédigé de la façon suivante :

« Art. L. 2143-1. - La gestation pour autrui est le fait, pour une femme, de porter en elle un ou plusieurs enfants conçus dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation en vue de les remettre, à leur naissance, à un couple demandeur selon les conditions et modalités définies au présent titre.

Art. L. 2143-2. - Peuvent bénéficier d'une gestation pour autrui les couples qui remplissent, outre les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-2, celles fixées aux alinéas suivants :

1° L'homme et la femme doivent tous deux être domiciliés en France ;

2° La femme doit se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou ne pouvoir la mener sans un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître ;

3° L'enfant doit être conçu avec les gamètes de l'un au moins des membres du couple.

⁶⁰⁷ Propositions de loi, Sénat, n° 233 et n° 234, 27 janvier 2010.

⁶⁰⁸ Intégré au sein du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique.

661. La condition de la nécessité médicale est ainsi exprimée : l'impossibilité de mener à bien une grossesse ou de ne pouvoir la mener sans courir un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître⁶⁰⁹.

Bien que la dernière révision des lois bioéthiques ait écarté la légalisation de la maternité pour autrui, une proposition de loi récente, enregistrée le 31 juillet 2012⁶¹⁰, vise à faire reconnaître dans l'ordre juridique français la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse, à l'étranger, de façon régulière selon les lois de l'Etat. Il est proposé d'insérer, après l'article 336-1 du code civil, un article 336-2 ainsi rédigé : « *Lorsque l'état civil de l'enfant a été établi par une autorité étrangère en conformité avec une décision de justice faisant suite à un protocole de gestation pour autrui, cet état civil est transcrit dans les registres français sans contestation possible aux conditions que la décision de justice soit conforme aux lois locales applicables, que le consentement libre et éclairé de la femme qui a porté l'enfant soit reconnu*

⁶⁰⁹ Les autres modalités de la mise en place de la gestation pour autrui sont suivantes : « Art. L. 2143-3. - *Peut seule porter en elle un ou plusieurs enfants pour autrui, la femme majeure, domiciliée en France et ayant déjà accouché d'un enfant au moins sans avoir rencontré de difficulté particulière durant la grossesse puis l'accouchement.*

Une femme ne peut porter pour autrui un enfant conçu avec ses propres ovocytes.

Une mère ne peut porter un enfant pour sa fille.

Une femme ne peut mener plus de deux grossesses pour autrui.

Art. L. 2143-4. - *Les couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et les femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui doivent en outre obtenir l'agrément de l'Agence de la biomédecine.*

Cet agrément est délivré après évaluation de leur état de santé physique et psychologique par une commission pluridisciplinaire dont la composition est fixée par décret.

Il est valable pour une durée de trois ans renouvelable.

Tout refus ou retrait d'agrément doit être motivé.

Art. L. 2143-5. - *La mise en relation d'un ou de plusieurs couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et d'une ou de plusieurs femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui ne peut donner lieu ni à publicité ni à rémunération. Elle ne peut être réalisée qu'avec l'agrément de l'Agence de la biomédecine.*

Art. L. 2143-6. - *Le transfert d'embryons en vue d'une gestation pour autrui est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire.*

Le juge s'assure du respect des articles L. 2143-1 à L. 2143-5.

Après les avoir informés des conséquences de leur décision, il recueille les consentements écrits des membres du couple demandeur, de la femme disposée à porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte et, le cas échéant, celui de son conjoint, de son concubin ou de la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité.

Le juge fixe la somme que les membres du couple demandeur doivent verser à la femme qui portera en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Cette somme peut être révisée durant la grossesse. Aucun autre paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au titre de la gestation pour autrui.

Art. L. 2143-7. - *Toute décision relative à une interruption volontaire de la grossesse est prise, le cas échéant, par la femme ayant accepté de porter en elle un ou plusieurs enfants pour autrui.*

Art. L. 2143-8. - *Aucune action en responsabilité ne peut être engagée, au titre d'une gestation pour autrui, par les membres du couple bénéficiaire de cette gestation, ou l'un d'entre eux, à l'encontre de la femme ayant accepté de porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte. »*

⁶¹⁰ Proposition de loi n° 736, autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui, enregistrée à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2012.

par cette décision et que les possibilités de recours contre cette décision soient épuisées ». L'article 336-2 serait inséré au sein de la section intéressant les actions relatives à la filiation ; l'article 336 concerne en effet la contestation de la filiation par le ministère public en cas de fraude à la loi ou d'indices tirés des actes eux-mêmes qui rendent invraisemblable la filiation. C'est sur le fondement de cet article que la Cour de cassation refuse, pour l'instant, de reconnaître la retranscription des actes d'état civil pour les enfants nés de mère porteuse à l'étranger⁶¹¹.

662. Ainsi, si le législateur maintient encore l'interdiction de la grossesse pour autrui dans le droit français, il envisage de reconnaître en revanche des effets à la grossesse pour autrui dans l'ordre juridique français. Cela signifie que la pratique des mères porteuses ne serait désormais plus contraire à l'ordre public français. Les valeurs de la société française en matière de filiation connaîtraient alors une mutation considérable. Selon cette proposition de loi, que les enfants soient nés de mère porteuse paraîtrait acceptable au regard du droit de la filiation alors qu'organiser et autoriser que des femmes mettent leur utérus à disposition d'autrui demeurerait prohibé. Tolérer les effets et non la pratique semble très hypocrite et dangereux pour la législation à venir. Une fois cette tolérance instaurée dans l'ordre juridique français, il sera difficile de trouver des arguments de poids pour empêcher l'organisation des mères porteuses en France. En effet, les obstacles relevés par les principales instances tiennent aux conséquences de la pratique. À travers l'autorisation de retranscription, il s'agirait d'admettre que les conséquences de la gestation pour autrui ne sont pas contraires à l'ordre public français. Un pas de géant serait fait sur le chemin de l'autorisation de la gestation pour autrui.

La question s'était posée au sujet d'un thème tout à fait différent mais pour lequel le raisonnement juridique peut être parfaitement transposé puisqu'il s'agit aussi de l'état des personnes : la reconnaissance d'effets juridiques aux répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Après une hésitation de la jurisprudence, celle-ci s'est finalement fixée en refusant de voir reconnaître des effets à cette pratique de droit étranger au motif que celle-ci heurtait les principes de l'ordre public français, notamment l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Les conséquences d'une situation juridique valable à l'étranger ont donc été écartées en raison de leur contrariété avec l'ordre public français. C'est exactement le cas des conventions de mère porteuses conclues à l'heure actuelle à l'étranger.

⁶¹¹ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, n° 07.20-468.

663. Finalement, le sujet de la légalisation de la grossesse pour autrui est au cœur de l'actualité politique et juridique, et la notion de nécessité médicale semble constituer un socle solide à la justification de celle-ci. En cela, il semble que la théorie juridique soit allée bien au-delà de l'esprit du texte originel de l'article 16-3 du code civil ayant posé les jalons de la disposition du corps humain à travers la « la nécessité thérapeutique ». Pour cette raison notamment, l'utilisation de la notion de nécessité médicale peut donc être qualifiée d'indésirable, car bien éloignée de sa finalité originelle, pour ne pas dire tout à fait contraire à son aspiration initiale qui était de protéger le corps humain.

664. Seule lueur d'espoir, le Parlement Européen, dans la définition du cadre politique de l'Union en matière de lutte contre les violences faites aux femmes, a adopté une résolution le 5 avril 2011⁶¹², dans laquelle il « invite les États membres à reconnaître le problème grave de la maternité de substitution, qui constitue une exploitation du corps de la femme et de ses organes reproducteurs », mais aussi « souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction; et enfin, « fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales ».

665. En conclusion, tant l'euthanasie active que le clonage reproductif et la grossesse pour autrui peuvent être justifiés, légitimés et finalement autorisés grâce à la notion de nécessité médicale. Ces actes, une fois exercés par le corps médical dans le cadre de leur profession, deviennent des actes médicaux. Si la loi détermine des conditions dans lesquelles ils répondent à une difficulté majeure dans l'existence d'une personne, on peut alors dire qu'ils sont médicalement nécessaires à l'obtention d'un état de bien-être de la personne. L'euthanasie peut être nécessaire à celui qui souffre de façon incommensurable, sans aucun espoir de guérison, mais qui ne peut, ou ne veut, lui-même mettre fin à ces jours, pour pouvoir accéder à la non-souffrance. Le clonage reproductif et la gestation pour autrui peuvent également être considérés comme médicalement nécessaires, dans le cas d'une personne qui

⁶¹² Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes (2010/2209(INI)), adoptée le 5 avril 2011.

ne peut avoir d'enfant car elle n'a pas d'utérus ou ne produit pas de gamètes, pour avoir un enfant issu de son patrimoine génétique.

La détermination de ce qui est nécessaire est fonction de la finalité poursuivie, du résultat recherché. Dans l'article 16-3 du code civil, le but est « médical pour la personne ». Si le but poursuivi est d'avoir un enfant issu de son patrimoine génétique, et que l'on présente une défaillance médicalement constatée pour enfanter, le clonage reproductif ou la gestation pour autrui deviennent les moyens nécessaires à cette fin.

666. Pour cet ensemble de raisons, la notion de nécessité médicale peut connaître une utilisation tout à fait indésirable car très éloignée de son rôle originel. L'esprit des premières lois bioéthiques de 1994 était en effet de poursuivre la protection du corps humain contre les atteintes extérieures.

667. *Conclusion du chapitre.* L'utilisation de la notion peut ainsi être qualifiée d'indésirable à double titre. D'abord, en considération des dérogations successivement dépeintes, car elles sont innombrables et sans cohérence. Ce qui est indésirable n'est pas d'avoir permis ou prohibé de telles dérogations, mais d'avoir évincé une notion fondamentale telle que la nécessité médicale, d'y avoir dérogé sans plus de ménagement, sans cohérence de régime, touche par touche, ce qui a eu pour effet de délabrer le principe même de nécessité médicale. Déroger à un principe fondamental, sans même l'énoncer, est indésirable pour la cohérence du régime juridique de protection du corps humain. Créer une notion qui ne sert qu'à être enfreinte et qui se trouve quasiment inappliquée, est indésirable. C'est ensuite en raison du potentiel de signification de la notion, que l'usage qui peut en être fait est indésirable. Si la notion permet de fonder l'autorisation du clonage reproductif ou de la gestation pour autrui qui sont aujourd'hui des pratiques expressément prohibées, c'est qu'elle est extrêmement éloignée de sa raison d'être initiale. Cette notion peut donc être utilisée dans l'optique d'aboutir au résultat parfaitement inverse de sa raison d'être, la protection du corps humain : l'atteinte et l'exploitation du corps humain. L'utilisation possible de la notion démontre que cette notion a été élaborée pour des raisons occultes, non exposées au débat.

668. *Conclusion du titre.* L'usage de la notion de nécessité médicale peut également paraître discutable au regard du double usage très paradoxal dont elle fait l'objet. En effet, au terme de ces développements, la notion de nécessité médicale s'avère être utilisée d'une part, pour permettre de porter atteinte au corps humain alors même que la seconde

condition tenant au recueil du consentement de la personne fait défaut. C'est un ensemble d'hypothèses que l'on peut qualifier de « viol de l'intégrité corporelle » en ce sens que la volonté de la personne fait défaut, soit parce que son refus n'est pas respecté, soit parce que son consentement n'est pas recueilli. La nécessité médicale est alors l'instrument du viol de l'intégrité corporelle. Elle incarne dans ce cas tout ce que la loi de 1994 relative à la protection du corps humain souhaitait combattre : l'atteinte injustifiée au corps humain et l'atteinte au principe d'inviolabilité. D'autre part, la notion de nécessité médicale s'avère être utilisée de façon déviante : soit par son non-usage, c'est-à-dire l'accumulation d'un nombre considérable de dérogations légales, soit par un usage proprement déviant puisqu'il s'agit de tenter de légitimer des pratiques tout à fait prohibées par le droit (euthanasie, gestation pour autrui, etc.). La notion incarne alors l'ultime passerelle vers le « tout-permis ». Elle devient l'instrument d'une mise à disposition toujours plus grande du corps humain. En cela, la notion de nécessité médicale est un outil permissif, au sens juridique du terme, rendant le corps humain toujours plus disponible, contrairement à la finalité première de l'article 16-3 du code civil.

Car enfin, il faut absolument le rappeler : les premières lois « bioéthiques » de 1994, relatives à la protection du corps humain avaient pour dessein de chercher à protéger la personne humaine contre les atteintes potentielles engendrées par les progrès de la médecine, la recherche, etc.

Le changement du terme « thérapeutique » par le terme « médicale » a provoqué, entre autres considérations, tout le contraire des effets escomptés, à tout le moins, affichés. En effet, l'ensemble des usages de la notion analysés au fil des développements, constitue l'exact opposé de l'usage qui était destiné à la notion de nécessité thérapeutique.

L'usage de la notion de nécessité médicale provoque l'effet contraire de l'effet juridique recherché. L'aboutissement de la notion est donc éminemment contestable.

669. Face à cette conclusion, la réflexion mène à un essai de proposition d'utilisation souhaitable de la notion de nécessité médicale, inspirée de la raison d'être originelle de la notion, mais aussi d'une réalité jurisprudentielle qui tend, peut-être, à se développer. Il s'agit d'opérer un retour aux sources et de chercher à protéger, de façon efficiente, le corps humain grâce à la notion de nécessité médicale. Au premier abord, cette idée peut paraître simpliste, elle est pourtant d'une efficacité redoutable devant les juridictions. Il s'agit de donner à la notion de nécessité médicale un rôle tout à fait différent que celui de permettre toujours plus d'atteintes au corps humain : celui de sanctionner, par les

règles de responsabilité civile, l'atteinte à l'intégrité du corps humain non médicalement nécessaire.

TITRE 2 : L'UTILISATION SOUHAITABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE

670. À ce stade du raisonnement et au regard des critiques majeures précédemment formulées, il est indispensable de se demander si la notion de nécessité médicale doit être ou non conservée, avant de formuler une proposition d'utilisation souhaitable de celle-ci.

À titre préliminaire, l'examen des changements possibles de la notion doit être fait, dans l'optique de rechercher la notion la plus adaptée au régime juridique existant aujourd'hui relativement à la protection du corps humain (chapitre 1).

Ce n'est qu'une fois les successeurs potentiels de la notion de nécessité médicale évincés, qu'un rappel et un renouveau de l'utilisation souhaitable de la notion peuvent être proposés (chapitre 2). S'il est souhaitable que les professionnels de santé, comme les juridictions, prennent conscience de l'existence et de la portée de la notion de nécessité médicale, celle-ci représente surtout un atout majeur dans la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé.

CHAPITRE 1 : LA CONSERVATION PREALABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE

671. L'étude de la pertinence ou de la non-pertinence de la conservation de la notion de nécessité médicale est un préalable indispensable à la formulation d'une utilisation souhaitable de celle-ci.

À la question de savoir si la notion de nécessité médicale doit être conservée ou remplacée, la prise en compte de deux grandes hypothèses de changements aide à répondre.

Il est d'abord naturel de se tourner vers la notion première, celle qui avait été largement débattue à l'occasion de l'adoption de la loi du 29 juillet de 1994 relative à la protection du corps humain : le critère de « nécessité thérapeutique », qui a été abandonné en 1999, afin d'analyser les avantages et les inconvénients qu'il présente (Section 1). Certains auteurs proposent, à l'inverse, de faire mûrir encore une fois la condition de l'article 16-3 du code civil, au regard des progrès toujours plus grands de la médecine et de la mutation des valeurs sociétales françaises mais aussi européennes, vers plus de permissivité. C'est ainsi que le

critère de « l'intérêt médical » comme autorisant l'atteinte au corps humain, a été proposé en remplacement de celui de « nécessité médicale » (Section 2). Il convient d'examiner successivement les avantages et les inconvénients de ces notions.

Section 1 : L'hypothèse du changement pour le critère de la « nécessité thérapeutique » ou un retour en arrière insatisfaisant

672. Le changement de la notion de « nécessité médicale » par le critère de la « nécessité thérapeutique », semble opérer un retour vers la situation antérieure à 1999. Ce critère pourrait alors présenter les désavantages qu'on lui connaissait à l'époque ; toutefois, des solutions semblent envisageables pour remédier au problème posé en 1998 par la Cour de cassation. Ainsi, il est possible d'examiner d'abord les avantages que présente un retour à l'utilisation de la notion de nécessité thérapeutique, notamment au regard de la cohérence des régimes juridiques (§1), pour ensuite se demander si les inconvénients de cette notion constituent un obstacle majeur ou s'ils peuvent, au contraire, faire l'objet d'une parade juridique pertinente (§2).

§1. La concordance avec la réglementation fiscale et de protection sociale

673. Tant le régime de l'assurance-maladie que la réglementation fiscale applicable aux activités des professionnels de santé font preuve d'intérêt pour le qualificatif « thérapeutique ». L'avantage serait donc de rechercher la cohérence entre les régimes juridiques.

C'est ainsi que l'administration fiscale, par application du droit et de la jurisprudence de l'Union européenne, utilise la notion d'acte « thérapeutique » en tant que critère d'assujettissement à la Taxe sur la Valeur Ajoutée (A). Parallèlement, la logique du régime de l'assurance-maladie voudrait que le caractère thérapeutique soit le critère de référence de couverture des actes (B).

A. Les actes non thérapeutiques désormais soumis à TVA

674. L'administration fiscale a pris le parti d'opérer une distinction majeure entre les actes à visée thérapeutique et les actes sans visée thérapeutique dans le but de soumettre à l'imposition de la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) certaines activités médicales et paramédicales. Selon une interprétation stricte de la notion de soins, les actes non thérapeutiques sont désormais soumis à l'imposition de la TVA.

Le code général des impôts dispose, à l'article 261, que sont exonérés de TVA : « *Les soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales réglementées, par les praticiens autorisés à faire usage légalement du titre d'ostéopathe et par les psychologues, psychanalystes et psychothérapeutes titulaires d'un des diplômes requis, à la date de sa délivrance, pour être recruté comme psychologue dans la fonction publique hospitalière ainsi que les travaux d'analyse de biologie médicale et les fournitures de prothèses dentaires par les dentistes et les prothésistes ;* ». Cet article résulte de la transposition de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

675. C'est dans la définition du soin que l'administration fiscale a décidé d'innover en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶¹³. Deux rescrits fiscaux sont intervenus⁶¹⁴. Le premier en date du 15 mars 2011 répond à la question de savoir si les expertises médicales sont exonérées de TVA. L'administration fiscale répond que « *les prestations, telles que les expertises médicales, dont la finalité principale est de permettre à un tiers de prendre une décision produisant des effets juridiques à l'égard de la personne concernée ou d'autres personnes ne constituent pas des prestations de soins à la personne susceptibles de rentrer dans le champ de l'exonération de l'article 132-1-c de la directive. A cet égard, le fait qu'elles fassent appel aux compétences médicales du praticien et impliquent des activités typiques de la profession de médecin est sans incidence sur cette analyse.* ».

L'administration fiscale porte une seule atténuation à cette interprétation. L'assujettissement à la TVA ne concerne que les praticiens exerçant à titre exclusif l'activité d'expertise : « *Cela étant, la doctrine administrative DB 3 A 1153, § 63 prévoit que les expertises médicales réalisées par un médecin dans le prolongement de son activité exonérée*

⁶¹³ CJUE, 20 novembre 2003, affaires C-307/01 Peter d'Ambrumenil et C-212/01 Margarete Unterperntinger ; CJUE, 8 juin 2006, affaire C-106/05 L.U.P GMBH, V. points 29 à 37.

⁶¹⁴ Rescrits n° 2011/4 (TCA) et n° 2012/25 (TCA).

de soins à la personne peuvent bénéficier de l'exonération prévue par l'article 261-4-1° du CGI. Ainsi, les médecins qui réalisent à titre exclusif des expertises médicales et qui ne peuvent par conséquent revendiquer le bénéfice de cette doctrine doivent soumettre leurs prestations à la TVA. ».

L'administration fiscale se fonde sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne pour poser le caractère thérapeutique comme critère de référence, en précisant toutefois qu'il convient de ne pas entendre cette notion dans un sens étroit mais *largo sensu* : « La Cour de justice de l'Union européenne a considéré que ne constituent des prestations de soins à la personne au sens de cette disposition, que les seules prestations ayant une finalité thérapeutique, entendue comme visant à protéger, maintenir ou rétablir la santé des personnes. Cette dernière notion ne devant toutefois pas être comprise dans une acception trop étroite qui la priverait de son effet utile, des analyses qui ont pour objet l'observation et l'examen des patients à titre préventif sont susceptibles de constituer des « prestations de soins à la personne » exonérées de TVA⁶¹⁵. »

676. La CJUE rappelle, dans l'un des arrêts qu'elle a rendu sur la question, le 20 novembre 2003⁶¹⁶, que : « S'agissant de la notion de «prestations de soins à la personne», la Cour a déjà jugé au point 18 de son arrêt D., précité, et réaffirmé au point 38 de son arrêt Kügler, précité, que cette notion ne se prête pas à une interprétation incluant des interventions médicales menées dans un but autre que celui de diagnostiquer, de soigner et, dans la mesure du possible, de guérir des maladies ou anomalies de santé.

S'il découle de cette jurisprudence que les «prestations de soins à la personne» doivent avoir un but thérapeutique, il ne s'ensuit pas nécessairement que la finalité thérapeutique d'une prestation doive être comprise dans une acception particulièrement étroite (...). En effet, il ressort du point 40 de l'arrêt Kügler, précité, que les prestations médicales effectuées à des fins de prévention peuvent bénéficier d'une exonération au titre de l'article 13, A, paragraphe 1, sous c), de la sixième directive. Même dans les cas où il s'avère que les personnes qui font l'objet d'examens ou d'autres interventions médicales à caractère préventif ne souffrent d'aucune maladie ou anomalie de santé, l'inclusion desdites prestations dans la notion de « prestations de soins à la personne » est conforme à l'objectif de réduction du coût des soins de santé (...).

⁶¹⁵ C'est notamment ce que précise l'arrêt du 8 novembre 2006 relatif à des actes de biologie médicale, CJUE, 8 juin 2006, affaire C-106/05 L.U.P GMBH, V. points 29 à 37.

⁶¹⁶ Arrêt du 20 novembre 2003 n° 212/01, précité.

En revanche, les prestations médicales effectuées dans un but autre que celui de protéger, y compris de maintenir ou de rétablir, la santé des personnes ne peuvent, selon cette même jurisprudence, bénéficier de l'exonération (...). Il convient d'observer que, eu égard à leur finalité, l'assujettissement de ces prestations à la TVA n'est pas contraire à l'objectif de réduire le coût des soins de santé et de rendre ces derniers plus accessibles aux particuliers.

Ainsi que l'a relevé à juste titre M^{me} l'avocat général aux points 66 à 68 de ses conclusions, c'est la finalité d'une prestation médicale qui détermine si celle-ci doit être exonérée de la TVA. »

677. L'annonce du second rescrit fiscal, publié le 10 avril 2012, a fortement retenti au sein du corps des professionnels de santé. Ce rescrit répond à la question de savoir quelles sont les conditions d'éligibilité des actes de médecine esthétique à l'exonération de TVA, au titre de l'article 261 du code général des impôts. L'administration fiscale répond en rappelant les termes de la directive européenne ainsi que ceux du texte du code général des impôts. Puis, elle rappelle également que *« concernant la condition tenant à la nature des soins, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que seules les prestations à finalité thérapeutique, entendues comme celles menées dans le but de prévenir, de diagnostiquer, de soigner et, dans la mesure du possible, de guérir des maladies ou anomalies de santé sont susceptibles de bénéficier de l'exonération de TVA »*. La conclusion est limpide lorsqu'elle indique qu'en matière de médecine esthétique, les actes pratiqués par les médecins ne sont éligibles à l'exonération que dans la mesure où ils sont considérés comme poursuivant une finalité thérapeutique et que par conséquent, les actes à visée purement esthétique, ne peuvent être considérés comme poursuivant un tel but et doivent être soumis à la TVA.

678. Ce qui est assez étonnant est que l'administration fiscale considère que certains actes esthétiques peuvent bénéficier de l'exonération de TVA car ceux-ci poursuivent une finalité thérapeutique du fait de leur prise en charge totalement ou partiellement par l'Assurance maladie. C'est le cas, notamment, d'après ce rescrit *« des actes de chirurgie réparatrice et certains actes de chirurgie esthétique justifiés par un risque pour la santé du patient ou liés à la reconnaissance d'un grave préjudice psychologique ou social. »*

À cet égard, l'administration fiscale se fonde sur la classification de l'Assurance maladie, dont on a pu constater que, si elle est, à l'origine, fondée sur le caractère médicalement nécessaire de l'acte, elle semble désormais déconnectée d'une telle référence.

679. Jusqu'à la parution de ces rescrits, le droit positif ne distinguait pas entre les actes thérapeutiques et les autres. L'administration fiscale a donc créé une classification découlant sur deux régimes juridiques distincts. Il ne semble pas que la Cour de justice de l'Union européenne ait entendu établir une distinction aussi stricte entre actes à visée thérapeutique et actes sans visée thérapeutique. Sur la question de la qualification des actes de médecine esthétique et de chirurgie esthétique, la question est en suspens devant la CJUE puisqu'une question préjudicielle a été posée par la Suède, le 21 avril 2012, demandant des précisions sur les conditions d'éligibilité des actes de médecine esthétique à l'exonération de TVA.

680. Les deux arrêts rendus le 20 novembre 2003 par la CJUE apportent déjà des éléments de réponse importants même s'ils ne concernent que les activités d'expertise médicale, d'établissement de certificats médicaux ou de biologie médicale. La Cour rappelle que la directive⁶¹⁷ n'exonère pas l'ensemble des prestations qui peuvent être effectuées dans le cadre de l'exercice des professions médicales et paramédicales, mais uniquement les « *prestations de soins à la personne* ». À cet égard et selon le raisonnement de la CJUE, c'est la finalité d'une prestation médicale qui détermine si celle-ci doit être exonérée de la taxe. Dès lors, si une telle prestation est effectuée « *dans un contexte permettant d'établir que sa finalité principale n'est pas la protection, y compris le maintien ou le rétablissement, de la santé mais plutôt la fourniture d'un avis exigé préalablement à l'adoption d'une décision produisant des effets juridiques, l'exonération ne s'applique pas à ladite prestation.*⁶¹⁸ »

⁶¹⁷ Plus précisément l'article 13, A, paragraphe 1, sous c), de la sixième directive 77/388, relatif à l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée.

⁶¹⁸ La CJUE poursuit : « *Ainsi, l'article 13, A, paragraphe 1, sous c), doit être interprété en ce sens que l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée prévue par cette disposition s'applique aux prestations médicales consistant à :*

- *procéder à des examens médicaux de particuliers, à la demande d'employeurs ou de compagnies d'assurances,*
- *procéder à des prises de sang ou au prélèvement d'autres échantillons corporels afin d'y tester la présence de virus, d'infections ou d'autres maladies à la demande d'employeurs ou de compagnies d'assurances, ou*
- *délivrer un certificat médical d'aptitude, par exemple, d'aptitude à voyager, lorsque ces prestations visent principalement à protéger la santé de la personne concernée.*

En revanche, ladite exonération ne s'applique pas aux prestations suivantes, effectuées dans le cadre de l'exercice de la profession médicale :

- *délivrer des certificats médicaux dans le contexte de l'octroi d'une pension de guerre,*
- *procéder à des examens médicaux en vue de préparer un rapport médical d'expert relatif à des questions de responsabilité et à l'évaluation du dommage subi par des particuliers envisageant d'introduire une action en justice pour dommages corporels,*
- *préparer, à la suite des examens visés au tiret précédent, des rapports médicaux basés sur des notes médicales, sans toutefois procéder à des examens médicaux,*
- *effectuer des examens médicaux en vue de préparer des rapports médicaux d'experts relatifs à des cas d'erreurs médicales à la demande de personnes envisageant d'introduire une action en justice,*

Ainsi, pour déterminer si un acte médical fait partie de la catégorie des « soins à la personne », et peut donner lieu à une exonération, la Cour de Justice de l'Union européenne se fonde sur la finalité de l'acte, qui doit être la protection ou le maintien ou le rétablissement de la santé de la personne. Elle indique alors expressément que les actes de prévention sont concernés. La Cour précise à cette occasion qu'une expertise médicale peut tantôt poursuivre la protection de la santé de la personne et être exonérée de la TVA, tantôt n'avoir qu'un objectif indemnitaire et être soumise à la TVA. La Juridiction tient le même raisonnement à l'égard de l'établissement de certificats médicaux.

681. L'administration fiscale a, peut-être à juste titre, estimé que la définition donnée par la CJUE correspondait à la définition *largo sensu* du qualificatif « thérapeutique ».

Ainsi, selon l'interprétation de l'administration fiscale française, tout acte dont la finalité est la protection, le maintien ou le rétablissement de la santé, en ce y compris les actes de prévention, est un acte à visée thérapeutique.

Cette proposition de définition du caractère thérapeutique paraît fondamentale. Il est permis de retenir de ces développements une définition du caractère thérapeutique commune à la jurisprudence de l'Union européenne et à l'administration fiscale française.

En considérant cette définition, revenir à la notion de nécessité « thérapeutique » au sein de l'article 16-3 du code civil permettrait alors d'harmoniser les régimes juridiques. Les actes portant atteinte à l'intégrité du corps humain, en principe autorisés, seraient constitués des actes nécessaires ayant pour finalité la protection, le maintien ou le rétablissement de la santé de la personne, en cela compris les actes de prévention. C'est, en effet, à la condition de retenir une définition *largo sensu* du caractère thérapeutique que l'on peut envisager un retour à la notion de nécessité thérapeutique.

682. À ce stade du raisonnement, il est opportun d'examiner l'avantage que présente la notion de nécessité thérapeutique au regard de sa concordance avec la législation de l'assurance-maladie.

B. Les actes thérapeutiques remboursés par la Sécurité sociale ?

- préparer, à la suite des examens visés au tiret précédent, des rapports médicaux basés sur des notes médicales, sans toutefois procéder à des examens médicaux. »

683. Deux textes fondamentaux en la matière permettent de déterminer les actes couverts par l'assurance-maladie, et donc remboursables, ainsi que les conditions de cette couverture. Il s'agit d'une part de la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) édictée par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM), d'autre part de la classification commune des actes médicaux (CCAM) édictée par le même organisme.

C'est une décision de l'UNCAM du 11 mars 2005, publiée au Journal Officiel du 30 mai 2005, qui a distingué les deux grandes parties de cette liste et qui a fondé la détermination du caractère remboursable des actes. Cette décision a été modifiée maintes fois depuis, et les modifications sont toutes publiées au Journal Officiel.

684. Il est particulièrement difficile d'apporter une réponse ferme à la question de savoir si le critère thérapeutique est le critère déterminant de remboursement des actes des professionnels de santé. Il est incontestablement le critère fondateur ; cependant, il semble connaître quelques accroc.

Le code de la sécurité sociale, à travers l'article L.321-1, 1°, énonce que l'assurance-maladie prend en charge certains actes médicaux⁶¹⁹, lorsqu'ils sont nécessaires à l'assuré. C'est ensuite en fonction du service médical rendu (SMR) que la Haute Autorité de Santé formule un avis sur l'inscription ou la radiation d'un acte sur la liste des actes couverts, la décision finale revenant à l'UNCAM.

Une Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé⁶²⁰ a été créée au sein de la Haute Autorité de Santé. Celle-ci a pour mission d'examiner toute question relative à l'évaluation et au bon usage des dispositifs médicaux et des technologies de santé en vue de leur remboursement par l'Assurance maladie, y compris ceux financés dans le cadre des prestations d'hospitalisation. Depuis juillet 2010, elle évalue également les actes médicaux. Cette Commission donne désormais un avis sur les conditions d'inscription des actes et leur inscription à la Classification Commune des Actes Médicaux ainsi que sur leur radiation de cette liste.

L'article L.162-1-7 du code de la sécurité sociale précise que l'évaluation du service attendu prend en compte l'intérêt diagnostique ou thérapeutique et l'intérêt de santé publique. Dans l'appréciation de l'intérêt diagnostique ou thérapeutique sont considérées l'efficacité, la

⁶¹⁹ Notamment d'après cet article, les actes de médecine générale et spéciale, de soins et de prothèses dentaires, pharmaceutiques et d'appareils, d'examens de biologie médicale, y compris d'investigation individuels, d'hospitalisation et de traitement dans des établissements de soins, de réadaptation fonctionnelle et de rééducation ou d'éducation professionnelle, ainsi que d'interventions chirurgicales.

⁶²⁰ Elle est composée d'experts choisis en raison de leur compétence scientifique.

sécurité et la place de l'acte dans la stratégie diagnostique ou thérapeutique. L'intérêt de la santé publique est évalué en terme d'impact sur la santé de la population (mortalité, morbidité, qualité de vie, besoin thérapeutique non couvert eu égard à la gravité de la pathologie), d'impact sur le système des soins, et d'impact sur les programmes et politiques de santé publique.

Cet article précise également que doit être appréciée l'amélioration du service attendu (ASA), c'est-à-dire le bénéfice supplémentaire apporté par l'acte évalué par rapport aux techniques alternatives déjà existantes.

La nécessité thérapeutique est donc au fondement de l'inscription ou de la radiation d'un acte sur la liste des actes remboursables.

685. Toutefois, deux atténuations doivent être apportées à cette considération. D'abord, les impératifs d'ordre économique ont largement affaibli la portée de ce critère. Certains actes qui peuvent paraître médicalement nécessaires ne sont pas pour autant pris en charge par l'assurance-maladie⁶²¹, notamment dans le cadre de la prévention. Ensuite, l'évolution des mœurs et de l'opinion scientifique concernant certains actes ont modifié les limites classiques de ce qu'il est classiquement défini comme « thérapeutique ». C'est le cas de la prise en charge de certaines opérations de chirurgie esthétique dite « réparatrice ». Il s'agit parfois de modifier uniquement l'apparence physique ; cependant, le réconfort mental apporté par ce changement peut être considéré comme salutaire au bien-être de la personne. Nous pensons au cas des transsexuels, mais pas seulement. Certaines opérations que l'on pourrait qualifier de « convenance » sont parfois prises en charge par l'assurance-maladie.

À titre d'exemple, la décision originelle de l'UNCAM du 11 mars 2005, relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance-maladie, a classé au titre des « actes thérapeutiques sur l'appareil génital féminin », la ligature et section de la trompe utérine (JJPE001), et plus précisément, l'interruption unilatérale ou bilatérale de la perméabilité des trompes utérines par insertion de dispositif intratubaire, par hystéroscopie, dont l'indication se trouvait être : « *le risque lié à la cœlioscopie est élevé ; technique irréversible* ». Le texte initial précise que la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 fixe un cadre légal à cet acte ; et que la facturation se fait : « *si médicalement justifié* ». C'est ce qui

⁶²¹ Il en est ainsi de la chirurgie réfractive de l'œil visant à corriger les troubles et défauts de la vision, qui est pourtant un acte thérapeutique.

explique la mention « *remboursement sous conditions* » figurant au sein du tableau. L'acte est ainsi remboursé par l'Assurance maladie, s'il est médicalement justifié.

Depuis la décision de l'UNCAM du 2 octobre 2012 (article 2), l'indication de cet acte médical, qui est remboursé sous conditions, a été considérablement modifié puisque désormais, l'indication est la suivante : « *Indication : femmes majeures en âge de procréer souhaitant une stérilisation tubaire permanente comme moyen de contraception définitive et irréversible* ⁶²² ».

L'assurance-maladie en opérant cette modification fait entrer dans la catégorie des actes thérapeutiques, les actes de stérilisation pratiqués pour motif de contraception. Si tel n'est pas le cas, une contradiction manifeste existe au sein des textes de protection sociale.

686. Au commencement de l'étude, le cas de la stérilisation à visée contraceptive semblait incarner le parfait exemple d'acte pratiqué pour convenance personnelle. Même si cette qualification est aisément défendable, on doit prendre acte de la qualification opérée par l'UNCAM, sauf mauvaise interprétation. Selon l'UNCAM, l'acte chirurgical de stérilisation à visée contraceptive pratiquée sur une femme est un acte thérapeutique.

Si l'on s'en tient à la définition européenne du caractère thérapeutique, dont s'est inspirée l'administration fiscale française, l'acte thérapeutique est celui qui vise à protéger, maintenir ou rétablir la santé d'une personne. En cela, la contraception peut constituer un moyen de prévention pour conserver la bonne santé d'une personne, selon les cas.

687. La définition du caractère thérapeutique par le régime de protection sociale français semble coïncider et s'aligner sur la définition fiscale du caractère thérapeutique des actes médicaux et paramédicaux.

L'influence de la directive européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne n'y est pas étrangère. Le caractère thérapeutique est dès lors quelque peu fluctuant, selon que ce soit le médecin, l'assurance-maladie ou l'administration fiscale qui le définisse.

688. Il est plausible qu'en cas de retour à la notion de nécessité thérapeutique dans le corps de l'article 16-3 du code civil, l'interprétation de ce caractère réside dans les mêmes

⁶²² Décision du 2 octobre 2012 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie, JO n° 0265 du 14 novembre 2012, p. 17972, texte n° 14.

sources. La concordance des régimes juridiques est un avantage indéniable pour la cohérence du droit en général, notamment dans une période où l'inflation législative n'est plus à démontrer. Selon CARBONNIER, « *il y a plutôt trop de droit* ⁶²³ ». À cet excès de droit vient s'ajouter quasiment de façon logique, l'apparition d'incohérences voire de contradictions entre les textes. Le manque cruel de cohérence d'ensemble concerne une grande partie des branches du droit, et la doctrine est unanime pour le dénoncer et s'en inquiéter. Même si le phénomène n'est pas nouveau, il faut s'en émouvoir, car il s'aggrave et ne semble connaître aucune limite.

Si le retour à la condition de nécessité thérapeutique présente un avantage véritable, il n'est pas certain que les inconvénients qu'elle entraîne soient de moindre importance. Dès lors, il est primordial d'examiner les obstacles qu'un éventuel retour à la notion de nécessité thérapeutique rencontrerait.

§2. *L'obstacle tenant aux actes non thérapeutiques actuellement autorisés*

689. Revenir à la condition de « nécessité thérapeutique » impose de s'interroger sur le sort des actes non thérapeutiques, qui constituent aujourd'hui une catégorie de même importance que les actes thérapeutiques. Dans une vision classique du caractère de ce qui est « thérapeutique », c'est le cas, par exemple, des actes de stérilisation à visée contraceptive et de l'ensemble des actes pratiqués pour une procréation médicalement assistée. Toute l'activité de chirurgie à visée esthétique est également concernée. Nous avons vu que cet obstacle peut être balayé par une interprétation extensive du caractère « thérapeutique ». En considérant qu'à cette étape du raisonnement, il règne une grande incertitude sur ce qui peut être qualifié de thérapeutique, il convient d'envisager l'hypothèse dans laquelle la définition du terme thérapeutique exclut les actes de convenance personnelle, donc les stérilisations à visée contraceptive, la chirurgie à visée esthétique, etc. Nous raisonnons alors de la même façon que la Cour de cassation en 1998.

690. On ne saurait valablement proposer que ces actes ne soient plus autorisés, tant l'évolution des mœurs est prégnante sur la question. Face à la réserve que suscite un tel retour en arrière et malgré une possible interprétation laxiste de la notion, une autre solution semble

⁶²³ La première partie de l'ouvrage « Flexible droit » s'ouvre sur cette affirmation, *Flexible droit, Pour une*

tout à fait appropriée. Ainsi que nous l'avons expliqué, une autorisation expresse de la loi peut suffire à déroger à la condition de principe permettant de porter atteinte au corps humain. Selon l'adage *specialia generalibus derogant*⁶²⁴, les lois spéciales viennent déroger aux lois générales, sans pour autant qu'une contradiction paralysante n'existe dans la théorie juridique. Cette maxime d'interprétation a une portée absolue selon la doctrine, bien que cette règle ne soit inscrite dans aucun texte de droit positif. Cette règle permet au juge de disposer d'une liberté d'appréciation dans l'application de la loi. Dans la jurisprudence, on retrouve l'utilisation de cet adage en matière de responsabilité civile, notamment pour l'articulation entre les articles 1386 et 1384 alinéa 1^{er} du code civil.

691. À l'occasion de l'avis rendu par la Cour de cassation le 6 juillet 1998 à propos de l'illicéité de la stérilisation à visée contraceptive, le législateur aurait pu réagir en créant une autorisation expresse de la loi venant déroger à l'article 16-3 du code civil posant l'exigence de nécessité thérapeutique. Au lieu de procéder de la sorte et de créer une disposition spéciale, le législateur a préféré modifier le principe lui-même.

Pour tenter de justifier cette réforme, certains auteurs arguent de ce que l'état de nécessité thérapeutique n'englobait pas les actes de prévention. Nous ne pouvons avaliser un tel raisonnement puisque les actes de prévention attentatoires au corps humain ne faisaient pas, dans leur ensemble, l'objet de contestations quant à leur licéité⁶²⁵. L'acte de prévention a pour fonction d'éviter la survenue d'une maladie ; en cela, il peut tout à fait être inclus dans la définition de ce qui est thérapeutique. C'était d'ailleurs l'avis du parlementaire et professeur Jean-François MATTEI, lorsqu'il fit voter le texte de 1994, comportant le principe de nécessité thérapeutique.

D'ailleurs, l'administration fiscale, s'agissant de la détermination des actes soumis à TVA, n'a pas envisagé d'inclure dans la catégorie des actes non thérapeutiques, les actes de prévention, bien au contraire. Si l'on s'en réfère aux rescrits fiscaux du 15 mars 2011 et 12

sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

⁶²⁴ Maxime d'interprétation et adage de droit romain présent dans le Digeste ; H. Roland et L. Boyer, *Adage de droit français*, Litec, 4e éd. 1999, V. *Specialia generalibus derogant*, n° 418, spéc. p. 845. Cet adage est complété par *Generalia specialibus non derogant* (les lois de portée générale ne dérogent aux lois spéciales). Ce dernier implique, selon les auteurs précités, que « l'adoption d'une loi générale n'affecte pas la loi spéciale, qui fera désormais figure d'exception par rapport au texte postérieur ». Cependant, cet adage n'a pas une portée absolue, contrairement à *Specialia generalibus derogant* qui ne fléchit jamais.

⁶²⁵ V. rapp. n° 1057 de Jean-François Mattei et n° 2871 de M. Bernard Bioulac au nom de la Commission spéciale lors du vote de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

avril 2012 sur la question, les actes de prévention font partie intégrante des actes de nature thérapeutique.

Il est donc particulièrement discutable d'avoir choisi de modifier le principe général inscrit à l'article 16-3 du code civil, afin de répondre au problème particulier de la stérilisation à visée contraceptive.

692. Il est vrai, cependant, que les discussions au Sénat lors de la première lecture de la loi du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle, et ayant substitué le terme « médicale » au terme « thérapeutique », avaient relevé cet argument, qui n'avait d'ailleurs pas fait l'unanimité. Le Secrétaire d'Etat Bernard KOUCHNER avait émis toutes les réserves sur cette modification en considération du potentiel de définition que recouvrait le terme « médicale ».

Il faut rappeler qu'au commencement, cette loi n'avait pas pour dessein de réformer le principe posé à l'article 16-3 du code civil. Elle avait pour but de créer la couverture maladie universelle. Entre diverses modifications de codes très hétéroclites, c'est l'avant-dernier article de la loi (article 70) qui a opéré le changement en disposant, de façon lacunaire, que : *« Dans le premier alinéa de l'article 16-3 du code civil, le mot : « thérapeutique » est remplacé par le mot : « médicale ». »*

Le projet de loi initial déposé le 3 mars 1999⁶²⁶ par Madame Martine AUBRY ne comportait que 38 articles et n'avait pour dessein que de réduire les inégalités face à l'accès aux soins des personnes les plus défavorisées. Il ne comportait aucune disposition concernant l'article 16-3 du code civil. Ce n'est que le 3 juin 1999, à l'occasion des discussions ayant mené à l'adoption en première lecture du projet par le Sénat, qu'un amendement a été déposé en vue de cette modification. La question de savoir si le terme « thérapeutique » englobait ou non les actes de prévention avait été posée, ainsi que celle de savoir si la recherche était comprise dans le domaine du terme « médicale ». Monsieur Bernard KOUCHNER, alors secrétaire d'Etat, avait émis toutes les réserves sur le remplacement du terme « thérapeutique » par le terme « médicale »⁶²⁷. L'amendement, habilement présenté par

⁶²⁶ Projet de loi n° 1419 du 3 mars 1999.

⁶²⁷ Sénat, Séance du 3 juin 1999, Procès-verbal, p.35 : *« Par amendement n° 213 rectifié bis, M. Autain et les membres du groupe socialiste proposent d'insérer, après l'article 37 ter viciés, un article additionnel ainsi rédigé : « Dans le premier alinéa de l'article 16-3 du code civil, le mot : "thérapeutique" est remplacé par le mot : "médicale". » La parole est à M. Autain. M. François Autain. (...) Avec l'amendement n° 213 rectifié bis, il s'agit de réparer ce que l'on pourrait appeler une « coquille » dans la loi sur la bioéthique, concernant une modification que celle-ci a apportée au code civil. Le code civil prévoit en effet, depuis le vote de cette loi, qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique. Dans la mesure où*

le terme « thérapeutique » exclut la prévention, cette disposition conduit à rendre illégale toute intervention portant atteinte au corps humain dès lors qu'il s'agit, non pas de soigner, mais de prévenir une maladie. Ces interventions peuvent être en effet considérées comme des blessures volontaires imputables au praticien et sanctionnées en application des articles 222-9 et 222-10 du code pénal. Le texte initial du projet de loi présenté en son temps par M. Jacques Toubon, alors garde des sceaux, ne visait pas la « nécessité thérapeutique » : il était question de « nécessité médicale ». Si M. Toubon avait été suivi, le problème que nous rencontrons aujourd'hui ne se poserait pas. C'est M. Jean-François Mattei qui, à l'Assemblée nationale, a proposé de remplacer « nécessité médicale » par « nécessité thérapeutique », car il voulait exclure la recherche,...

M. Bernard Kouchner, secrétaire d'Etat. Voilà ! **M. François Autain**. ... ce en quoi je suis tout à fait d'accord avec lui. En séance publique, le 20 avril 1994, le ministre avait fait part de son désaccord sur cette modification, craignant, avec quelque raison - la suite nous l'a prouvé - que le mot « thérapeutique » ne puisse être compris comme excluant aussi la prévention. La jurisprudence intervenue depuis montre que c'est effectivement cette interprétation qui a été retenue par les juges. Pourtant, M. Mattei avait indiqué que la thérapeutique incluait la prévention, et l'Assemblée nationale avait adopté la modification qu'il proposait. Mais une dissolution est intervenue depuis lors, et je me prends donc à espérer que les nouveaux députés ne suivront plus aussi aveuglément que par le passé dans cette voie leur éminent collègue le professeur Mattei et que, si cet amendement était adopté par notre assemblée, il aurait peut être quelques chances de l'être aussi à l'Assemblée nationale. Pour être complet, j'ajoute que, à ma connaissance, il n'est pas prévu de remettre sur le métier cette deuxième loi sur la bioéthique et que, par conséquent, on ne peut pas invoquer une telle révision pour y renvoyer le règlement du problème que je soulève. C'est la raison pour laquelle j'invite le Sénat à corriger dès maintenant, en votant cet amendement, la « coquille » qui s'est glissée dans la loi sur la bioéthique et qui est née d'un malentendu au sein de la majorité d'alors.

M. le président. Quel est l'avis de la commission ? **M. Claude Huriet**, rapporteur. La commission est favorable à cet amendement. J'avoue que, plus familier du code de la santé publique que du code civil, j'ai toujours quelques états d'âme quand il s'agit de toucher à celui-ci ; je m'en étais d'ailleurs ouvert à notre collègue M. François Autain. Néanmoins, les arguments qu'il vient de faire valoir me paraissent convaincants. Je me suis toujours demandé si certaines interventions de chirurgie esthétique ne se trouvaient pas mises en cause par cet article du code civil. Cela étant, je ne suis pas sûr que la modification proposée par M. Autain change quoi que ce soit à cet égard.

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ? **M. Bernard Kouchner**, secrétaire d'Etat. J'avoue mon embarras et je conserve une certaine réticence. J'ai entendu vos arguments, monsieur Autain. Vous avez bien montré la différence entre ce que recouvraient respectivement l'expression « nécessité thérapeutique » et l'expression « nécessité médicale », celle-ci incluant la prévention. Je ne suis, certes, pas sûr de moi, mais j'ai le sentiment que nous ne devons pas souscrire à cet amendement. Nous allons consulter les services du ministère de la justice afin d'essayer de savoir exactement ce qu'il en est de certaines interventions chirurgicales de prévention, comme la ligature des trompes, par exemple. Dans le doute qui est le mien, pour l'heure, j'émetts un avis défavorable.

M. le président. Monsieur Autain, l'amendement est-il maintenu ? **M. François Autain**. Monsieur le secrétaire d'Etat, je vais tenter de vous faire gagner du temps ou, tout au moins, de vous éviter la création d'un comité de plus ! (Sourires.) Relisons ensemble le premier alinéa de l'article 16-10 du code civil : « L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ». Vous constatez avec moi que le code distingue les fins médicales de la recherche scientifique, d'où l'on peut conclure que les unes excluent l'autre, et inversement. Cela étant, monsieur le secrétaire d'Etat, si une rectification de l'amendement était de nature à apaiser vos inquiétudes, je ne verrais pas d'inconvénient à ne plus remplacer le mot « thérapeutique » par le mot « médicale » et à ajouter au mot « thérapeutique » les mots « ou préventive », de façon à lever toute ambiguïté. De la sorte, la recherche ne pourrait plus être comprise d'une façon ou d'une autre dans le mot « médicale ». Telles sont les propositions, très constructives, je pense, que je vous fais, monsieur le secrétaire d'Etat. Voilà tout de même des années que nous discutons de ce problème et je souhaiterais que vous puissiez émettre un avis favorable sur une modification qui est attendue avec impatience par un certain nombre de spécialistes, et pas seulement par les chirurgiens esthétiques, qui ont été évoqués, mais également par les gynéco-obstétriciens.

M. le président. Monsieur Autain, dois-je comprendre que vous rectifiez votre amendement ? **M. François Autain**. Non, monsieur le président, j'essaie simplement de convaincre M. le secrétaire d'Etat. Si toutefois ce dernier n'accepte mon amendement qu'à la condition que je le rectifie, je m'exécute. Il m'est déjà arrivé de retirer des amendements ! Si je n'arrive pas à convaincre M. le secrétaire d'Etat de cette façon, il est évident que j'en tirerai les conséquences, mais je ne retirerai pas pour autant mon amendement !

M. le président. Monsieur le secrétaire d'Etat, cédez-vous à l'amicale pression de M. Autain ou restez-vous sur votre position ? **M. Bernard Kouchner**, secrétaire d'Etat. Non seulement je reste sur ma position, monsieur le président, mais, à la réflexion - après avoir écouté M. Autain, j'ai matière à réfléchir - je pense que le mot « médicale », contrairement au mot « thérapeutique », inclut la recherche. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, que la science médicale s'exclue elle-même de la recherche. Pour l'heure, donc, je maintiens l'avis défavorable du Gouvernement, en vous assurant, monsieur Autain, que je vais réfléchir au problème.

M. le

Monsieur François AUTAIN, comme la rectification d'une coquille, due à un malentendu de l'époque au sein de la majorité, n'avait donc pas emporté l'avis favorable du gouvernement. M. AUTAIN avait alors proposé de procéder à la modification suivante : ajouter « ou de prévention » à la notion de nécessité thérapeutique. Le critère d'atteinte à l'intégrité du corps humain aurait été l'état de « nécessité thérapeutique ou de prévention ». L'amendement a toutefois été maintenu, contre l'avis du secrétaire d'Etat et le projet de loi modifié par le Sénat en première lecture a prévu le remplacement de la notion par celle de « nécessité médicale » (projet n° 1677).

693. La motivation du changement du qualificatif « thérapeutique » affichée à l'époque des débats parlementaires n'est finalement pas valable aujourd'hui. À la question de savoir si les actes de prévention pouvaient être qualifiés d'actes « thérapeutiques », la Cour de Justice de l'Union européenne a répondu favorablement ; l'administration fiscale française a également apporté des éléments de réponse favorables. Quant à la motivation d'opportunité, relative aux ligatures des trompes utérines pour motif contraceptif, il est possible d'y répondre en créant une loi spéciale venant déroger au principe général de nécessité médicale. Le régime de l'activité de chirurgie esthétique en est une illustration marquante. En effet, avant la substitution du terme médical au terme thérapeutique en 1999, l'activité de chirurgie à visée esthétique était largement développée depuis déjà quelques décennies. Aucune voix ne s'était élevée pour contester la licéité de cette activité. La raison en était que des textes spéciaux régissaient l'activité de chirurgie à visée esthétique, venant ainsi l'autoriser et déroger au principe général de « nécessité thérapeutique » ou de « finalité thérapeutique », pour la période précédant la loi du 29 juillet 1994. La chirurgie à visée esthétique était donc parfaitement licite avant la loi de 1999 relative à la couverture maladie universelle.

Ce mécanisme pourrait tout à fait trouver à s'appliquer pour les actes non nécessaires à la « protection, le maintien ou le rétablissement de la santé », selon la définition du caractère thérapeutique retenue par la Cour de Justice de l'Union européenne. Les actes médicaux dépourvus de caractère thérapeutique pourraient être autorisés du fait d'une loi spéciale venant poser une autorisation expresse et dérogatoire.

694. Au final, il ne demeure aucune des raisons d'être de la substitution du terme médical au terme thérapeutique.

Il faut en conclure que la notion de nécessité médicale pourrait, sous certaines conditions, être remplacée par la notion de nécessité thérapeutique. Les deux conditions seraient : d'adopter la définition large et modernisée du caractère thérapeutique telle qu'elle est posée par la Cour de Justice de l'Union Européenne et de prévoir ensuite une loi spéciale venant déroger aux dispositions générales de l'article 16-3 du code civil pour certains actes seulement.

Section 2 : L'hypothèse du changement pour le critère d'intérêt médical

695. On peut imaginer qu'à la notion de nécessité médicale succède la notion d'intérêt médical, dont le domaine d'application apparaît plus vaste. Certaines propositions doctrinales s'achèment en ce sens (§1) ; toutefois ce changement entraînerait des conséquences néfastes, constituant des obstacles majeurs à l'adoption de ce critère pour justifier l'atteinte portée au corps humain (§2).

§1. La proposition de la notion d'intérêt

696. Dans sa thèse de doctorat consacrée à « *La justification des atteintes médicales au corps humain*⁶²⁸ », Mme Noémie KLEIN propose de réformer la notion de nécessité médicale en la remplaçant par la notion d' « intérêt médical » : « *les actes médicaux pratiqués dans l'intérêt personnel de la personne qui les subit ne relèvent pas tous d'une nécessité médicale. Ils n'en sont pas moins justifiés, soit au regard de nouvelles lois qui sont venues explicitement les autoriser et les encadrer, soit au regard de la coutume et de la jurisprudence. La notion de nécessité médicale pour la personne, posée par l'article 16-3 du code civil, est donc inadaptée à la réalité de la pratique médicale. Sans doute celle d'intérêt médical serait-elle mieux en adéquation avec cette pratique, la notion d'intérêt étant moins restrictive que celle de nécessité* ».

par la commission et repoussé par le Gouvernement. (L'amendement est adopté.) »

⁶²⁸ « *La justification des atteintes médicales au corps humain* », Noémie Klein, Thèse de doctorat, 17 décembre 2010, Université Paris VIII Saint-Denis-Vincennes, sous la direction de Patricia Henion-Jacquet.

697. À ce raisonnement doit être objectée l'extension considérable de domaine que le terme intérêt engendrerait. Le champ des actes possibles et autorisés par un tel critère ne se limiterait pas à la « pratique médicale » ; il engloberait de nombreux actes non encore autorisés. Le cas de la gestation pour autrui pourrait constituer un cas d'intérêt médical pour la personne, plus qu'un cas de nécessité médicale. S'il y a un grand intérêt à devenir parent, il n'y en a jamais la nécessité.

La considération qui pousse l'auteur à cette proposition tient à la constatation des pratiques médicales existantes. Elle constate enfin que la notion d'intérêt thérapeutique pour autrui est également trop étroite car son domaine ne comprend pas la recherche médicale sur la personne humaine, l'intérêt thérapeutique d'autrui étant seulement potentiel et futur, et non réel. La référence expresse à l'autorisation de la loi est proposée comme solution pérenne. L'auteur propose en conclusion de remplacer l'alinéa premier de l'article 16-3 du code civil par les termes suivants : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas d'intérêt médical pour la personne ou lorsque la loi le prévoit* ».

698. Dans les travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1994⁶²⁹ relative à la protection du corps humain, se trouvait un projet non retenu, mais non dépourvu d'intelligence, qui proposait une formulation de l'article 16-3 du code civil tout à fait différente de celle qui a été retenue par la suite. Elle employait le terme « intérêt ». L'expression était celle d'« intérêt thérapeutique » pour la personne et non de « nécessité thérapeutique » ou « médicale » pour la personne. La proposition consistait à distinguer trois catégories d'intérêts : l'intérêt de la personne, l'intérêt de la société et l'intérêt d'autrui. Dominique THOUVENIN explique, dans ses écrits⁶³⁰, avec beaucoup de clarté et de pertinence, la proposition initiale de l'énoncé de l'article 16-3 ainsi que ses modifications successives jusqu'au vote de la loi du 29 juillet 1994. On constate alors que, dans l'exposé des motifs du projet de loi n° 2599, il était affirmé « *le droit de chacun d'être légalement protégé contre les atteintes des tiers* » mais également que « *le droit de l'individu à l'intégrité de son corps doit être parfois combiné avec d'autres droits, libertés et intérêts supérieurs* ». Et il suivait « *...une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne peut être justifiée par l'intérêt de celle-ci (intervention chirurgicale), d'un tiers (don et greffe d'organes), ou de la société (recherche scientifique)* ». Les deux dernières hypothèses devant être regroupées sous l'égide de l'exception « *des hypothèses d'atteintes prévues par la loi* ». Cependant, à la suite d'un

⁶²⁹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

changement de majorité à l'Assemblée, la discussion fut interrompue et lorsqu'elle reprit, la référence aux atteintes prévues par la loi fut supprimée⁶³¹. Dans la loi de 1994 n'a été finalement conservée que l'hypothèse de la personne elle-même mais sous le terme de nécessité et non plus d'intérêt. La suppression de ces hypothèses et l'ajout du complément « pour la personne » ont conduit à donner un domaine plus restreint à l'article 16-3 et en complète contradiction avec les dispositions⁶³² du code de la santé publique issues, elles aussi, de la loi de 1994. C'est sans doute pour cela que, plus tard, en 2004⁶³³, dans la révision de ces mêmes lois, le législateur ajouta, dans le corps de l'article 16-3 et à la suite de la nécessité médicale, l'hypothèse de « l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

699. Force est de constater que ces notions de nécessité et d'intérêt sont étroitement liées dans l'histoire des lois bioéthiques, et que le choix de leur utilisation, ou non, a un impact considérable.

700. S'il est exact que l'adoption d'un critère tel que l'« intérêt » permettrait de faire correspondre le principe juridique avec la réalité des pratiques et des permissions existantes, il n'en demeure pas moins que d'importants inconvénients de la notion doivent être relevés.

§2. Les objections à l'adoption de la notion d'intérêt

701. Il convient d'exposer les raisons pour lesquelles la notion d'intérêt ne paraît pas appropriée au domaine de la protection du corps humain. La première objection est que la notion d'intérêt ne constitue pas un critère limpide de sens, puisqu'elle a un double sens, objectif et subjectif⁶³⁴. D'abord, l'intérêt peut se définir comme ce qui convient à une personne, ce qui lui est avantageux, bénéfique dans un domaine moral, social et parfois matériel. C'est l'ensemble des avantages appartenant à quelqu'un. Cette idée d'avantage est

⁶³⁰ V. Dominique Thouvenin, « *les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil* », D. 2000, chron., p. 485.

⁶³¹ C'est le rapporteur au Sénat, Guy Cabanel, qui proposa de supprimer la référence à la loi dans l'un et l'autre alinéas, ce qui eut pour effet de proposer une règle de portée générale rendant licites uniquement les seules atteintes au corps humain de nature thérapeutique pour la personne.

⁶³² Ces dispositions du code de la santé publique prévoyant le don et le prélèvement d'organes et tissus du corps humain et organisant l'atteinte au corps pour la recherche scientifique.

⁶³³ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁶³⁴ V. n° 46 à 49 de la présente étude.

séduisante en ce qui concerne le domaine de l'article 16-3 du code civil, puisqu'elle n'est pas sans rappeler le principe de proportionnalité entre les bénéfices espérés et les risques encourus par la personne.

Ensuite, l'intérêt a un sens subjectif qui paraît potentiellement dangereux. Dans ce sens, l'intérêt est ce qui importe dans l'esprit de quelqu'un, ce qui suscite son attention ou fait l'objet de ses préoccupations. Cette acception entend également le mot « intérêt » au sens de la disposition de l'esprit et du cœur, c'est-à-dire l'état d'attention de l'esprit, inspiré par quelque chose, qu'il juge important, captivant, qui répond à sa curiosité, ses motivations.

Ce peut être, enfin, la qualité de quelque chose qui fait susciter l'intérêt, l'attention ; selon l'expression « *avoir de l'intérêt pour...* ».

Dans ce sens, on trouve d'ailleurs la forme du terme « intérêt » suivi d'un déterminatif, qui est un adjectif, et qui désigne le genre, la nature de l'intérêt, comme par exemple « l'intérêt scientifique » ou « l'intérêt historique » alors que « l'intérêt de » suivi d'un substantif désigne ce qui présente cette qualité, par exemple, « l'intérêt d'un livre », « l'intérêt de votre réputation », « l'intérêt de votre santé ».

C'est cette forme, désignant le genre ou la nature de l'intérêt, qui doit être retenue dans le cadre de l'article 16-3 du code civil. Ce dernier sens particulier désigne l'importance, l'utilité de quelque chose.

702. Il s'agit donc bien d'un dérivé du sens subjectif du mot, que l'on retrouve fréquemment dans le code de la santé publique. On peut dès lors s'étonner de l'emploi dans la loi d'un signifiant, à ce point subjectif, alors qu'il s'agit de l'utilisation du corps humain et de ses éléments. En outre, cette notion contient un admirable paradoxe puisqu'elle peut signifier à la fois le sentiment égoïste qui nous attache à notre utilité particulière et le sentiment opposé à l'intérêt égoïste qui nous inspire souci d'une personne ou d'une chose.

Le danger vient de ce que, comme l'écrivait BOSSUET, l'intérêt est infiniment changeant : « *L'intérêt, comme vous savez, n'a point de maximes fixes ; il suit les inclinations, il change avec les temps, il s'accommode aux affaires*⁶³⁵ ». La signification du mot « intérêt » peut donc potentiellement teindre les articles de la loi d'une couleur subjective, voire changeante selon les circonstances ou les personnes.

⁶³⁵ Jacques-Bénigne Bossuet, *Sermons, Justice*, I.

703. Les dispositions de la loi intégrant le mot « intérêt » plutôt que le mot « nécessité » contiendraient donc des règles de droit davantage sujettes à la subjectivité de chacun, permettant le jeu d'une malléabilité certaine.

704. Pour cette raison, et au motif de l'élargissement considérable que le changement du terme « nécessité » au profit de celui d' « intérêt » engendrerait dans le champ des actes possibles, la notion d'intérêt semble devoir être exclue d'une éventuelle proposition. En effet, la seconde objection à l'adoption de ce critère tient en effet à l'élargissement considérable du champ des actes autorisés que la notion d'intérêt provoquerait nécessairement.

705. À travers le choix du terme qualifiant la nécessité et dessinant donc la fin à atteindre, la véritable question n'est peut-être pas de savoir quel est le terme dont le domaine est le plus étendu. Elle est davantage de savoir ce qui est de l'essence de l'activité du médecin et du professionnel de santé en général. La question est davantage celle de la définition, voire de la redéfinition de ce qu'est la médecine. La médecine est-elle ce que choisissent d'en faire les médecins ou peut-elle faire l'objet d'une définition ? En effet, Le terme médical renvoie à l'exercice de la médecine et à son objet ; en cela, la définition appartient au corps médical -la chirurgie esthétique en est l'exemple, parmi d'autres-. Le terme thérapeutique, au contraire, renvoie à la situation du patient : on ne peut qualifier un acte de « thérapeutique » qu'en regardant le patient et sa situation. Au contraire, on peut qualifier un acte de « médical » en regardant uniquement le médecin ou le professionnel de santé.

Il ne faut pas refuser d'admettre une réalité qui est apparue au fil des développements précédents : la substitution du terme médical au terme thérapeutique a eu pour effet immédiat de remettre l'entière appréciation de la légalité des actes entre les mains du corps médical. Le seul rempart à ce pouvoir étant la notion de nécessité, il convient de la conserver et de ne pas céder à l'attraction pragmatique de la notion d' « intérêt ». Il est en effet, sans conteste, de l'intérêt d'un couple d'avoir des enfants, si tel est leur désir. En revanche, il n'est jamais « nécessaire » d'avoir des enfants.

706. À ce stade du raisonnement, c'est la conclusion majeure de l'étude : l'emploi du terme « médical » pouvant entraîner d'importantes dérives, il est primordial de conserver l'élément de la notion dont le domaine est étroit et strict : celui de la « nécessité ». La nécessité introduit une exigence extérieure à la personne puisque c'est une notion

téléologique, qui n'a de sens que lorsqu'une finalité lui est attribuée. La finalité semble être ici la santé de la personne même si le terme « médical » pose de nombreuses difficultés⁶³⁶. Tout au contraire, l'intérêt n'est pas une notion téléologique, mais une notion éminemment subjective, variable et encore plus malléable. En effet, la notion d'intérêt n'a pas vocation à répondre à une finalité extérieure, nécessaire pour atteindre un résultat ; la finalité de l'intérêt se trouvant dans la personne elle-même, et consistant en un avantage ou à l'importance donnée à quelque chose. Ainsi, la notion d'intérêt paraît présenter tous les défauts de la notion de nécessité, mais de façon exacerbée, et sans les qualités qu'on lui a reconnues.

707. *Conclusion du chapitre.* Même si l'analyse n'a pas permis de relever d'obstacles déterminants au changement de la notion de nécessité médicale pour la notion de « nécessité thérapeutique », celui-ci opérerait un retour en arrière, dont il est fort probable qu'il serait mal perçu et incompris. Il serait incompris car l'idée d'un changement réducteur persisterait ; et, dans le principe, cela serait d'ailleurs exact. Il serait dès lors nécessaire d'accompagner ce remplacement d'une définition de ce qui est thérapeutique et de conserver, le cas échéant, en fonction de cette définition, l'autorisation expresse de la stérilisation à visée contraceptive dans le code de la santé publique, en y indiquant qu'il s'agit dès lors d'une dérogation au principe. Il conviendrait dès lors, d'effectuer un effort important de pédagogie quant aux multiples autorisations expresses de la loi.

En outre, le changement pour le critère de l'intérêt médical est à bannir, car ne contenant aucune notion de proportion, ni aucune finalité extérieure à la personne obligatoire, et constituant au contraire, une notion éminemment subjective.

Il ne demeure donc que deux possibilités : conserver la notion de nécessité médicale ou la remplacer par celle de nécessité thérapeutique, sous certaines conditions incontournables⁶³⁷.

En conclusion, la conservation de la notion, qu'elle soit celle de la « nécessité médicale » ou de la « nécessité thérapeutique », s'avère indiquée pour la protection du corps humain contre des atteintes toujours plus importantes. La notion de « nécessité », même si elle

⁶³⁶ V. Partie 1, titre 1, chapitre 2 de l'étude, n° 139 et s.

⁶³⁷ Adopter une définition *largo sensu* et modernisée du caractère thérapeutique telle qu'elle est posée par la CJUE et aménager quelques lois spéciales venant déroger aux dispositions générales de l'article 16-3 pour certains actes existants.

présente beaucoup de défauts, a le mérite de correspondre à l'état de nécessité, notion juridique traditionnelle, dont le régime est relativement bien défini⁶³⁸. La rigueur de la notion de nécessité présente l'avantage de protéger plus efficacement le corps humain.

708. En toutes hypothèses, que l'on conserve la notion de nécessité médicale, ou que l'on procède à son remplacement par la notion de nécessité thérapeutique : la proposition majeure demeure la même :

L'amélioration qui est souhaitable est d'engager une prise de conscience de l'existence de la notion par un véritable rappel à l'ordre des professionnels du droit et de santé : qu'ils aient la conscience d'un tel principe, lorsqu'ils agissent en portant atteinte au corps humain ou lorsqu'ils agissent en réformant le droit de la « bioéthique » à tout bout de champ, sur des questions spécifiques. Cette prise de conscience engendrerait des effets tant dans la pratique des professionnels que dans l'élaboration de la loi. La seconde proposition, liée à la première, est de développer l'utilisation de la notion dans le domaine de la responsabilité des dommages corporels, domaine naturel de la notion. C'est la place qu'elle devrait avoir. Grâce à cette utilisation, la prise de conscience des professionnels pourra être de plus en plus réelle.

709. Le professionnel de santé qui agit en portant atteinte à l'intégrité du corps humain, alors qu'il n'y a pas de nécessité médicale à son action, ne respecte pas les dispositions de l'article 16-3 du code civil et donc l'autorisation formulée par la loi. Il engage alors sa responsabilité civile. On pourrait penser qu'il engage obligatoirement sa responsabilité pénale, puisque la permission de la loi de porter atteinte au corps humain n'est pas caractérisée ; le délit de violences volontaires pourrait ainsi être retenu. Pourtant, cette déduction systématique n'est pas faite d'après l'analyse de la jurisprudence. Les poursuites se font essentiellement sur le plan de l'indemnisation civile. L'action publique n'est déclenchée que dans de rares cas, ceux pour lesquels la nature de l'infraction commise dans le cadre de l'exercice professionnel est sexuelle et obère par définition l'exigence de nécessité médicale de l'acte commis.

⁶³⁸ V. Partie 1 de l'étude, n° 77 à 101.

CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DE LA NECESSITE MEDICALE
DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES
PROFESSIONNELS DE SANTE

710. Au commencement, la notion de nécessité médicale a pour vocation d'incarner l'exception au principe fondamental « *Noli me tangere* ». La nécessité médicale a donc été créée parallèlement à la détermination de l'interdiction générale de porter atteinte au corps humain. Les atteintes au vivant, lorsqu'elles n'entrent pas dans le cadre de la nécessité médicale, sont alors illicites, hors cadre légal. On serait donc en présence d'une faute civile au premier sens du terme puisque les principes susvisés figurent au sein des premiers articles du code civil. Pourtant, la jurisprudence a tardé à reconnaître la faute civile que représente l'atteinte au corps humain non nécessaire médicalement. Elle l'a davantage prise en compte dans la détermination du préjudice. Dans les deux cas, il s'agit alors d'un contentieux purement indemnitaire (Section 2). C'est davantage le droit pénal qui s'est intéressé le premier à la sanction et à la répression des atteintes injustifiées au corps humain (Section 1). Le code pénal réprime, il est certain, l'atteinte à l'intégrité physique de la personne ; toutefois ce n'est pas nécessairement à travers cette incrimination que la nécessité médicale est utilisée. Les règles disciplinaires des professionnels de santé permettent également d'appliquer la notion de nécessité médicale, sans pour autant chercher à réparer l'atteinte à l'intégrité physique. Il s'agit donc, dans ces hypothèses, de s'intéresser à un contentieux dont l'objet n'est pas la réparation du préjudice subi mais la préservation d'intérêts collectifs, tel que l'ordre public, et les finances publiques.

Section 1 : Un rôle mineur dans le contentieux non indemnitaire

711. La préservation d'intérêts collectifs n'a de sens que pour poursuivre, *in fine*, la protection de l'individu. C'est pourquoi la protection de l'ordre public, à travers les dispositions pénales, intéresse au premier plan l'intimité de la personne, notamment à travers la protection de l'intégrité physique de la personne. La personne humaine est alors protégée contre le professionnel de santé qui agit sans nécessité médicale ou qui n'agit pas, alors que la nécessité médicale l'impose (§1). La préservation d'intérêts collectifs s'exprime également à travers la responsabilité disciplinaire des professionnels de santé. En effet, les règles et le procès disciplinaires poursuivent le même type de finalité que le procès pénal et la

responsabilité pénale : la protection de l'ordre public et la protection de la personne dans ce qu'elle a d'essentiel⁶³⁹. De la même façon, la responsabilité disciplinaire peut être mise en jeu au moyen de l'absence de nécessité médicale des actes réalisés (§2).

§1. *La mise en jeu de la responsabilité pénale au moyen de la nécessité médicale*

712. Le rôle de la nécessité médicale dans la qualification de l'infraction pénale est variable puisque l'on constate qu'il n'est quasiment jamais retenu pour jouer son rôle initial : sanctionner l'atteinte à l'intégrité physique au sens strict, à travers le délit de violences volontaires (A). Toutefois, c'est un critère utilisé pour caractériser l'atteinte au corps humain lorsqu'elle est de nature sexuelle (B). En effet, dans ce cas, l'intention qui anime le professionnel de santé n'est alors plus l'intention de soigner. La notion de nécessité médicale joue enfin un rôle secondaire dans le cadre de la qualification des atteintes involontaires au corps humain ou à la personne humaine (blessures involontaires ou homicide involontaire) ainsi que pour l'omission de porter secours (C).

A. L'absence de nécessité médicale rarement retenue en matière de violences volontaires

713. L'infraction pénale de violences volontaires n'est pas retenue, le plus souvent, par la chambre criminelle de la Cour de cassation quand la question de l'absence de nécessité thérapeutique ou médicale se pose. Seulement deux espèces peuvent être relevées comme considérant la nécessité médicale en tant que critère de légalité de l'acte portant atteinte au corps humain⁶⁴⁰. Dans la première affaire, le recours à la notion de nécessité médicale n'est pas exprès ; il est camouflé sous la question de l'intention de l'auteur de l'acte (1°). Dans la seconde espèce en revanche, le critère de la nécessité médicale de l'acte est ouvertement déterminant de la solution du juge (2°).

⁶³⁹ À cela doit être ajoutée la fonction de protection de la profession.

⁶⁴⁰ Outre le cas, désormais périmé, de la condamnation d'un médecin ayant opéré une personne pour lui tenter de lui donner l'aure sexe, Crim., 30 mai 1991, n°90-84.420, précité.

1°) De l'intention médicale à la nécessité médicale

714. Il s'agit d'abord d'un arrêt de cassation de la chambre criminelle du 6 février 2001⁶⁴¹. Les faits sont les suivants : Isabelle R., 29 ans, a consulté un chirurgien, en vue de l'ablation d'un kyste ovarien. Le chirurgien, observant que la patiente avait souffert d'embolies pulmonaires à l'occasion de deux grossesses antérieures, lui a proposé de mettre l'intervention à profit pour réaliser une stérilisation tubaire. Toutefois, à l'issue de la consultation, la patiente n'a exprimé à cet égard ni consentement, ni refus au chirurgien, qui ne lui a pas reparlé de cette possibilité au cours de l'examen préalable à l'opération. Elle a fait part de son refus d'être stérilisée au médecin chargé de la consultation préanesthésique, qui n'a pas communiqué cette information à ses confrères. Le chirurgien a, au cours de l'opération réalisée avec l'assistance d'un autre anesthésiste-réanimateur, extrait un stérilet qui provoquait une salpingite et stérilisé la patiente en lui posant des clips de Filshie sur les trompes. Selon l'expertise médico-légale ordonnée dans le cadre de l'information ouverte sur la plainte de la victime, celle-ci a présenté, à la suite de cette stérilisation, un syndrome dépressif justifiant une incapacité totale de travail spécifique de 9 jours. Le chirurgien est donc poursuivi pour violences ayant entraîné plus de huit jours d'incapacité totale de travail.

Ainsi, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, et des articles 121-3 et 222-11 du code pénal, la chambre criminelle retient que :

« Attendu que, pour déclarer François E. coupable de ce délit, les juges relèvent que le chirurgien a volontairement porté atteinte à l'intégrité physique de la malade en procédant sur sa personne à une stérilisation tubaire qui n'était pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat, sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé ; qu'ils ajoutent que la faute de service que constitue l'absence de transmission par le médecin chargé de la consultation préanesthésique de l'information relative au refus de la stérilisation exprimé par la patiente n'est pas de nature à exonérer le chirurgien de sa responsabilité pénale ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'élément intentionnel du délit de violences, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; »

715. Le débat s'est porté sur la question de savoir si l'intervention aurait pu être repoussée à plus tard, sans risque majeur pour la patiente. La réponse était affirmative, il n'y

avait pas d'urgence, même si un intérêt médical (de prévention pourrait-on dire) pouvait être retenu au regard des embolies précédentes. Les magistrats de la Cour d'appel considèrent l'absence de nécessité évidente ou de danger immédiat, conjuguée au défaut de consentement, pour caractériser le délit de violences volontaires du médecin. La Cour d'appel semble opérer une confusion (volontaire sans doute) entre l'urgence médicale (qui n'était pas caractérisée en l'espèce, c'est ce que retient la Cour d'appel) et la nécessité médicale (qui pouvait être davantage discutée étant donné la salpingite et les précédents d'embolies pulmonaires, même si l'expertise semble l'avoir écartée). La Cour d'appel ne se pose pas la question de la nécessité médicale dans les bons termes. Elle estime qu'en l'absence d'urgence médicale, le consentement devait impérativement être recueilli, d'autant plus dans le cadre d'une opération lourde de conséquences personnelles. Or, la patiente n'avait pas consenti à l'acte de stérilisation, ce qui apparaît comme déterminant dans la qualification du délit de violences volontaires⁶⁴². Puis, la Cour d'appel explique que le médecin invoque le caractère nécessaire de l'acte. Selon elle, peu importe le caractère médicalement nécessaire de l'acte⁶⁴³ puisque le

⁶⁴¹ Crim., 6 février 2001, n° 00-82.434, Bull. n° 33, p. 87.

⁶⁴² Motifs de la Cour d'appel : « *aux motifs adoptés que la nécessité thérapeutique peut dispenser le praticien du consentement du patient dans les cas d'impossibilité pour le patient de manifester son consentement, d'urgence et de diagnostic vital ; que Mme R. était parfaitement à même d'apprécier au vu des informations qui lui étaient données les risques pour sa vie ou sa santé résultant de son choix qu'il convenait d'éclairer ; que le caractère d'urgence de l'intervention n'était pas absolu ; que l'intervention pouvait être soit reportée dans un court délai, permettant une réflexion sereine, soit être dissociée de l'intervention principale ; que la faute de service hospitalier ne saurait être exclusive ou exonératoire de toute faute personnelle concurrente ; que le docteur E. a bien commis une faute personnelle en ne s'assurant pas directement et personnellement du consentement de Mme R. au cours de l'entretien et de la visite, en ne provoquant pas un entretien normal ou une nouvelle visite, en ne sollicitant pas une réponse claire aux propositions formulées ; que compte tenu de sa longue expérience professionnelle et humaine, le docteur E. ne pouvait pas méconnaître les enjeux humains, psychologiques, familiaux d'une stérilisation ; qu'en l'espèce, les conséquences de l'intervention nécessitaient un consentement formel ; qu'il résulte des explications mêmes du chirurgien que le travail d'information et de dialogue a été manifestement insuffisant, que la thèse d'un consentement tacite de Mme R. ne repose sur aucun élément ; que le fait d'interpréter un silence comme une approbation est constitutif d'une faute ; que l'acte initial même accompli par erreur d'interprétation sur le consentement de la victime a été intentionnel, son résultat voulu étant une atteinte à l'intégrité de la victime, la qualification de l'article 222-11 ne pourra qu'être retenue indépendamment des mobiles ; »*

⁶⁴³ « *Aux motifs propres que l'intervention consistant en la pose de clips destinés à bloquer le processus de création, que le prévenu a proposé de procéder en même temps qu'une ablation d'un kyste de l'ovaire, est un acte important chez une jeune femme de 29 ans, susceptible de répercussions tant sur sa vie personnelle que sa vie de couple, et qui exigeait donc un consentement éclairé ; qu'il n'apparaît pas à l'examen du dossier que le prévenu ait obtenu un accord formel de la plaignante pour qu'il soit procédé à cet acte, et il ne peut se prévaloir de ce que celle-ci, avant l'intervention chirurgicale, n'a pas expressément manifesté son refus ; que le prévenu affirme, contrairement à l'expertise médicale, que la stérilisation de sa cliente était nécessaire eu égard aux embolies pulmonaires dont elle avait souffert et au risque qu'elle encourrait en cas de nouvelle grossesse ; que, même dans ces hypothèses, il n'en demeure pas moins que, faute de l'accord express de Mme R., en raison de l'importance de cette intervention, et faute d'une urgence dans la mesure où elle n'était pas enceinte, le prévenu n'aurait pas dû pratiquer cette stérilisation dans l'immédiat ; que s'il y a peut-être faute du service hospitalier, puisque le médecin anesthésiste, le docteur L., qui n'a pas assisté à l'opération, aurait appris la veille de celle-ci et sans en répercuter l'information auprès du prévenu, l'opposition formelle de Mme R. à la stérilisation projetée par lui, cette faute n'exonère aucunement François E. de sa responsabilité, le chirurgien étant le seul maître en*

consentement devait être recueilli et qu'il ne l'a pas été, ce qui constitue un comportement fautif de la part du médecin. Ainsi, la Cour d'appel ne se pose pas la question de savoir si l'acte était médicalement nécessaire ou non, même si elle relève que l'expertise écarte ce caractère. Pour elle, la violation de la condition de volonté de la patiente suffit à rendre l'acte matériel (opération de stérilisation) punissable pénalement.

La Cour de cassation a un autre raisonnement ; elle met en avant la condition de nécessité médicale de façon détournée. Le défaut de consentement ne caractérise pas en effet à lui seul le délit de violences, dans le cadre de l'activité médicale. Pour la Cour de cassation, l'intention délictuelle de l'auteur de l'acte n'a pas été caractérisée.

La question de l'intention est traitée en doctrine à travers les notions de dol général et dol spécial. La doctrine classique estime que lorsque l'article de loi ne définit pas une intention particulière qui doit présider lors de la commission du délit, la réalisation de l'acte matériel fait présumer l'intention, c'est ce qu'on nomme « dol général ». À l'inverse, lorsque l'incrimination légale précise les conditions de l'intention, on est en présence d'un dol spécial et la réalisation matérielle de l'acte ne suffit pas.

Ainsi, en matière de violence, on est en présence d'un dol général. Selon la doctrine classique, le dol est la « volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi » et « la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales ». L'important est donc que le prévenu ait une représentation de son acte conforme à la réalité et que, s'étant ainsi représenté correctement le réel, il ait choisi de violer la prescription légale. L'application de cette définition au délit de violence volontaire consiste à avoir causé une atteinte à l'intégrité de la personne (élément matériel de l'infraction de violence volontaire) alors même que la loi (en l'occurrence l'article 222-11 du code pénal) prescrit ce type de comportement. La Cour d'appel retient cette définition du dol général. Cela sous-entend-il que pour elle la condition de nécessité médicale n'est pas remplie ? Certainement. Tout au contraire, la Cour de cassation considère que l'intention n'est pas caractérisée : soit parce qu'elle estime que le délit de violence est un dol spécial (mais aucun revirement de jurisprudence n'a été signalé

définitive des gestes opératoires à effectuer ; qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur d'interprétation sur le consentement de la victime, non plus que d'une erreur de diagnostic, mais d'un manque flagrant de concertation et d'information de celle-ci, dans un domaine où en raison de l'importance de la décision à prendre, il y avait nécessité pour le praticien d'obtenir un consentement univoque ; qu'ainsi pour avoir procédé à cette stérilisation sans avoir obtenu cet accord éclairé, le docteur E. a bien commis le délit de violences volontaires qui lui est reproché ; que la peine d'emprisonnement avec sursis et l'amende infligée par le premier juge sanctionne parfaitement les faits commis à leur gravité ; »

par la doctrine⁶⁴⁴), soit parce qu'elle estime que la condition de nécessité médicale était bien remplie. Reste une explication d'ordre technique : le manque de motivation de la Cour d'appel sur la question de l'intention. Nous ne croyons pas à l'explication technique dans cette affaire.

Il apparaît convaincant de considérer que la chambre criminelle estime qu'en présence d'une nécessité médicale, l'intention du médecin ne correspond pas à l'intention du délit de violences volontaires. Le médecin n'a pas agi dans l'intention de blesser la personne mais dans l'intention de lui apporter des soins. En cela, la solution de la chambre criminelle paraît cohérente puisqu'elle s'inspirerait de la traditionnelle permission de la loi à l'égard de l'activité médicale. Cette permission de la loi accordée au corps médical de porter atteinte au corps humain, longtemps coutumière et non écrite, a toujours trouvé sa source dans l'intention qui anime le médecin dans ses faits et gestes : soigner le patient, lui apporter les remèdes nécessaires à sa santé. C'est cette idée qui a été formulée par le législateur en 1994 à travers l'expression « nécessité thérapeutique ».

Selon le raisonnement de la Cour de cassation, l'intention du médecin, si elle est « d'apporter des soins », empêche toute qualification pénale du comportement du médecin. En réalité, la Haute Juridiction se suffit de l'« intention médicale » et n'a que peu de considération pour la notion de nécessité médicale. Elle assimile l'une à l'autre.

Ainsi, cet arrêt peut être interprété comme excluant la qualification de violences volontaires pour l'acte de stérilisation féminine non consentie, au motif de la nécessité médicale.

2°) Une condamnation pour violences volontaires au motif de l'absence de nécessité thérapeutique

716. Une seconde espèce dans laquelle le délit de violences volontaires est retenu au motif que l'acte portant atteinte à l'intégrité du corps humain n'était justifié par aucune nécessité médicale⁶⁴⁵ doit être présentée.

Deux personnes responsables d'établissement recevant des personnes âgées, ont été déclarées coupables du chef de complicité de violences volontaires sur personnes vulnérables ayant entraîné une incapacité totale de travail ne dépassant pas 8 jours. La Cour d'appel de

⁶⁴⁴ V. Cyrille CHARBONNEAU, « *Le dol impossible* », Petites affiches, 17 avril 2001 n° 76, p. 10.

⁶⁴⁵ Crim., 6 août 1997, n° 95-84852.

Paris⁶⁴⁶ les a condamnées à la peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis, accompagnée de l'interdiction pendant 10 années d'exploiter ou de diriger tout établissement soumis aux dispositions du Titre V du Code de la famille et de l'aide sociale. La chambre criminelle de la Cour de cassation rejetant le pourvoi, a confirmé le raisonnement adopté par la Cour d'appel. Celui-ci a consisté à considérer que les mesures de contention physique qui étaient pratiquées sur une durée minimale de 12 heures et généralisées au sein de la maison de retraite, ne constituaient pas des mesures justifiées par une nécessité thérapeutique -l'affaire ayant été jugée en 1995, avant la réforme de la notion-

La motivation de la Cour d'appel est limpide, lorsqu'est prononcée la condamnation "*aux motifs qu'il résultait de l'information que les pensionnaires de l'établissement étaient soumis, dans une proportion supérieure au tiers, à des mesures de contention qui s'avéraient systématiques de 18 heures 30 au lendemain matin, soit une période de contention forcée d'au moins 12 heures consécutives, qui était associée à la fermeture à clefs des dortoirs et à l'impossibilité d'aller aux toilettes; que, si les systèmes de contention ne sont pas interdits par un texte réglementaire ou même mentionnés dans la charte de la personne âgée dépendante, il faut comprendre par là qu'ils peuvent être nécessaires à titre individuel et temporaire pour éviter qu'une personne ne soit dangereuse pour elle-même ou pour autrui, même s'il existe, si besoin est, des moyens pharmacologiques moins contraignants d'assurer la sécurité et la tranquillité des pensionnaires ; que la réalisation systématique d'une contention sur plus d'une douzaine d'heures est le constat même d'une incompétence et d'un manque tragique d'encadrement des malades en perte d'autonomie psychique; que la Cour est convaincue que de telles mesures n'avaient pour but que d'assurer la tranquillité de la direction et du personnel de nuit en quantité insuffisante, et était de nature à aggraver la perte d'autonomie des patients concernés; qu'une telle contention nocturne imposée sans nécessité thérapeutique ou de sécurité était constitutive de violences volontaires n'ayant pas entraîné une incapacité totale de travail supérieure à 8 jours, commises sur des personnes hors d'état de se protéger elles-mêmes en raison de leur état physique et mental; que Gilberte X..., veuve Y..., et Francine Y..., ayant prôné et encouragé cette politique de contention systématique, attentatoire à la dignité des personnes âgées, dont elles avaient la charge, se sont rendues complices de ce délit ;*

⁶⁴⁶ Arrêt de la 13^{ième} chambre, 21 février 1995.

717. La référence à la nécessité thérapeutique dans ces hypothèses est assez rare et mérite d'être remarquée. La motivation est d'autant plus remarquable qu'elle est rarissime en la matière. Cependant, il est fort probable qu'une telle solution puisse s'expliquer aussi par le fait que les deux personnes poursuivies n'étaient pas médecins et ne pouvaient apprécier, ni décider, ce qui était nécessaire à la préservation de la santé des résidents⁶⁴⁷.

718. Cette solution rejoint en partie le raisonnement présenté dans le développement précédent : l'intention du professionnel « auteur de l'acte », est déterminante pour les juridictions pénales. L'« intention » est une notion davantage subjective, dont l'appréciation se fait *in concreto* par rapport à la notion peut-être plus objective de « nécessité ». Si l'intention est d'apporter des soins aux personnes, l'infraction de violences n'est pas caractérisée. En l'espèce, l'intention n'était pas celle-là, mais celle d'assurer la tranquillité du personnel puisqu'aucune nécessité médicale ne justifie de tels actes. L'absence de nécessité médicale de la mesure de contention permet de déduire l'intention délictuelle. Lorsqu'un professionnel commet un acte sur le corps humain en l'absence de nécessité médicale, son intention n'est pas d'apporter des soins, à moins de ne pas avoir conscience de l'absence de nécessité médicale (hypothèse de l'erreur).

L'absence de nécessité médicale pour la personne subissant l'atteinte peut également révéler une intention d'une autre nature.

B. L'absence de nécessité médicale caractérise l'infraction de nature sexuelle

719. Il s'agit d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 29 janvier 2003⁶⁴⁸. Dans cette affaire, le médecin poursuivi intente un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 28 mai 2002, qui, pour agressions sexuelles aggravées, l'a condamné à 2 ans d'emprisonnement dont 18 mois avec sursis et mise à l'épreuve. La Cour de cassation rejette le pourvoi en estimant que l'arrêt rendu par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel l'avait mis en mesure de vérifier que tous les éléments de l'infraction étaient

⁶⁴⁷ Les moyens soulevés par les demandeurs au pourvoi tentent d'établir la nécessité médicale des mesures : « qu'en déduisant aussi de ces seuls motifs, que le traitement dont s'agit était imposé sans nécessité thérapeutique ou de sécurité, l'arrêt attaqué, qui s'est prononcé par voie d'affirmation générale sans constater précisément pour chaque personne hébergée et soumise audit traitement, l'absence de nécessité médicale de celui-ci, a privé sa décision de base légale ;

"alors, d'autre part, que la cour d'appel, saisie des conclusions des deux prévenues, soulevant le caractère spécifique de leur établissement, qui s'était spécialisé dans la réception des personnes âgées, dont la situation médicale les orientait vers un placement en milieu psychiatrique, n'a pu, sans répondre auxdites conclusions et sans autres explications, décider que le système de contention appliqué à ces personnes, était médicalement inadapté ».

caractérisés. Les actes incriminés concernaient des mineurs et la circonstance aggravante tenait à ce qu'en tant que médecin, le prévenu avait abusé de l'autorité de sa fonction pour commettre ces actes. Les motifs de l'arrêt de la chambre correctionnelle énoncent parfaitement l'absence de nécessité médicale pour caractériser le délit d'agression sexuelle :

La Cour retient : « *que les gestes reprochés au prévenu ne pourraient ne pas constituer l'infraction s'il s'agissait de gestes médicaux qui justifieraient des palpations ayant pu s'appliquer sinon aux parties sexuelles du moins à la périphérie de ceux-ci, que l'expertise effectuée par le docteur C... concluait à la banalité du geste concernant Gregor A..., que, concernant Ali Z..., les gestes correspondaient partiellement à la recherche de ganglions, que, pour Pierre Y..., la nécessité de passer le bras par dessus le corps du patient ne saurait être retenue puisqu'il était établi que la chambre du patient n'était nullement exigüe ; qu'ainsi, il apparaît que le docteur X... a bien porté des atteintes objectives qualifiées de sexuelles à ses quatre patients, et que cette conviction est renforcée par le fait de ses fréquentes visites à ceux-ci sans que la nécessité médicale ne puisse être invoquée ;*

720. C'est clairement l'absence de nécessité médicale qui permet de qualifier les gestes du médecin d'agression sexuelle. Le caractère non médical du geste est déduit de l'absence de nécessité médicale constatée par l'expert à effectuer ce geste⁶⁴⁹. Là encore, la question de l'intention est intimement liée à celle de la nécessité médicale. De l'absence de nécessité médicale, les juges déduisent l'intention délictuelle. La notion de nécessité médicale emporte donc deux ordres de conséquences : l'acte attentatoire au corps humain n'est plus justifié par la permission de la loi et de cette situation est déduite l'intention délictuelle de l'auteur.

⁶⁴⁸ Crim., 29 janvier 2003, n° 02-84295.

⁶⁴⁹ Les motifs de la Cour d'appel illustrent cette analyse : « *aux motifs que, concernant Pierre Y..., le docteur X... lui avait caressé le torse, pincé le bout des seins et avait prolongé ses caresses jusqu'à son pénis, concernant Ali Z..., celui-ci rapportait que le prévenu est venu dans sa chambre, a caressé son pied non opéré et a remonté sa main le long de sa cuisse, quant à Gregor A..., il rapportait que le docteur X... lui a caressé l'intérieur de la cuisse droite du genou jusqu'à l'aîne en passant sa main sur le drap et lui avait également caressé l'autre cuisse à même la peau ainsi que le ventre, s'agissant de Rémy B..., il indiquait que le docteur X... avait effectué sur lui des palpations au niveau des aisselles et de l'aîne, que la nature de ces différents gestes constituaient incontestablement l'agression sexuelle prévue par la loi ; que dès lors que ces attouchements ont été prodigués dans le cadre d'un établissement hospitalier et de la part du chirurgien qui avait pratiqué sur les patients une intervention chirurgicale, il était également incontestable que ces atteintes sexuelles avaient été commises avec surprise dès lors que les patients, s'agissant au surplus de jeunes adolescents qui ne pouvaient avoir aucun doute sur l'autorité médicale de leur auteur, s'étaient à tout le moins dans un premier temps laissés sans arrière-pensée pratiquer ces attouchements qui pouvaient paraître naturels dans ce contexte particulier ; qu'on ne saurait nier la réalité de ces attouchements dès lors qu'ils ont été relatés par quatre personnes qui, en aucun cas, ne se sont concertées* ».

721. À côté du rôle fondamental que la notion de nécessité médicale doit jouer dans la qualification des infractions pénales, lorsque son absence interdit au professionnel d'agir, elle joue aussi un rôle lorsqu'en sa présence, le professionnel n'agit pas, alors qu'il le devrait. C'est somme toute parfaitement logique : en l'absence de nécessité médicale, le professionnel de santé ne doit pas agir, en situation de nécessité médicale, la loi lui impose d'intervenir, dans la mesure de ces capacités et compétences.

C. La nécessité médicale permet de qualifier un comportement délictuel

722. Ainsi, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans laquelle il y a nécessité médicale, la notion est utilisée pour caractériser une infraction. La jurisprudence relève la nécessité des soins pour caractériser la faute caractérisée du médecin et retenir l'homicide involontaire ou les blessures involontaires, selon le degré de gravité des conséquences survenues. Le médecin qui s'abstient par négligence caractérisée (non par une erreur de diagnostic) peut être poursuivi pour omission de porter secours lorsque la nécessité des soins est caractérisée.

Dans un arrêt du 8 février 2011, la Cour de cassation retient que les juges, « *après avoir constaté que le décès de la patiente est la conséquence d'une occlusion ou hémorragie ayant entraîné une péritonite généralisée, relèvent que, malgré le diagnostic de péritonite posé par le médecin urgentiste et pour laquelle une intervention chirurgicale pouvait être envisagée, le praticien s'est abstenu de tout examen nécessaire de toucher pelvien, d'échographie ou scanner abdominal, en connaissance d'un traitement médicamenteux masquant tout signe de douleur ou de contracture. De plus, il s'est fondé sur les constatations médicales d'un jeune interne inexpérimenté pour établir un diagnostic de constipation et de douleurs abdominales, alors qu'il avait constaté que, malgré les antalgiques, la patiente avait un ventre peu souple et douloureux.* ».

La Cour de cassation approuve en conséquence les juges d'avoir décidé que le prévenu, qui n'a pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage, a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer et qui entretient un lien de causalité certain avec le décès de la victime. La faute retenue consiste à ne pas avoir délivré les soins nécessaires (examens notamment). C'est donc une négligence grave qui est reprochée, déduite de l'abstention du médecin à délivrer les soins nécessaires.

En l'espèce, les soins nécessaires étaient des actes de diagnostic (palpation, scanner, analyses, etc.) qui aurait permis de détecter l'infection. L'abstention du médecin est fautive au regard du standard de comportement qu'aurait dû adopté un médecin. Les exemples jurisprudentiels en la matière sont nombreux⁶⁵⁰ et l'infraction de non-assistance à personne en péril peut également être retenue sur ce même fondement. La doctrine considère que l'infraction d'homicide involontaire ou de blessures involontaires est constituée lorsque le dommage a un lien direct avec le comportement du médecin alors que le délit de non-assistance à personne en péril est caractérisé lorsque le lien de causalité est incertain ou indirect. Le rôle joué par la nécessité médicale dans la caractérisation de ces délits est identique : elle permet de retenir l'abstention fautive du médecin qui aurait dû agir face à la nécessité des soins ou la négligence caractérisée en lien direct avec le dommage subi.

Le rôle joué par la notion de nécessité médicale dans ce cadre n'est pas le plus intéressant au regard du but poursuivi de protection des personnes, parce que son rôle n'est qu'accessoire et n'est pas celui qui est le plus déterminant.

723. Finalement, l'absence de nécessité médicale pour qualifier les comportements de nature sexuelle et permettre de poursuivre leurs auteurs est le rôle majeur joué par la notion de nécessité médicale dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale des professionnels de santé. En effet, la qualification de violences volontaires au motif d'une absence de nécessité médicale est très rarement retenue à l'encontre des professionnels de santé.

724. Il est regrettable de constater que la notion de nécessité médicale ne joue qu'un rôle minime ou camouflé pour permettre de caractériser le délit de violences volontaires⁶⁵¹. Lorsqu'il est établi que l'acte commis ne répond pas à une nécessité médicale⁶⁵², celui-ci constitue une blessure objective non justifiée sur le corps d'autrui, et cela même si le médecin n'a pas la même intention que celui qui blesse, par colère, d'un coup de couteau son congénère. En effet, l'intention « médicale » ne semble pas devoir être assimilée à la condition de nécessité médicale. Le principe d'égalité des justiciables implique que les

⁶⁵⁰ V. « *La faute caractérisée, source d'un dommage corporel engageant une responsabilité pénale* », par Renaud Clement, *Médecine & Droit*, 2008, n° 88, p.10 à 13 ; et « *Etude : L'élément moral de l'infraction de non-assistance à personne en péril reprochée à un médecin* », par Morgane Dauray-Fauveau, *Les petites affiches*, 29 avril 2003, n° 85, p. 12.

⁶⁵¹ L'exemple marquant qui n'est plus d'actualité était celui des opérations chirurgicales des transsexuels, auparavant considérées comme dénuées de finalité thérapeutique et donc condamnées pénalement du chef de violences volontaires. L'autre exemple est celui de la contention physique, V. supra.

⁶⁵² Comme dans le cas de la stérilisation non consentie évoquée plus haut.

médecins ne soient pas soustraits à l'empire du code pénal, à moins d'une disposition spécifique à leur égard. C'est l'intérêt de la notion de nécessité médicale ; il conviendrait donc d'en respecter les effets.

725. La notion de nécessité médicale joue également un rôle de protection de l'ordre public dans le cadre du procès disciplinaire, dont l'objet est la sanction du professionnel de santé du fait de son exercice professionnel et dans celui-ci.

§2. *La mise en jeu de la responsabilité disciplinaire au moyen de la nécessité médicale*

726. Le procès disciplinaire permet de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre du professionnel de santé, pouvant aller du simple blâme à la radiation du Tableau. L'enjeu est donc toujours l'exercice professionnel et jamais une sanction indemnitaire⁶⁵³. La nécessité médicale est utilisée par la Section des assurances sociales des diverses juridictions disciplinaires pour condamner le professionnel de santé ayant commis une fraude à l'assurance sociale ou un abus dans la cotation (article L. 145-1 et suivants du code de la sécurité sociale). Les exemples jurisprudentiels en matière ordinaire sont très nombreux pour illustrer l'engagement de la responsabilité du professionnel du fait de l'absence de nécessité médicale. L'illustration majeure concerne le contentieux de l'assurance maladie et donc la prescription d'exams ou de médicaments en l'absence de nécessité médicale (A). Une illustration moins fréquente mais tout aussi exacte concerne, là encore, la sanction du comportement déviant du médecin. À l'instar des juridictions pénales, les juridictions disciplinaires procèdent à la qualification des actes « d'attouchements sexuels » au moyen de la constatation de l'absence de nécessité médicale de réalisation de ceux-ci (B).

A. *Le contentieux technique aboutissant à l'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux*

727. Par une décision du 12 mars 2012, le Conseil d'Etat⁶⁵⁴, a rejeté le pourvoi d'un chirurgien-dentiste formé contre la décision de la Section des assurances sociales du Conseil

⁶⁵³ En cas de requête abusive, le juge peut condamner l'auteur à payer une amende d'un montant maximal de 3000 euros (article R.741-12 du code de justice administrative).

⁶⁵⁴ CE, 4^{ième} sous sections réunies, n° 344-593,

national de l'ordre des chirurgiens-dentistes ayant rejeté sa requête. Celle-ci tendait à l'annulation de la décision de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des chirurgiens-dentistes⁶⁵⁵ lui infligeant la sanction de l'interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux pendant une période de quatre mois, assortie du sursis pour la période excédant deux mois.

Il est reproché au chirurgien-dentiste d'avoir réalisé et donc coté des actes non nécessaires ou fictifs. Le Conseil d'Etat a considéré que la motivation de la décision attaquée permet d'identifier les actes exécutés dans des conditions non conformes aux données acquises de la science, « *en particulier un traitement endodontique et une reconstitution corono-radiculaire que l'état de santé du patient ne nécessitait pas(...), des cotations pour des actes dont la réalité n'a pas été établie (...), ainsi que des actes qui auraient été postdatés ou antidatés* ». Ces constatations permettent au juge de cassation d'exercer son contrôle et de considérer que la décision est suffisamment motivée.

728. Ainsi, la notion de « données acquises de la science » que chaque professionnel médical doit respecter dans l'exercice de son art, que celui-ci soit médecin, sage-femme, ou chirurgien dentiste, englobe la notion de « traitement nécessaire » selon cette jurisprudence. Les principes déontologiques prennent également en compte la notion de nécessité médicale à travers la règle suivante : le praticien ne doit délivrer que les soins nécessaires à la qualité et à la sécurité des soins.

En effet, L'article 8 du code de déontologie médicale, édicté à l'article R.4127-8 du code de la santé publique, dispose que : *Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science⁶⁵⁶, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles.* »

Cette règle concerne la liberté de prescription du médecin et vient lui apporter quelques limites ou plutôt un encadrement nécessaire. Ce principe se retrouve dans les autres codes de déontologie des professionnels de santé, tous inspirés du code de déontologie médicale, fondateur de la matière. Toutefois, le texte de l'article vise expressément les prescriptions et

⁶⁵⁵De la région Aquitaine, en sa Section des assurances sociales.

⁶⁵⁶ La notion de « données acquises de la science », inspirée de la jurisprudence, a été insérée dans cet article par un décret portant modification du code de déontologie médicale n° 2012-694 du 7 mai 2012.

les actes du médecin. Par conséquent, il est possible d'affirmer que ce texte est la source d'application du principe de nécessité médicale en matière de déontologie médicale.

729. Les exemples jurisprudentiels en matière ordinaire sont très nombreux pour illustrer l'engagement de la responsabilité du professionnel du fait de l'absence de nécessité médicale. L'illustration majeure concerne le contentieux de l'assurance maladie et donc la prescription d'examens ou de médicaments en l'absence de nécessité médicale.

Ainsi, on peut citer l'exemple du médecin qui prescrit des médicaments en trop grande quantité ou sans rapport avec l'état de santé du patient, ou encore celui qui fait réaliser des examens en dehors de toute pertinence scientifique.

La Section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des médecins de la région des Pays-de-la-Loire, par une décision du 2 avril 2009, a statué sur la plainte à l'encontre d'un médecin spécialiste en oto-rhino-laryngologie, et a infligé à celui-ci la sanction du blâme⁶⁵⁷.

Les premiers juges ont reconnu que vingt-huit échographies de sinus maxillaires et douze fibroscopies du larynx et de la trachée ont été effectuées sans justification médicale suffisante et alors que la pratique d'une fibroscopie trachéale appliquée à des enfants n'était pas dépourvue de risques pour les jeunes patients. Ceci résultait en effet clairement de chacun des cas litigieux. Les premiers juges ont également estimé que les comptes-rendus d'actes d'échographies de sinus maxillaires et de fibroscopies du larynx et de la trachée établis par le médecin « *étaient rédigés sous une forme stéréotypée, en des termes identiques insuffisamment détaillés et circonstanciés pour constituer une traduction précise, complète et individualisée de l'état de santé de chaque patient examiné ; qu'un tel constat est révélateur de pratiques qui peuvent être qualifiées d'abusives et dangereuses pour la santé des patients, surtout les plus jeunes* ». Lors de l'examen de l'affaire en cause d'appel, la Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins⁶⁵⁸ a jugé qu'un blâme n'était pas une sanction suffisante et a prononcé une interdiction de donner des soins aux assurés sociaux d'une durée d'un mois assortie du bénéfice du sursis, aux motifs suivants :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article R 4127-8 du code de la santé publique : « Le médecin (...) doit (...) limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins » et qu'aux termes de l'article R 4127-40 du même code : « Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et

⁶⁵⁷ Et a rejeté la demande de remboursement qui était présentée par la CPAM.

⁶⁵⁸ CNOM, SAS, 16 mars 2010, Dossier n° 4649.

interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié » ;

« Considérant qu'il résulte de l'étude des dossiers et, notamment, des avis émis par trois spécialistes oto-rhino-laryngologistes, exerçant en qualité de professeurs des universités chefs de service de C.H.U. dans différentes régions, et qui ne sont pas efficacement contredits par les avis de spécialistes produits par le Dr B que celui-ci a méconnu les obligations rappelées par les dispositions précitées en pratiquant, pour quinze patients, vingt-huit échographies de sinus maxillaires qui ne peuvent être regardées comme ayant été médicalement justifiées (...) ; qu'il en a été de même, à l'égard de dix patients, pour douze fibroscopies du larynx et de la trachée (...) et alors que la réalisation d'une fibroscopie de la trachée appliquée à des enfants n'est pas dépourvue de risques (...) ; que la circonstance que les actes en cause soient prévus par la nomenclature générale des actes professionnels n'a pas été, par elle-même, de nature à justifier en l'espèce leur réalisation ».

C'est bien l'absence de justification médicale qui rend le médecin coupable de violation de l'article 8 du code de déontologie. En outre, la nécessité médicale des actes réalisés et des prescriptions établies est intimement liée à la règle de la raison proportionnée, c'est-à-dire à l'étude de la balance entre les risques encourus et les bénéfices escomptés d'un acte envisagé.

730. Dans une affaire du même ordre, jugée le 17 septembre 2009⁶⁵⁹, la Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins a décidé d'infliger au médecin la sanction de l'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux pendant un mois assorti du bénéfice du sursis pendant 15 jours, en raison d'anomalies nombreuses révélées dans les prescriptions de celui-ci (soixante-dix neuf patients). Dans ce cas, la motivation était expressément fondée sur l'absence de nécessité médicale des prescriptions formulées ou des visites accomplies :

« Considérant, en second lieu, qu'il est reproché au Dr D des prescriptions abusives de transport ; que si pour l'un des patients (n° 77), il est possible de retenir le bien fondé d'une telle prescription, il ressort des pièces du dossier que cinq patients (n°s 74, 75, 76, 78 et 79) en ont bénéficié sans nécessité médicale ;

Considérant, enfin, que le Dr D a facturé des actes en « C » et en « V » avec une fréquence que ne nécessitait pas la pathologie des patients en cause, selon les pièces du dossier, dans lesquelles on relève, sur une longue période, une visite par semaine (n° 63) ou

⁶⁵⁹ CNOM, SAS, 17 septembre 2009, Dossier n° 4531.

cinq actes par mois (n° 66) ; que les facturations correspondantes ont ainsi revêtu un caractère abusif ;

C'est toujours en application des articles L. 145-1 et suivants du code de la sécurité sociale que les sanctions sont prononcées par la Section des assurances sociales en raison de faute, d'abus ou de fraude relevés à l'encontre des professionnels de santé, à l'occasion des prestations servies à des assurés sociaux.

731. Une affaire, jugée le 22 janvier 2008⁶⁶⁰ par la même juridiction, a également mis en évidence le critère de l'absence de nécessité médicale pour retenir la faute du médecin à l'égard des organismes d'assurance maladie.

Les juges ont considéré, en premier lieu, le fait que la prescription restreinte des médicaments anti-rétroviraux obéit à des règles particulières qui n'ont pas été respectées en l'espèce. Il est ainsi reproché au médecin d'avoir méconnu ces règles pour cinq patients auxquels il a prescrit des anti-rétroviraux. La Juridiction retient que le médecin « *a prescrit ces médicaments sans nécessité médicale à un patient séronégatif pour le VIH et l'hépatite C (dossier n°25)* ».

Les juges considèrent, en second lieu que, « *pour un patient (dossier n°3) atteint d'une hépatite C, le Dr H a prescrit du peginterféron (Pégasys ®) et a poursuivi le traitement au delà du délai médicalement validé, sans que soit réalisée une surveillance de l'état du patient ; qu'il a prescrit sans nécessité médicale le même traitement à un autre patient (dossier n°25) ; Considérant enfin que le Dr H a établi des prescriptions d'Aldara® et de Rénutryl® pour deux patients (dossiers n°11 et 12) sans besoin médical réel, ainsi que l'a montré leur examen ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les faits ci-dessus retenus constituent des fautes susceptibles de valoir au Dr H l'une des sanctions prévues à l'article L 145-2 du code de la sécurité sociale ;*

La Juridiction conclut que les premiers juges ont fait une exacte appréciation de la gravité de ses fautes en infligeant au praticien la sanction de l'interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux pendant deux mois, dont un assorti du bénéfice du sursis.

Cette jurisprudence ne concerne pas seulement les médecins généralistes mais toutes les spécialités médicales. Des exemples sont remarquables dans de nombreuses disciplines (gynécologie obstétrique, radiologie, etc.).

⁶⁶⁰ CNOM, SAS, 22 janvier 2008, Dossier n° 4376.

732. Une décision particulièrement sévère mérite d'être remarquée puisqu'elle a donné lieu à la condamnation d'un médecin spécialiste en radiodiagnostic, option thérapie et compétent en cancérologie, à une interdiction de donner des soins aux assurés sociaux pendant une période de six mois, sans sursis. Il s'agissait de fautes commises à l'occasion de bilans radiographiques du squelette :

« Considérant que, pendant la période de contrôle de son activité, le Dr R a prescrit 431 radiographies du squelette entier, en vue de détecter l'existence de métastases osseuses, à soixante-dix-neuf patients, qui avaient été atteints de pathologies cancéreuses pulmonaires (47), mammaires (9), cervico-faciales (3), digestives (6), prostatiques (7), ou de diverses autres pathologies (7) ;

Considérant que les références, d'ailleurs sans valeur réglementaire, mentionnées tant par les auteurs de la plainte que par le rapport d'expertise ne permettent pas de conclure, de façon certaine, que le recours, par le Dr R à des bilans radiographiques osseux postthérapeutiques, au lieu de scintigraphies, dans le but de rechercher des métastases chez des patients atteints de divers types de pathologies cancéreuses, aurait, à l'époque des faits reprochés, été en soi dans tous les cas contraire aux données acquises de la science ; ».

733. L'argument relatif aux données acquises de la science n'est pas retenu. Pourtant, l'absence de nécessité médicale est bien relevée par la suite pour caractériser la faute du médecin. Il faut en déduire que si la référence aux données acquises de la science permet d'apprécier l'état de nécessité médicale, cette référence n'est pas exhaustive. La Juridiction poursuit :

Considérant toutefois que le recours à de tels examens, quelle que soit la pathologie cancéreuse traitée, a revêtu un caractère répété, comme par exemple dans les dossiers n° 24 et 64, où des patients ayant été traités pour des cancers de la prostate, ont subi un examen radiologique annuel, pour la période considérée, faisant suite à plusieurs bilans analogues précédemment effectués ; que de tels bilans osseux ont été prescrits par le Dr R, en l'absence de suspicion de métastase osseuse, et sans qu'apparaisse dans les dossiers en cause une explication clinique ou biologique ; que s'il fait valoir qu'il a également prescrit, dans le même temps, à un certain nombre des 79 patients, un total de 89 scintigraphies, d'une sensibilité supérieure à celle des bilans radiographiques squelettiques, il ne peut justifier le recours à de tels examens, dans la mesure où, dans certains dossiers, la succession de ces deux types d'examens n'obéit pas à une nécessité médicale comme par exemple dans le dossier n°12, correspondant à un patient atteint d'un cancer du poumon auquel le Dr R a

prescrit le 8 octobre 1999 une radiographie du squelette, suivie le 22 octobre 1999 d'une scintigraphie, puis d'une nouvelle radiographie du squelette le 22 décembre 1999 ; que, si, pour contester le reproche qui lui est fait de ne pas avoir eu recours, afin de rechercher l'existence de métastases osseuses, à la scintigraphie à laquelle il était généralement recommandé de recourir à l'époque des faits, le Dr R soutient ne pas avoir pu adresser ses patients au centre hospitalier d'Avignon en raison d'un accès insuffisant pour y faire pratiquer cet examen dans des délais raisonnables, il résulte de l'examen des pièces du dossier que les demandes de scintigraphies présentées par le Dr R ont été suivies de leur réalisation à l'hôpital dans un délai de 48 heures à 8 jours (dossiers nos 45 et 76) ;

Considérant que le Dr R n'a fourni aucune justification scientifique à une pratique qui n'était pas pertinente, ainsi que cela ressort notamment du rapport d'expertise ; qu'en prescrivant de façon systématique et fréquente des bilans radiographiques du squelette sans qu'ils soient nécessaires à la qualité ou à l'efficacité des soins, en méconnaissance des dispositions de l'article 8 du code de déontologie médicale, reproduit à l'article R 4127-8 du code de la santé publique, le Dr R s'est rendu coupable d'abus d'actes injustifiés ; qu'il ne résulte cependant pas des pièces du dossier, et qu'il n'est pas constaté par le rapport d'expertise, que cette pratique aurait exposé des patients à l'apparition de nouvelles tumeurs malignes, induites par le rayonnement subi ;

L'absence de nécessité médicale est nettement caractérisée par la Juridiction. Celle-ci relève qu'aucun préjudice n'est à déplorer pour les patients ; toutefois, cette circonstance n'est d'aucun secours pour le praticien qui est condamné pour avoir réalisé des actes injustifiés, c'est-à-dire non médicalement nécessaires. L'existence d'un préjudice pour le patient n'est pas requise pour caractériser la faute à l'égard de l'assurance sociale, puisque cette dernière subit un préjudice financier.

La sévérité des juridictions de l'assurance sociale s'explique par les considérations financières impliquées par les actes sus décrits.

734. Si le désir de protection de l'équilibre des finances publiques est légitime, le besoin de protection du corps humain, et donc de la personne humaine, ne devrait-il pas motiver davantage les juridictions disciplinaires à sanctionner les actes pratiqués en l'absence de nécessité médicale ?

Les exemples de condamnation par les juridictions disciplinaires des Ordres des professions médicales sont moins nombreux, la condition de nécessité médicale étant moins mise en avant.

B. Le non-respect des règles déontologiques

735. Une illustration moins fréquente mais tout aussi exacte concerne, là encore, la sanction du comportement déviant du médecin. À l'instar des juridictions pénales, les juridictions disciplinaires procèdent à la qualification des actes « d'attouchements sexuels » au moyen de la constatation de l'absence de nécessité médicale dans la réalisation de ces gestes.

À titre d'exemple, la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins a rendu une décision, en date du 11 janvier 2012, dans laquelle elle relève et confirme la motivation de la décision de première instance, condamnant le médecin ayant porté atteinte au corps humain en dehors de toute nécessité médicale :

« Considérant que, faisant droit à la plainte de Mlle B... qui reprochait au Dr M d'avoir, alors qu'elle le consultait pour une infection urinaire, tenu des propos déplacés sur sa plastique et de lui avoir fait subir, hors de toute nécessité médicale, des attouchements sexuels, la chambre disciplinaire de première instance du Languedoc-Roussillon a, par une décision du 31 mai 2010, condamné ce praticien à une interdiction d'exercice d'un mois avec sursis ; ». La sanction a été confirmée par la Chambre nationale, mais non aggravée, faute d'éléments supplémentaires apportés par le Conseil de l'Ordre de l'Aude.

Il est intéressant de noter que la Chambre disciplinaire de première instance du Languedoc-Roussillon a repris dans sa motivation l'exigence de nécessité médicale préalable à toute action du médecin sur le corps humain, en visant la violation de l'article 3 du code de déontologie médicale. Cet article a trait à l'obligation de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine ; il ne fait aucune référence à l'obligation de respecter la condition de nécessité médicale. C'est davantage l'article 8 du code de déontologie⁶⁶¹ qui constitue une source d'application du principe de nécessité médicale. Ce fondement s'explique aisément par la nature des actes commis : étant donné qu'il s'agit d'infractions sexuelles, la moralité du médecin est mise à mal.

⁶⁶¹ Article R.4127-8 du code de la santé publique : « Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles. »

736. En conclusion, le rôle de la nécessité médicale dans le contentieux non indemnitaire, bien qu'il soit minime par la quantité des décisions, est capital pour la protection de la personne humaine. Il est de toute première importance car il place la nécessité médicale au cœur de la justification des actes attentatoires au corps humain sur le plan pénal et sur le plan de la déontologie professionnelle. Pour ces deux types de contentieux, la protection assurantielle n'existe pas. C'est donc dans ces domaines que la notion de nécessité médicale peut avoir le rôle et l'effet le plus dissuasif.

737. La proposition de donner toute sa dimension à la notion de nécessité médicale dans la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé a pour finalité de provoquer un effet dissuasif sur les actes non justifiés des professionnels de santé. Il s'agit en effet de faire prendre des risques aux personnes subissant les atteintes pour des raisons ne tenant pas à la nécessité des soins (intérêt financier, intérêt scientifique, désir sexuel, etc.).

Lorsque la prise de risque s'accompagne d'un dommage, la réparation répond à un besoin profond de justice. Soulignons toutefois dès à présent, que la réalisation d'un acte non nécessaire médicalement doit constituer elle-même un préjudice indemnisable, sans besoin d'un dommage supplémentaire.

Section 2 : Un rôle majeur dans la sanction indemnitaire

738. L'idée selon laquelle le médecin qui porte atteinte au corps humain sans légitimité doit réparer le tort causé est ancienne. On trouve dans le code d'Hammourabi moult dispositions similaires à la loi du talion, notamment celles-ci : « *Si le médecin a fait à un homme une blessure grave avec le poinçon (bistouri) de bronze et a fait mourir cet homme, ou bien s'il a ouvert la taie (cataracte) d'un homme avec le poinçon (bistouri) de bronze et a détruit l'œil de cet homme, on lui coupera les mains. Si le médecin a fait une blessure grave avec le poinçon (bistouri) de bronze à l'esclave d'un muskenum et l'a fait mourir, il rendra esclave comme esclave (un esclave équivalent). S'il a ouvert la taie (caratacte) avec le poinçon (bistouri) de bronze et a détruit son œil, il pèsera en argent la moitié de son prix⁶⁶² ».*

⁶⁶² Traduction des articles 218 à 220 par Pierre Cruveilhier, in « *Commentaire du code d'Hammourabi* », Paris, éd. Librairies Ernest Leroux, 1938, p. 209.

739. Si, de nos jours, nous sommes loin de punir un professionnel de santé en fonction du seul résultat survenu, la responsabilité de celui-ci repose désormais sur la nature et la qualité des actes effectués. La nécessité médicale est un des critères permettant de juger de la qualité d'un acte attentatoire puisqu'il permet de juger de sa licéité. Elle est un préalable à la licéité de l'acte portant atteinte au corps humain. C'est donc la première qualité que l'acte doit présenter : son caractère justifié par un état de nécessité médicale de la personne. La nécessité médicale doit donc avoir pour rôle principal de permettre la réparation de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain. La responsabilité du professionnel de santé qui agit en portant atteinte à l'intégrité du corps humain, alors qu'il n'y a pas de nécessité médicale à son action, est *a priori* engagée sur la base d'une faute commise par ce dernier qu'il doit donc réparer en indemnisant l'entier préjudice, tant moral que physique ou financier, etc. qui en résulte (§ 1). Ce rôle est l'essence même de la notion de nécessité médicale, puisqu'elle a été créée pour permettre la protection du corps humain contre les atteintes des tiers. La sanction indemnitaire est l'effet juridique découlant logiquement de la notion de nécessité médicale. Agir sur le corps humain en l'absence de nécessité médicale est un acte illicite, donc fautif. Pour cette raison, le développement de cette utilisation est souhaitable. Au-delà de l'utilisation de la notion en tant que déclencheur de responsabilité, une autre utilisation de la notion de nécessité médicale a vu le jour puisque cette dernière sert à mesurer la chance perdue par la victime d'éviter le dommage en renonçant à l'acte médical (§ 2). Ainsi, dans le raisonnement des juges, un acte médical non nécessaire, d'autant plus s'il est invasif, peut davantage faire l'objet de renonciation qu'un acte médicalement nécessaire.

§1. La réparation de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain

740. Des exemples judiciaires permettent d'illustrer ce qui devrait être la vocation première de la notion de nécessité médicale : sanctionner l'atteinte injustifiée à l'inviolabilité du corps humain par l'octroi d'une juste réparation (A). Il est vrai, l'absence de nécessité médicale permet de caractériser la faute de l'auteur de l'acte. De ce point de vue, l'atteinte au corps humain, lorsqu'elle est illicite, pourrait trouver un écho, en droit civil, dans la notion proposée de « délit civil » (B).

A. La caractérisation de la faute permettant la réparation

741. L'absence de nécessité médicale sert à caractériser la faute du professionnel de santé. Les juridictions civiles semblent devoir être les premières à appliquer l'article 16-3 du code civil et en connaître les effets (1°). Pourtant, ce sont bien les juridictions de l'Ordre administratif qui ont les premières prononcé la réparation de l'atteinte corporelle non médicalement nécessaire (2°).

1°) La caractérisation de la faute par l'Ordre judiciaire proprement dit

742. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2010⁶⁶³ est porteur d'espoir en la matière. Il vise à la fois l'article 16-3 du code civil et l'article L.1142-1 du code de la santé publique, ce qui permet de penser que la faute exigée au sein de l'article L.1142-1 précité est constituée par le non-respect des dispositions de l'article 16-3 du code civil. En effet, pour établir la responsabilité du professionnel de santé, désormais régie par des règles spécifiques contenues aux articles L.1142-1 à L.1143-1 du code de la santé publique, il est nécessaire de prouver une faute du professionnel de santé. Cette faute peut résulter du non-respect du principe légal préalable de nécessité médicale. Effectuer un acte attentatoire au corps humain qui ne respecte pas la condition qui le rend légal est la première des fautes à ne pas commettre.

La rareté de la solution et, dans le même temps, sa particulière justesse rendent sa reproduction indispensable :

« Vu l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, ensemble l'article 16-3 du code civil ;

Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, le médecin répond, en cas de faute, des conséquences dommageables des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'il accomplit et, en vertu du second, qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ;

Attendu que pour limiter la condamnation de M. X... à l'indemnisation de certains dommages subis par Mme Y..., la cour d'appel retient qu'en raison de la violation de son

⁶⁶³ Civ., 1^{ère}, n° 09-10992, Publié au Bulletin.

devoir d'information par le médecin, celle-ci a perdu une chance d'éviter l'opération chirurgicale incriminée ;

*Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait retenu que les préjudices dont Mme Y... avait été victime découlaient de façon directe, certaine et exclusive **d'une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée, de sorte qu'ils ouvraient aussi droit à réparation**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; Par ces motifs, casse et annule »*

743. Le visa de l'article 16-3 du code civil est prometteur et laisse espérer que la Cour de cassation a bien entendu sanctionner l'atteinte au corps humain en l'absence de nécessité médicale.

744. Dans un arrêt remarquable du 20 décembre 2012⁶⁶⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation ne vise pas l'article 16-3 du code civil mais la motivation semble résider dans la même idée. Assez curieusement, le visa de la Cour de cassation est l'article 1147 du code civil. L'énoncé de l'attendu de principe ne suffit pas à rendre compte de ce que la notion de nécessité médicale est sous-jacente dans le raisonnement des magistrats. C'est pourquoi, l'ensemble de la déduction est reproduit :

« Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu que, pour rejeter la demande en responsabilité formée par Mme Chauvel, blessée au coude droit dans un accident de la circulation le 31 octobre 1997, à l'encontre de M. Boudot, chirurgien orthopédiste, qui avait procédé sur elle, le 15 décembre de la même année, à l'exérèse de calcifications de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite, intervention à laquelle elle imputait une algodystrophie douloureuse, la cour d'appel a relevé, d'une part, que, selon le rapport de l'un des experts, le médecin avait agi avec une précipitation tout à fait injustifiée car, s'il soulignait le caractère hyperalgique de l'épaule droite, il n'avait pas apporté la preuve de la résistance de ces douleurs à des antalgiques majeurs, voire à des infiltrations et avait imposé à sa patiente le risque d'une agression chirurgicale sur un membre récemment traumatisé par une luxation du coude droit, immobilisé en attelle pendant environ trois semaines avant une rééducation qui avait également duré trois semaines, d'autre part, que c'était bien cette opération chirurgicale qui avait déclenché l'algodystrophie comme en témoignaient les radiographies effectuées le 21 janvier 1998 ainsi que les constatations

⁶⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.738.

effectuées par M. Boudot lors de la consultation préopératoire du 12 décembre 1997 ; qu'elle a ensuite retenu que l'algodystrophie ne pouvait être considérée comme en relation certaine avec l'intervention pratiquée par ce dernier qui, selon les experts, n'avait commis aucune faute ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, d'où il ressortait que le dommage avait été causé par une intervention chirurgicale prématurée, partant fautive, a violé le texte susvisé ».

En l'espèce, l'absence de nécessité médicale est caractérisée par le fait que l'opération a été pratiquée de façon précipitée et précoce. Qualifier l'intervention de « prématurée » signifie qu'elle a été réalisée à un moment où elle n'était pas indiquée ni nécessaire. L'intervention est donc injustifiée.

745. Une autre affaire jugée le 1^{er} juin 2011⁶⁶⁵ par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation condamne le chirurgien ayant procédé à un acte chirurgical non nécessaire. L'urologue mis en cause sur le plan civil, a intenté un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel aux motifs qu'elle l'a déclaré entièrement responsable des préjudices subis par le patient en raison de l'intervention chirurgicale pratiquée et l'a condamné en conséquence à payer aux ayants-droits la somme de 122 100 euros, alors, selon le moyen: *« que le préjudice peut consister dans la perte d'une chance, qui s'analyse comme la disparition d'une éventualité favorable ; Qu'en énonçant que M. X...était tenu de réparer l'entier préjudice découlant d'un choix thérapeutique inadapté à la pathologie de son patient, sans rechercher comme elle y était pourtant invitée tant par M. X...que par les consorts Y...-si le préjudice imputable à l'intervention chirurgicale décidée par M. X...ne s'analysait pas en une perte de chance d'éviter ou de différer les conséquences mutilantes de cette intervention, dès lors que l'alternative à l'intervention pratiquée par M. X...ne permettait pas d'exclure la nécessité d'y avoir recours ultérieurement en cas de récurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ».*

La Cour de cassation n'a pas été sensible à l'argument de la perte de chance, qui est écartée au profit de l'indemnisation des préjudices corporel et moral subis du fait de la réalisation d'un acte injustifié, inadapté et inutilement précipité. La Cour poursuit :

« Mais attendu que l'arrêt relève que l'ensemble des données fournies par les expertises réalisées démontre que la prostatocystectomie totale avec vessie de remplacement ne peut pas

⁶⁶⁵ Civ., 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 10-15108.

être considérée comme une thérapie de prévention eu égard aux conséquences gravement invalidantes qu'elle entraîne ; que les experts préconisent, s'agissant d'une tumeur de stade A infiltrant la muqueuse mais pas encore les muscles, une résection totale avec une surveillance constante, voire en cas de récurrence unique une nouvelle résection, et en cas de récurrence multifocale une BCG thérapie intravésicale, la prostatocystectomie ne devant être réalisée qu'en cas de récurrence rapide, soit dans les trois mois ; que M. X...n'avait aucune certitude quant au degré de malignité de la tumeur et à son évolution ; que n'ayant pas pris ces précautions qui correspondaient à un protocole connu comme appliqué par la majorité de la communauté des urologues à l'époque des faits, il n'a pas apporté à Claude Y...les soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science que l'état de santé de ce dernier justifiait ».

746. Outre la mise à l'écart de la notion de perte de chance non adaptée en l'espèce, l'apport de l'arrêt réside dans la référence aux pratiques unanimement réalisées à cette époque pour une pathologie de ce type. C'est donc la référence aux « données acquises de la science » et donc finalement au « standard » médical reconnu à un moment donné face à une maladie donnée, qui permet de dire d'une intervention qu'elle est justifiée ou non, c'est-à-dire nécessaire ou non.

C'est donc à travers la notion de données acquises de la science, qui englobe bon nombre de standards, de recommandations de bonne pratique, et finalement toute la littérature médicale à un instant donné, que l'on peut enfin donner une définition à la notion de nécessité médicale.

Est médicalement nécessaire l'acte qui répond, à un instant T, à une pathologie s'exprimant dans un ensemble de circonstances, selon les données admises de la science. Ce standard opposable est toujours défini par la communauté médicale. C'est donc toujours la communauté médicale qui définit indirectement la notion de nécessité médicale. En outre, l'ensemble des connaissances scientifiques reconnues évoluant constamment, la notion de nécessité médicale évolue en permanence.

C'est donc une équation avec plusieurs composantes : la prise en compte de la situation particulière du patient, son histoire et sa pathologie, la référence aux données acquises de la science actualisée, l'acte envisageable, et la balance risque envisagé/bénéfice escompté, permettent de dire si un acte est médicalement nécessaire.

747. L'inconsistance de la notion de nécessité médicale est en réalité palliée par son élasticité : l'adjectif « médical » permet aux professionnels de santé d'apprécier le caractère nécessaire au regard de standards communs, de « références médicales opposables ».

2°) La caractérisation de la faute par l'Ordre administratif

748. La jurisprudence du Conseil d'Etat a précédé celle de la Cour de cassation sur cette question. La Haute Juridiction administrative considère de plus longue date qu'un acte pratiqué en dehors de toute nécessité médicale donne lieu à réparation. Le Conseil d'Etat s'est prononcé à diverses reprises sur la sanction indemnitaire engendrée par un acte non médicalement nécessaire.

La première affaire que l'on peut citer date de 1987⁶⁶⁶ et démontre, *a contrario*, le rôle de la nécessité médicale dans la responsabilité de la personne publique puisque dans ce cas, le caractère nécessaire de l'acte ôte toute responsabilité au Centre hospitalier pour l'atteinte corporelle subie. La faute lourde du service hospitalier n'est pas retenue car l'acte a été réalisé en raison d'une impérieuse nécessité, par un médecin, et dans les règles de l'art⁶⁶⁷. Dans cette affaire, le patient s'est fait opérer à la suite d'une seconde récurrence d'hernie inguinale. Cette intervention a entraîné une infection correctement soignée. Quelques mois plus tard, lors d'une nouvelle cure chirurgicale, le traitement de deux hémorragies a engendré des blessures à l'artère iliaque, ce dont le patient se plaint. Le Conseil d'Etat réfute la faute, au motif du caractère nécessaire de l'acte attentatoire : « *Considérant que durant un second séjour à l'hôpital Broussais, provoqué par la nécessité de procéder le 31 mai 1977 à une nouvelle cure chirurgicale de la hernie gauche, M. Y... fut victime le 14 juin 1977 d'un accident hémorragique alors qu'un médecin effectuait un nettoyage de la plaie et qu'une seconde hémorragie survint le 23 juin 1977 alors qu'il était procédé à l'ablation de fausses membranes et de tissus nécrosés au niveau de la plaie opératoire ; que si M. Y... impute ces accidents à des maladresses, il ressort des conclusions du rapport des experts que les actes dont s'agit ont été accomplis pour des raisons d'impérieuse nécessité, par un médecin et selon les règles de l'art et que les blessures occasionnées à l'artère iliaque ne peuvent être*

⁶⁶⁶ CE, 8 avril 1987, n° 62310.

⁶⁶⁷ Les « règles de l'art » constituent finalement l'origine de la notion des « données acquises de la science », qui a gagné en précision.

regardées comme les conséquences d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité du service hospitalier⁶⁶⁸ ».

749. En 1988⁶⁶⁹, le Conseil d'Etat a l'occasion de sanctionner, par l'octroi de dommages et intérêts, la réalisation d'une acte dénué de nécessité thérapeutique. *Considérant que lors de l'accouchement par césarienne de Mme X..., alors âgée de 26 ans, le chirurgien du Centre hospitalier de Belfort a, sans avoir recueilli le consentement de la patiente et sans nécessité thérapeutique, procédé à une ligature des trompes et provoqué ainsi la stérilisation de l'intéressée ; que ce centre hospitalier ne conteste pas que sa responsabilité soit engagée à raison de l'atteinte ainsi portée à l'intégrité physique de Mme X. ».*

L'indemnité que le Centre hospitalier de Belfort a été condamné à verser à la patiente, par le jugement du 6 juin 1984 du tribunal administratif de Besançon, est portée de 20 000 Francs à 50 000 Francs. Le Conseil d'Etat retient, pour déterminer l'étendue du préjudice, que l'importance des troubles de la patiente est accrue en raison de son âge au moment de l'intervention litigieuse ainsi qu'en raison de l'aggravation, imputable à sa stérilité, des troubles psychiques et des difficultés familiales éprouvés.

750. Enfin, c'est un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes datant de 2007, qui adopte le même raisonnement⁶⁷⁰: l'hystérectomie dont Madame SCHULLER a fait l'objet ne répondait à aucune nécessité médicale :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'expertise ordonnée par le juge des référés du Tribunal administratif de Caen, que l'hystérectomie dont Mme Schuller a fait l'objet ne présentait aucune nécessité médicale et qu'aucune urgence n'imposait d'y procéder ; que ni l'âge de la patiente, qui était de quarante-trois ans au moment de l'intervention chirurgicale du 28 mai 2004, ni la circonstance qu'elle souffrait de fibromes utérins hémorragiques, ayant nécessité pour la deuxième fois une résection chirurgicale, ne permettaient à l'établissement hospitalier de pratiquer une hystérectomie sans que le consentement de l'intéressée ait été préalablement recueilli ; que, par suite, Mme

⁶⁶⁸ La Juridiction poursuit : *« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Y... n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande d'indemnité dirigée contre l'administration générale de l'assistance publique à Paris ».*

⁶⁶⁹ CE, 29 janvier 1988, n° 65135.

⁶⁷⁰ CAA Nantes, 3ème chambre, 18 octobre 2007, n° 06NT01657, Mme Nathalie SCHULLER contre le Centre hospitalier du Cotentin.

Schuller est fondée à soutenir que le centre hospitalier public du Cotentin a commis une faute l'engageant à réparer les préjudices qui en résultent pour elle ; ».

Ensuite, pour déterminer la réparation, la Cour a examiné l'ensemble des préjudices découlant de l'intervention non médicalement nécessaire. Les magistrats ont considéré que la patiente a subi un préjudice moral et éprouvé des troubles dans les conditions d'existence résultant d'un taux d'incapacité de 6 %, que la période d'incapacité temporaire totale a duré deux mois alors qu'elle aurait été de trois jours en l'absence de complications, et enfin qu'elle est atteinte de stérilité définitive. Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'expertise que la patiente a enduré des souffrances physiques évaluées à 3 sur une échelle de 7 et qu'elle justifie d'un préjudice esthétique fixé à 1 sur la même échelle. Ainsi, il est jugé qu'en demandant la condamnation du Centre hospitalier public du Cotentin à lui payer la somme globale de 17 000 euros à ce titre, Madame SCHULLER n'a pas fait une évaluation exagérée de l'ensemble de ces préjudices.

La Cour administrative d'appel en conclut que Madame SCHULLER est fondée à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Caen a rejeté sa demande et elle condamne le Centre hospitalier public du Cotentin à lui payer la somme de 17 000 euros.

751. Les magistrats ont relevé la faute du Centre hospitalier pour prononcer cette condamnation. La faute résulte de la commission de l'acte de stérilisation alors qu'il ne présentait aucune nécessité médicale ni urgence d'aucune sorte. On remarque que dans la formulation, la juridiction administrative emploie le critère de nécessité médicale comme un caractère que doit « présenter » une intervention pour être licite.

B. L'écho de la proposition de formulation expresse du délit civil

752. Un projet de réforme du droit de la responsabilité civile a été soumis à consultation publique jusqu'au 31 décembre 2011. Le professeur François TERRÉ a remis à la Chancellerie, un rapport établi par un groupe de travail composé de professeurs de droit, de magistrats, de juristes et de professionnels du monde économique, visant à réformer le droit de la responsabilité civile français. Il s'agit, d'après les autorités, d'améliorer l'accessibilité et l'efficacité du droit de la responsabilité civile, en tenant compte des évolutions législatives et jurisprudentielles et des mouvements observés en droit comparé, principalement européen, ainsi que des nécessités économiques et sociales. Ce texte résulte des réflexions inspirées par l'avant-projet CATALA de réforme du code civil datant de septembre 2005. Après la refonte

du droit de la prescription par la loi du 17 juin 2008, un projet de réforme du droit des obligations a été élaboré. Ses deux premiers volets, respectivement consacrés au droit des contrats et au régime général des obligations et aux quasi-contrats, ont fait l'objet, pour le premier, d'un projet de réforme finalisé par la Chancellerie, et, pour le second, d'un simple avant-projet ; leur avancement est étroitement lié à l'élaboration, en cours, d'un régime optionnel de droit des contrats au niveau européen⁶⁷¹. En retrait par rapport aux innovations du rapport CATALA, mais prenant en compte les dernières avancées jurisprudentielles, le projet proposé reprend un certain nombre de suggestions contenues dans diverses propositions de loi déposées depuis quelques années⁶⁷². La notion de « délit civil » retenue dans ce projet irait de pair avec le développement de la notion de nécessité médicale comme étant au fondement de la faute du professionnel de santé.

753. Dans ce projet de réforme, les articles 1382 et 1383 du code civil seraient fusionnés à travers la notion de délit civil :

L'article 1^{er} du chapitre « des délits » serait rédigé de la façon suivante :

« Constitue un délit civil tout dommage illicitement causé à autrui.

Tout fait qui cause à autrui un tel dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

En l'absence de faute, la même obligation ne naît que dans les cas et aux conditions déterminés par la loi. »

Dans cet esprit, la faute consisterait, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. L'article 5⁶⁷³ du projet confirme cette idée puisqu'il prévoit expressément que la faute consiste à commettre un fait illicite ; celui-ci se définit par la contravention à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence. Ici, la notion de nécessité médicale trouve tout son rôle puisque l'acte commis sans nécessité médicale est contraire aux prescriptions légales de l'article 16-3 du code civil. La qualification de fait illicite serait renforcée, et deviendrait automatique, même si elle est aujourd'hui parfaitement exacte. Cette qualification deviendrait explicite. L'acte du

⁶⁷¹ Réponse ministérielle n° 92411 : JOAN Q, 23 août 2011, p. 9179 ; Communiqués de presse Commission européenne IP/11/1175, 11 oct. 2011 et IP/11/523, 3 mai 2011.

⁶⁷² Comme celle portant réforme de la responsabilité civile, déposée au Sénat par M. Laurent Bêteille (Proposition de loi n° 657, 9 juill. 2010).

⁶⁷³ Article 5 du projet : « *La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence.* »

professionnel de santé réalisé en l'absence de toute nécessité médicale serait explicitement qualifié de fait illicite, et donc de faute civile.

754. L'article 3 énonce : « *Sauf disposition particulière, les atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne sont réparées d'après les règles du présent chapitre alors même qu'elles seraient causées à l'occasion de l'exécution d'un contrat.* ». Bien entendu, en matière de responsabilité des professionnels de santé, des dispositions particulières existent, dans le code de la santé publique, notamment à l'article L. 1142-1. Cet article se fonde également sur la faute pour pouvoir engager la responsabilité du professionnel de santé. Il renvoie donc indirectement à la définition de la faute proposée dans ce projet de réforme : « *La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence.* ». Réaliser un acte médical non nécessaire pour la personne reviendrait à commettre un fait contraire à l'article 16-3 du code civil, donc un fait illicite, donc une faute civile, un délit civil.

755. Quant à la définition du dommage, elle est la suivante : « *Constitue un dommage toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit.* »

Sur la réparation des dommages, le projet TERRÉ introduit dans le code civil l'énoncé des principes régissant la fixation de la réparation, notamment en ce qui concerne les dommages corporels, reprenant ainsi un certain nombre de projets de réforme, dont la proposition de loi LEFRAND visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 16 février 2010.

Il faut noter, par exemple :

- la codification des principes de fixation, par le juge, des modalités d'indemnisation des victimes ;
- la possibilité, offerte au juge, en cas de faute lucrative, d'accorder un complément d'indemnisation, non assurable par ailleurs, qui ouvre la voie vers la reconnaissance de dommages punitifs à la française ;
- la légalisation des règles de réparation des dommages corporels, qui serait encadrée par un barème d'évaluation médicale, une nomenclature et un référentiel, fixés par voie réglementaire ;

- enfin, la reconnaissance du préjudice moral, aujourd'hui largement amorcée par la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁷⁴.

756. Puis, ce projet tend à consacrer, de manière restrictive, la perte de chance en tant que source de réparation. Enfin, une section spéciale est consacrée aux causes d'exclusion ou d'exonération de responsabilité : ainsi sont fixées des règles générales applicables à tous les délits civils (articles 44 et suivants).

L'adoption d'un tel projet semble aujourd'hui retardée voire compromise. Ce texte serait en tout cas salubre à la notion de nécessité médicale et au rôle qu'il est souhaitable de lui voir jouer.

Parallèlement à la caractérisation de la faute, la nécessité médicale est amenée à jouer un rôle fondamental dans la caractérisation du préjudice subi par la victime d'un professionnel de santé. Dans ces hypothèses, le rôle joué concerne absolument tous les cas de responsabilité du fait d'un défaut d'information.

§2. *La caractérisation de la perte de chance de renoncer à un acte attentatoire au corps humain*

757. La notion de nécessité médicale connaît un rôle secondaire en matière de responsabilité médicale. Ici, la notion n'est plus utilisée pour caractériser une faute, mais pour constituer un préjudice. Elle sert à caractériser le préjudice et plus précisément à déterminer la « part » de perte de chance qu'a subie la victime lorsque celle-ci n'ayant pas été informée correctement, n'a pas eu les moyens de renoncer à l'acte médical.

A. *La nécessité médicale d'un acte exclut l'indemnisation au titre de la perte de chance*

758. La première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt très intéressant le 3 juin 2010⁶⁷⁵. C'est un revirement important de la jurisprudence : en cas de défaut d'information de la part du professionnel de santé, dans une situation de nécessité médicale, un préjudice moral est invocable alors que la perte de chance ne peut être retenue :

« Vu les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil ;

⁶⁷⁴ V. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17510.

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ;

Attendu que pour écarter toute responsabilité de M. Y... envers M. X..., l'arrêt, après avoir constaté le manquement du premier à son devoir d'information, retient qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale, qu'il est peu probable que M. X..., dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves ;

En quoi la cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés ».

« Le texte susvisé » est notamment l'alinéa 2 de l'article 16-3 du code civil qui impose le recueil du consentement de la personne. Ce recueil n'est possible que sous la condition d'avoir été correctement informé. Pour cette raison, la Cour de cassation considère que le non-respect du devoir d'information cause forcément un préjudice moral, du seul fait de n'avoir pu consentir valablement. Peu importe la nécessité médicale de l'acte pratiqué, le préjudice existe, et il ne résulte pas de la perte de chance de renoncer à l'acte médical. Auparavant, la jurisprudence avait tendance à ne reconnaître que le préjudice lié à la perte de chance.

759. Un arrêt du 12 juillet 2012⁶⁷⁶ a adopté explicitement la même solution. Deux apports de l'arrêt sont notables. D'abord, la perte de chance est un préjudice exclu lorsque l'acte médical était nécessaire ou qu'une meilleure alternative n'était pas possible. Cela veut dire qu'en présence d'un état de nécessité médicale, il n'y a pas de perte de chance possible. Seul un préjudice moral est invocable. Le préjudice moral lorsqu'il est accueilli déclenche l'octroi de dommages et intérêts sensiblement équipollents à ceux versés dans le cadre de la perte de chance. Cependant, le fondement juridique n'est plus le même. En considérant le

⁶⁷⁵ Civ., 1^{ère}, 3 juin 2010, n° de pourvoi: 09-13591, Bull. 2010, I, n° 128.

⁶⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17510, Dictionnaire Permanent de Bioéthique, commentaire de Jérôme Peigné, veille permanente, 21 août 2012.

principe de l'article 16-3 du code civil selon lequel tous les actes doivent répondre à l'exigence de nécessité médicale, il est possible d'en déduire que le champ d'application de la théorie de la « perte de chance » se réduira considérablement.

Il est même permis d'en déduire que le domaine d'application de la perte de chance sera rapidement réduit à celui des actes et interventions non médicalement nécessaires : c'est-à-dire le domaine exposé précédemment concernant les actes autorisés de façon dérogatoire et expresse par le législateur. On pense notamment à la chirurgie à visée esthétique et à tous les actes de convenance personnelle autorisés. Si l'on associe à cette réflexion la récente mise à l'écart par l'administration fiscale des actes dénués de caractère thérapeutique du champ d'exonération à la TVA, tout porte à croire que deux grandes catégories d'actes médicaux verront le jour : les actes thérapeutiques (et donc nécessaires puisque poursuivant une guérison) et les actes médicaux non thérapeutiques (non strictement nécessaires mais médicalement nécessaires) dont le régime de responsabilité sera plus sévère (la perte de chance étant un préjudice supplémentaire) et pour lesquels l'assujettissement à la TVA sera la règle.

Le régime juridique est donc plus sévère pour cette deuxième catégorie d'actes. Ne sommes nous pas face à une scission de la médecine en deux grandes familles ?

760. Ensuite, le second apport de l'arrêt concerne le droit de consentir à un acte médical de façon éclairée. En effet, la Haute Juridiction confirme dans sa motivation que le droit à l'information du patient est intimement lié à la délivrance d'un consentement libre et éclairé. Cet ensemble est dénommé par la Cour « droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, (...) droit subjectif ». La première chambre civile qualifie le droit de consentir de façon éclairé, de droit personnel et de droit subjectif ; différent du droit à l'intégrité physique. Il faut comprendre que la perte de chance est une notion qui est, elle, liée à la protection du droit à l'intégrité physique car elle suppose la possibilité d'échapper à l'acte médical par la prise d'une autre décision.

Il est tout à fait louable que la Haute Cour distingue le préjudice moral du non-respect du droit de consentir de façon éclairée, tel qu'il est prévu dans le code civil et le code de la santé publique, du préjudice lié à la perte de chance d'éviter un acte médical et un dommage. Il est vrai que souvent, certaines décisions de justice ont eu tendance à opérer une confusion entre ces deux considérations, qui ne correspondent pourtant pas à la protection du même droit. C'est ce que la Cour de cassation a voulu souligner dans cette décision salutaire :

« Attendu que M. X... et la société MACSF font grief à l'arrêt de déclarer M. X... responsable, pour manquement à son obligation d'information envers M. Y... à l'origine d'une perte de chance, de moitié des conséquences dommageables de l'intervention initiale du 16 juin 1999 et des interventions subséquentes et, en conséquence, de le condamner in solidum avec son assureur, la MACSF, à verser certaines sommes aux époux Y..., en réparation de leurs préjudices respectifs, alors, selon le moyen, que le médecin n'ayant pas recueilli le consentement libre et éclairé de son patient doit être condamné à réparer, non l'entier dommage corporel subi par ce dernier, mais la perte de chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé ; que, toutefois, le patient ne peut prétendre à aucune indemnisation au titre d'une perte de chance, lorsqu'il est avéré que l'acte médical était nécessaire ou ne présentait pas de meilleure alternative, de sorte qu'il l'aurait quand même accepté s'il avait été correctement informé ; qu'en revanche, indépendamment de toute atteinte corporelle causée par l'acte médical non consenti, le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, mais qui ne saurait être constitué par une perte de chance d'éviter le dommage ; qu'en confirmant néanmoins la décision des premiers juges, qui avaient condamné M. X... à indemniser M. Y... au titre d'une perte de chance d'éviter le dommage, après avoir pourtant constaté qu'au regard de la nécessité de l'intervention, M. Y... avait uniquement subi un préjudice moral, la cour d'appel a violé les articles 16 et 16-3 du code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt énonce que, s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, qui n'a pas retenu la perte de chance, indemnisée par le tribunal, a évalué le préjudice moral qu'elle réparait à hauteur des indemnités fixées par les premiers juges au profit de M. Y... ; que le moyen, qui ne tend qu'à remettre en cause cette évaluation souveraine, ne peut être accueilli ; »

761. Cette jurisprudence a été amorcée quelques années auparavant. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2008⁶⁷⁷ est notable en la matière. Il s'agit de l'affaire DROIN contre NAHON. Après deux consultations pré-opératoires réalisées les 31 janvier et 6 avril 2002, Madame DROIN, âgée de 54 ans, a subi le 11 avril 2002 à la clinique Sainte Isabelle une reprise de plastie abdominale réalisée par le Docteur NAHON, chirurgien esthétique. Contestant le résultat esthétique obtenu, elle a recherché la responsabilité du Docteur NAHON.

762. La Cour a considéré, en application de l'article L 1142-1 du code de la santé publique, qu'un professionnel de santé ne peut engager sa responsabilité qu'en cas de faute et que dès lors et en dépit des mentions litigieuses figurant dans son ouvrage, l'existence d'une obligation de sécurité de résultat ne peut être opposée au chirurgien. Et en l'absence de faute technique de celui-ci, il y a lieu uniquement de rechercher s'il a commis une faute dans le cadre de son devoir d'information.

Les juges retiennent que le consentement n'a pas été donné de façon éclairée et qu'un défaut d'information est caractérisé de la part du chirurgien esthétique. La motivation poursuit : « *Qu'au vu de ces différents éléments et de l'absence de nécessité de l'intervention pratiquée par M. Nahon, il y a lieu d'évaluer à 50 % la chance perdue par la patiente de renoncer à subir cette intervention* ».

Ainsi, l'absence de nécessité médicale de l'acte a un impact immédiat sur l'évaluation de la perte de chance. La responsabilité du professionnel de santé est plus étendue pour les actes non médicalement nécessaires (mais expressément autorisés par la loi).

Les juridictions administratives ont également adopté cette solution.

B. *La concordance avec la jurisprudence administrative*

763. Dans un arrêt du 19 mars 2010⁶⁷⁸, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la caractérisation de la perte de chance en matière de responsabilité médicale. Dans cette affaire, une intervention chirurgicale a donné lieu à une complication grave et une paraparésie⁶⁷⁹ définitive en est résultée. Le patient engage une action en justice aux fins de rechercher la

⁶⁷⁷ CA Paris, 17 novembre 2008, 1^{ère} Chambre, Section B, n° 06/13375.

⁶⁷⁸ CE, 19 mars 2010, n° 310421.

⁶⁷⁹ Paralysie légère ou partielle des membres inférieurs.

responsabilité du Centre hospitalier, sur le fondement du manquement au devoir d'information. Les juges du fond l'ayant débouté, il demande l'annulation de la décision devant le Conseil d'Etat. Sa demande est rejetée. Le Conseil d'Etat retient en effet la faute de la personne publique car le patient n'a pas été informé du risque de complication médullaire présenté par ce type d'opération. Cependant, malgré la caractérisation de la faute, l'existence d'un préjudice en lien avec ce défaut d'information n'est pas établie. En effet, selon les juges du fond, il résulte du rapport d'expertise qu'une intervention chirurgicale s'avérait nécessaire, que les alternatives envisagées ne présentaient pas moins de risques que l'option choisie et que le patient ne contestait pas avoir été informé, avant l'intervention, des risques vitaux inhérents à celle-ci. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat considère, comme la Cour d'appel, que la faute commise n'a pas entraîné de perte de chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé.

En d'autres termes, le défaut d'information n'a pas entraîné de perte de chance de se soustraire à l'acte invasif, du fait de la nécessité de l'intervention et de l'inexistence d'une meilleure alternative. C'est donc bien le caractère médicalement nécessaire de l'intervention qui exclut la caractérisation de la perte de chance. En l'absence de préjudice, aucune réparation n'est possible.

Dans pareille hypothèse, il convient désormais d'invoquer, devant les juges du fond, le préjudice moral lié au défaut d'information plutôt que la perte de chance d'éviter le dommage.

764. Par une décision du 10 juin 2010⁶⁸⁰, la Cour administrative d'appel de Lyon a adopté de façon explicite la même solution. La réparation, au titre de la perte de chance, du préjudice né de la réalisation du risque de l'acte médical, est exclue dès lors que l'intervention était nécessaire pour le patient.

En raison de crises dentaires très douloureuses, un médecin stomatologue conseille à sa patiente l'extraction de deux dents de sagesse. À la suite de l'intervention, une fracture mandibulaire gauche peu déplacée est diagnostiquée et la patiente demande réparation de l'ensemble de ses préjudices au médecin en invoquant le défaut d'information sur les risques encourus. La Cour d'appel retient que la patiente n'a effectivement pas reçu d'information spécifique sur le risque de fracture et d'anesthésie du nerf alvéolaire inférieur en cas d'avulsion de dent de sagesse. Toutefois, elle rejette la demande d'indemnisation au motif que ce défaut d'information n'a causé aucun préjudice. Selon le rapport d'expertise, un blocage

⁶⁸⁰ CAA Lyon, n° 08LY00073, V. Dictionnaire permanent de bioéthique, Bulletin 207.

maxillo-mandibulaire a permis de faire disparaître rapidement une partie des douleurs et la consolidation de la fracture, alors que, au contraire, l'absence d'intervention aurait laissé perdurer des douleurs qui se seraient certainement aggravées et accompagnées de complications infectieuses. Dans cette hypothèse, l'intervention aurait été d'autant plus nécessaire. Les experts relèvent enfin qu'aucune autre alternative possible n'était envisageable, pour mettre fin aux crises de douleurs et aux infections dentaires.

En d'autres termes, l'intervention était nécessaire lorsqu'elle a été réalisée et l'aurait été, en toutes hypothèses, en cas de refus.

De ces constatations, les juges du fond déduisent que « *la patiente ne peut être regardée comme ayant perdu une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention dont elle a fait l'objet si elle en avait été informée* ».

C'est donc la nécessité médicale de l'intervention et l'absence d'autre alternative⁶⁸¹, qui ôte toute possibilité d'indemnisation sur le fondement du défaut d'information. Un arrêt du Conseil d'Etat du 10 octobre 2012 est venu confirmer cette jurisprudence⁶⁸².

765. Bien que la solution soit d'une logique implacable, on peut se demander si la généralisation d'une telle solution n'aboutit pas à priver d'effet la notion de devoir d'information, pourtant fondamentale. En effet, la plupart des interventions médicales pratiquées sont nécessaires et donc le manquement au devoir d'information ne serait pas souvent sanctionné. Fort heureusement, les juridictions judiciaires indemnisent le non-respect de ce devoir des professionnels de santé sur un autre fondement. Rappelons que la jurisprudence de la Cour de cassation permet, depuis un arrêt du 3 juin 2010, de réparer le préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information, celui-ci entraînant

⁶⁸¹ Ce caractère renvoie parfaitement à la définition étroite de la nécessité, développée dans la partie 1 de la présente étude.

⁶⁸² CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10 octobre 2012, n° 350426, publié au Recueil Lebon. Les considérants n° 3, 4 et 5 : *Considérant qu'un manquement des médecins à leur obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée ; que c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance ;*

Considérant que la cour administrative d'appel a jugé que le centre hospitalier régional et universitaire de Rouen n'établissait pas que M. C avait été informé, avant l'opération chirurgicale du 1er mars 2002, que cette intervention impliquait le recours à une poche d'iléostomie et qu'elle comportait des risques de complications graves comprenant, notamment, une atteinte probable des fonctions sexuelles ; qu'elle a toutefois retenu qu'il ressortait tant du compte rendu faisant suite à l'examen par coloscopie réalisé le 28 janvier 2002 que du rapport de l'expert que cette intervention était impérieusement requise pour extraire la tumeur dont M. C était porteur ; que ce motif, exempt de dénaturation, justifie l'affirmation de la cour selon laquelle le manquement des médecins à leur obligation d'information n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, fait perdre à l'intéressé une chance de refuser l'intervention et d'échapper ainsi à ses conséquences dommageables ».

nécessairement un préjudice moral. Il est fort probable que le Conseil d'Etat adopte la même jurisprudence. Celle-ci aura toutefois pour conséquence de gonfler considérablement les chiffres de l'indemnisation prononcée pour défaut d'information.

766. Encore une fois, la notion de nécessité médicale joue un double rôle : elle permet de sanctionner l'atteinte non médicalement nécessaire, et non autorisée par un texte spécial, lorsque celle-ci entraîne un préjudice. Elle incarne alors un rôle protecteur du corps de la personne. D'un autre côté, elle permet d'éviter au professionnel d'avoir à répondre d'un manquement au défaut d'information puisqu'aucun préjudice au titre de la perte de chance ne peut être retenu lorsque l'atteinte était médicalement nécessaire et en ce sens, inévitable. L'argument de « l'absence de choix » est frappant : le patient n'avait pas finalement pas le choix de l'opération face à la nécessité de celle-ci.

767. Certes, dans ce cadre, ce n'est pas l'article 16-3 du code civil qui est invoqué, mais au fond, la notion de nécessité médicale joue bien son rôle. Un rôle qui est paradoxal. Tantôt protectrice de la personne, tantôt protectrice des professionnels de santé, la notion est duale. Cette dualité est à l'image de l'histoire de la notion de nécessité médicale et de sa construction étymologique. Créé en 1994, la nécessité thérapeutique n'a eu pour vocation que de protéger le corps humain en limitant les atteintes. Remplissant sa mission en faisant trop de zèle⁶⁸³, la notion de nécessité thérapeutique est remaniée : de l'origine, il ne reste que la « nécessité ». Le nouveau terme « médical » permet pour sa part de protéger l'action des professionnels de santé, en désamorçant une grande partie des actions en responsabilité envisageables.

768. Le cheminement de l'étude permet cependant de considérer qu'en matière de responsabilité des professionnels de santé, il est urgent de faire jouer à la notion de nécessité médicale le rôle qui lui a été attribué par l'article 16-3 du code civil. Les juridictions ne doivent pas hésiter à se fonder sur ces dispositions générales pour sanctionner l'atteinte corporelle médicalement injustifiée. Certes, on peut penser que les juridictions hésitent à se fonder sur ce critère pour caractériser la faute, au motif que les organismes assurantiels refuseraient leur couverture pour un acte « illicite ». La commission d'un acte illicite fait souvent partie des causes d'exclusion de la couverture assurantielle. Un exemple récent en est

la preuve : par un arrêt du 5 février 2013⁶⁸⁴, la Cour d'appel de Paris a jugé que le contrat d'assurance garantissant la tenue d'une exposition de cadavres humains jugée illicite⁶⁸⁵ est nul pour illicéité de la cause. La cause est illicite car elle est contraire à l'article 16-1-1 du code civil imposant de traiter avec respect, décence et dignité le cadavre humain. La Cour va jusqu'à considérer que la nullité étant d'ordre public, elle s'étend à un premier contrat identique⁶⁸⁶. Cette solution est tout à fait transposable à l'article 16-3 du code civil et à l'exigence de nécessité médicale ; cela pourrait constituer un argument en défaveur de la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé sur ce fondement. Cependant, cette considération ne paraît pas être de première importance. Même si cette conséquence dévoile un inconvénient incontestable, le respect de l'article 16-3 représente un enjeu plus important. La protection de la personne humaine à travers la protection de son intégrité corporelle présente un enjeu et un intérêt bien plus importants que la considération du risque assurantiel. Cette objection ne présente, en effet, qu'un enjeu financier.

769. En guise de conclusion, il faut tempérer la proposition de développer le rôle de la nécessité médicale dans la mise en cause de la responsabilité des professionnels de santé. Il ne faut pas que cette proposition provoque un effet néfaste sur les pratiques médicales. En effet, certains auteurs⁶⁸⁷ ont tenté de dénoncer la mauvaise influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Une étude⁶⁸⁸, a révélé que de crainte d'être poursuivi en justice, la majorité des médecins modifiait leur exercice professionnel ; par exemple, en prescrivant davantage d'exams complémentaires ou d'analyses, là où il n'en était nullement besoin. C'est ce qu'on désigne sous la curieuse expression de « médecine défensive ». Les médecins sondés ont donc déclaré faire des prescriptions non justifiées médicalement par peur du

⁶⁸³ Nous faisons référence à l'avis de la Cour de cassation du 4 juillet 1998 relatif à la stérilisation à visée contraceptive.

⁶⁸⁴ CA Paris, pôle 2, chambre 5, 5 février 2013, n° 12/10020 ; Jurisdata n° 2013-001841.

⁶⁸⁵ Affaire de l'exposition « *Our body-à corps ouverts* », CA Paris, 30 avril 2009, n° 09/09315, op. cit ; Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-67456, op. cit.. Pour la Cour de cassation, la nullité tient à la finalité de l'exposition, c'est-à-dire « *l'utilisation à des fins commerciales de dépouilles et organes de personnes humaines* » qui est contraire à l'article 16-1-1 alinéa 2 du code civil. Le contrat méconnaît dès lors « *les principes fondamentaux d'ordre public relatifs à la dignité et au respect de l'être humain, qui ne cessent pas avec sa mort et s'attachent à son cadavre* ».

⁶⁸⁶ V. « *Assurance et « corps plastinés » : le classicisme juridique n'est jamais anodin* », Christian Byk, J.C.P., éd. générale, 18 février 2013, p. 346.

⁶⁸⁷ Pierre-Edouard Desplats, Nathalie Favrol, Laurent Gerbaud, Thierry Faict in « *L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis* », RGDM n° 28, 2008, p. 126.

⁶⁸⁸ Enquête réalisée auprès de tous les médecins généralistes d'Auvergne, soit 1339 médecins. Seulement 24,1 % d'entre eux ont renvoyé des réponses exploitables. V. Nathalie Fasquelle « *La judiciarisation de la médecine générale et la pratique médicale. Vers l'émergence d'une médecine défensive ?* », Thèse pour l'obtention du

procès. On aboutirait alors au résultat inverse de l'effet escompté : plutôt que d'éviter la réalisation d'actes non médicalement justifiés au moyen de la mise en exergue et de l'utilisation du critère de nécessité médicale, l'accroissement de la mise en cause de la responsabilité des professionnels de santé aurait pour conséquence d'augmenter le nombre d'actes réalisés sans nécessité médicale.

L'étude réalisée démontre que le médecin modifie sa pratique par peur du procès. Elle révèle également que la modification des pratiques par peur du procès présente des bénéfices indéniables pour le patient passant par une amélioration de la qualité des soins. Il faut penser que c'est davantage le reproche tenant à l'erreur de diagnostic qui laisse craindre au médecin un risque de poursuite et l'engage à pratiquer des actes non médicalement nécessaires.

Tout au contraire, notre proposition de faire jouer pleinement son rôle de protection du corps humain à la notion de nécessité médicale réduirait la pratique de la médecine défensive. Il ne s'agit pas de proposer une responsabilité accrue des professionnels de santé, mais de restaurer la place que doit occuper la notion de nécessité médicale dans le fondement de leurs actions. En d'autres termes, il s'agirait davantage de modifier le fondement de la mise en cause de leur responsabilité. Il n'en découlera pas nécessairement une augmentation du contentieux mis en œuvre à l'encontre des professionnels de santé, simplement un fondement différent et donc une éventuelle modification de la pratique des professionnels de santé.

770. Une autre enquête réalisée du 27 avril au 4 mai 2012 auprès d'un échantillon national de 803 médecins (402 médecins hospitaliers, 201 spécialistes libéraux, 200 généralistes libéraux) livre d'intéressantes statistiques. Il s'agit d'un sondage effectué par la Société TNS SOFRES commandé par la Fédération hospitalière de France⁶⁸⁹. Les médecins interrogés considèrent que 72 actes sur 100 sont pleinement justifiés (76 % selon les spécialistes libéraux, 68 % selon les généralistes libéraux et 74 % selon les médecins hospitaliers). Les généralistes se font plus sévères s'agissant de leur propre discipline : ils sont 27 % à estimer que plus d'un acte sur cinq n'est pas justifié en médecine générale. La demande des patients est la première raison avancée (85 % des sondés y font référence ; chez les généralistes, le taux grimpe à 93 %). Suivent la peur du risque judiciaire (58 % des 803 médecins interrogés), un problème lié à la formation médicale (39 %), l'absence de

doctorat de médecine soutenue le 20 octobre 2006, sous la direction de Thierry-W. Faict, Clermont-Ferrand, faculté de médecine de l'Université d'Auvergne.

⁶⁸⁹ Disponible en ligne :

http://www.fhf.fr/content/download/36300/205572/version/1/file/FHF_Enqu%C3%AAte+Pertinence+des+actes.pdf

référentiels partagés par les professionnels (37 %), l'absence de contrôle des pratiques (27 %) et enfin les incitations économiques (20 %).

771. Il est intéressant de souligner que l'absence de référentiels partagés par les professionnels est une cause citée par la moitié des jeunes médecins (exerçant depuis moins de dix ans).

772. Selon Olivier SMALLWOOD⁶⁹⁰, les recommandations de bonne pratique et les références médicales opposables tendent à devenir les critères permettant de définir « les données acquises de la science » et donc la faute du professionnel de santé. Elles ont donc une importance majeure dans la mise en jeu de la responsabilité du professionnel de santé. Selon l'auteur, elles tendent à restreindre fortement la liberté des médecins dans l'appréciation du traitement approprié : « *La relation entre le médecin et le patient autrefois qualifiée de « colloque singulier » par M.G. DUHAMEL, ne se caractérise plus par sa singularité mais tend de plus en plus, à devenir une relation automatisée, systématisée et normalisée.* ». De même, selon Jean TAPIE⁶⁹¹, « *La médecine clinique est une science qui laisse désormais de moins en moins la place à l'improvisation* ».

773. Dans cet ordre d'idées, la notion de nécessité médicale pourrait trouver un nouvel écho, voire une nouvelle définition. Serait médicalement nécessaire ce qui correspond aux données acquises de la science, confrontées à la situation particulière du patient. Une règle in abstracto appliquée ensuite *in concreto*.

⁶⁹⁰ V. Olivier SMALLWOOD, « *La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ?* », Médecine et droit, 2006, p. 121 à 126.

⁶⁹¹ Jean Tapie, « *Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser* », Dr. Soc., n° 9/10 septembre-octobre 1997, p.828.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

774. L'analyse a mené à conclure qu'il est fait un usage impropre de la notion de nécessité médicale ; que celui-ci est donc à parfaire, voire à corriger.

775. L'usage peut être qualifié d'impropre car il ne correspond pas au dessein de la notion de nécessité médicale qui avait pour vocation d'apporter une protection au corps humain et à la personne humaine.

D'une part, l'usage révèle tout au contraire que la notion sert à violer l'intégrité du corps humain en ne respectant pas l'exigence de consentement de la personne. Certes, il peut alors s'agir d'hypothèses aménagées par le droit lui-même ; en cela, elles sont souvent, en elles-mêmes, légitimes. Toutefois, la cohérence du régime juridique s'en trouve affectée, car la notion paraît porteuse d'un paradoxe, dont le corps médical ou les juridictions peuvent user à mauvais escient. C'est ainsi que, par ailleurs, certaines hypothèses d'atteintes non consenties existent alors même qu'elles ne sont pas prévues par les textes de loi, et qu'elles constituent donc des hypothèses *contra legem* de violation de l'intégrité corporelle. La notion de nécessité médicale sert alors d'alibi parfait à l'exercice du pouvoir médical sur la personne non consentante. Cet usage constitue un des cas les plus dangereux et les plus déviants de la notion, qu'il convient de dénoncer vivement. Il incarne en effet une des violations au droit fondamental à l'intégrité corporelle.

D'autre part, l'usage révèle tout le potentiel sémantique contenu dans la notion de nécessité médicale et confirme la crainte exprimée dans la première partie de l'étude : la notion est déformée puisqu'au lieu d'interdire des atteintes, elle est d'abord contournée, c'est-à-dire non-appliquée dans le but de rendre le corps humain davantage disponible. La quantité de dérogations légales à la notion de nécessité médicale est alors innombrable. Là encore, la cohérence du régime juridique en souffre. Puis, force est de constater que la notion peut, en raison du potentiel sémantique des termes « nécessité » et « médical », légitimer des atteintes non encore autorisées et ne répondant pas, a priori, à la condition de nécessité médicale. Notre notion devient, de ce fait, un véritable outil permissif de disponibilité du corps humain, à l'exact inverse de son objectif initial.

776. Tout le paradoxe de la définition de la notion de nécessité médicale se retrouve dans l'usage qui est fait de celle-ci.

777. Par conséquent, l'usage de la notion de nécessité médicale est à parfaire à l'aide de plusieurs éléments : D'abord, il convient de bannir ou de sanctionner les hypothèses d'atteintes « illégales » à l'intégrité du corps humain, au motif de l'existence d'une nécessité médicale mais en l'absence de consentement de la personne. Ensuite, un rappel à l'ordre et une prise de conscience des professionnels de santé et des professionnels du droit doivent être initiés par le législateur et les pouvoirs publics. Enfin, le rôle premier de la notion doit être mis en lumière, mis au jour, par le recours systématique à la notion de nécessité médicale dans la mise en cause des professionnels ayant perpétré des actes attentatoires au corps humain, en l'absence de nécessité médicale pour la personne. Ainsi, sur le fondement des articles 16-3 du code civil et L.1142-1 du code de la santé publique, le professionnel de santé peut être reconnu responsable pour avoir commis un acte non médicalement nécessaire, et être condamné à réparer le préjudice subi : l'atteinte injustifiée à l'inviolabilité qui peut être constituée par la blessure corporelle et le préjudice moral consécutif à l'acte attentatoire. De la même façon que la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît depuis peu le caractère automatique du préjudice moral en cas de défaut d'information, elle pourrait reconnaître le préjudice découlant automatiquement de la commission d'un acte non médicalement nécessaire⁶⁹².

Cette proposition devrait être modérée voire conditionnée par la référence aux données acquises de la science et à l'ensemble des recommandations de bonnes pratiques émises par les sociétés savantes et la Haute Autorité de Santé.

Indirectement, notre proposition s'inspire finalement de l'article R. 4127-8 du code de la santé publique, constituant l'article 8 du code de déontologie médicale : « *Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des*

⁶⁹² V. en ce sens : Civ., 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 12-13900, commenté par Catherine Caillé, « *Lésion d'un organe lors d'une intervention : médecins vous êtes fautifs* », Dictionnaire permanent de bioéthique, Bioéthique et biotechnologies, 3 avril 2013. Selon cet arrêt, l'atteinte portée lors d'une intervention chirurgicale à un organe, nerf, ou tissu que cette intervention n'impliquait pas, constitue *ipso facto* une faute, sauf au chirurgien à démontrer que l'organe lésé présentait une anomalie rendant son atteinte inévitable. Mme Caillé relève que c'est la première affaire de ce type devant la Cour de cassation pour des faits postérieurs à la loi du 4 mars 2002. Pour l'auteur, la faute est déduite du dommage constaté sans qu'un manquement du chirurgien à ses obligations ne soit établi. Nous nous permettons d'y voir peut-être une application du principe selon lequel l'atteinte au corps qui n'est pas justifiée par une nécessité médicale doit être réparée.

avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

778. Le rapport d'information déposé le 27 juin 2001 par la « mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des lois de bioéthiques de 1994 » s'interrogeait déjà :

« Le droit et la jurisprudence admettent que le consentement d'une personne à une intervention sur son corps n'est pas un fait justificatif suffisant. Il faut à l'acte médical une cause (ou finalité) thérapeutique, le principe thérapeutique, lequel n'est pas sans limite mais tempéré par la règle de proportionnalité de l'atteinte à l'intérêt de santé à satisfaire. La rédaction de l'article 16-3 du code civil résultant de la loi de 1994 revenait à consacrer dans la loi civile ce principe comme l'un des principes généraux garantissant le respect du corps humain. Beaucoup plus « élastique », la notion de nécessité médicale ne permettrait pas d'en cerner les critères et les contours. Car au-delà de l'intérêt médical du patient, le terme médical recouvre à lui seul « tous les objets de la médecine », d'après le Littré. Ce même dictionnaire définit la thérapeutique comme « l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir, à traiter les maladies ». La loi de 1994, en n'autorisant l'atteinte à l'intégrité du corps qu'en cas de nécessité thérapeutique, incluait de fait la notion de nécessité thérapeutique pour autrui, et non pas seulement pour la personne subissant l'atteinte. On peut se demander s'il en va de même pour la nécessité médicale. Certains juristes⁶⁹³ en effet considèrent que la qualification des situations sera opérée par référence aux critères médicaux, dont le contenu est déterminé par les médecins eux-mêmes. Que faut-il alors déduire de cette modification instamment désirée par le corps médical ? Par exemple, l'autorisation de stérilisation figure désormais dans la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et la contraception ; elle concerne également la stérilisation des personnes handicapées mentales, alors qu'il existe de nouvelles méthodes contraceptives à effet prolongé. Comment apprécier la nécessité médicale ? ».

779. La première partie de l'étude a permis de présenter les définitions des termes « nécessité » et « médicale » et d'analyser les conséquences d'un tel choix sémantique. Ces

conséquences sont de plusieurs ordres. Dans son sens courant, la nécessité apparaît comme un critère à la fois exigeant (rigide) et impalpable : en effet, tandis que « La nécessité » semble abolir le libre-choix ; le caractère nécessaire implique la détermination d'un objectif poursuivi : nécessaire à quelque chose, à quelqu'un, pour quelque chose, pour quelqu'un, etc. Nous sommes à présent convaincus que la notion de « nécessité », si elle possède un sens étroit, synonyme d'obligatoire ou d'indispensable, est en réalité une notion téléologique, qui n'a de sens qu'au regard d'une finalité poursuivie. La nécessité n'incarne que le moyen nécessaire pour atteindre une fin. Dans le corps de l'article 16-3 du code civil, c'est ainsi qu'il est possible de la définir : « le cas » de nécessité médicale s'entend d'un état dans lequel un médecin estime un acte *médicalement* nécessaire *pour la personne*. Nous ajouterions « pour la santé de la personne » car la finalité semble être celle-là, si l'on s'en tient à une définition rigoureuse du terme médical.

780. L'étude du sens juridique de la notion de nécessité a permis de révéler des points communs et des différences entre la notion de nécessité dans les autres branches du droit et la notion de nécessité contenue à l'article 16-3 du code civil. Au regard du droit pénal, les deux notions présentent quelques différences de régime puisque la jurisprudence semble imposer deux conditions à la caractérisation de l'état de nécessité en droit pénal : l'absence d'autres moyens alternatifs et l'absence de faute de l'auteur de l'acte nécessaire. Au contraire, dans l'application du critère de nécessité médicale, ces deux conditions ne paraissent pas exister. Ces considérations portent à croire que le domaine médical ferait exception au sein de l'exception et constituerait une hypothèse dans laquelle l'état de nécessité doit être entendu et considéré non rigoureusement mais de façon souple, voire élastique⁶⁹⁴.

Les points communs, constituant un régime commun, sont significatifs de la notion de nécessité : d'abord, celle-ci peut être qualifiée de notion « à géométrie variable » en raison du rapport qu'elle entretient avec la volonté de la personne qui commet l'acte. Comme l'a écrit PASCAL, la nécessité est un « *état de contrainte morale qui annule ou restreint le libre-choix* ». Dans certains cas, la personne dispose du choix d'agir en considération des avantages et des inconvénients ; dans d'autres cas, la nécessité s'entend comme la situation dans laquelle aucun autre choix n'est possible. Dans la deuxième partie de l'étude, cette

⁶⁹³ Le rapport cite en référence Michel Broyer, « *Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant* » in Robert Carvais (dir.), « *La greffe humaine, (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre* », PUF, p. 422.

⁶⁹⁴ En effet, l'absence d'autres moyens alternatifs propres à éviter le danger n'est pas une condition nettement définie de l'action médicale portant atteinte à l'intégrité du corps humain. De plus, l'absence de faute de l'auteur de l'acte nécessaire n'est pas non plus une condition de la licéité de l'acte médical, à proprement parler.

ambivalence est mise au jour puisque l'usage de la notion diffère en fonction de la volonté de la personne⁶⁹⁵. Ensuite, la notion de nécessité s'est révélée être constamment le fondement d'une dérogation à une règle préétablie. Véritable fait justificatif en droit pénal ou simple exception à la règle en droit civil, la nécessité est toujours au cœur d'une dérogation. Enfin, la nécessité permet une marge d'appréciation importante pour celui qui commet l'acte nécessaire et non pour celui qui le subit. La nécessité est finalement toujours le moyen d'aménager un espace de liberté pour la personne qui prend la décision d'agir. La décision peut ainsi appartenir au prévenu qui a commis une infraction, au contractant ou quasi contractant ou encore au médecin ou au juge. La nécessité constitue ainsi un fondement, pour déroger à une règle et elle est appréciée par une personne qui est, *a priori*, seule à disposer d'un pouvoir d'appréciation à cet égard.

781. Qu'il s'agisse du sens courant ou du sens juridique de la notion de nécessité, la conclusion essentielle est qu'elle se définit comme un état dans lequel un moyen s'impose ou est exigé, pour atteindre un but, un objectif ou un résultat. Ce faisant, la réalisation de l'acte nécessaire est la condition à l'obtention ou la réalisation d'un autre état ou d'une autre proposition. En cela, la notion est téléologique. La détermination d'une finalité à atteindre est donc au centre du régime de la notion de nécessité. Le terme médical, puisqu'il qualifie la nécessité, constitue le premier des indices sur la détermination de la finalité. Son analyse s'est donc révélée indispensable.

782. Assurément, l'accolement de l'adjectif qualificatif « médicale » a complexifié la définition de la notion. Ce qualificatif signifie que la nécessité doit être médicale, c'est-à-dire relative à la médecine ou au médecin. L'analyse a révélé la difficulté de définir ce qui est du domaine de la médecine, au vu de l'évolution constante de celle-ci. La consistance du domaine de la médecine est déterminée par les médecins eux-mêmes en référence à l'amélioration des pratiques, au progrès de la médecine et aux données acquises de la science. Cela revient à dire que la nécessité est qualifiée par les médecins eux-mêmes. Cette conclusion apparaît comme profondément choquante puisqu'elle induit que l'autorisation de porter atteinte au corps humain est définie par le corps médical. Dès lors, il est indifférent qu'un critère ou qu'une permission de la loi soit formulée au titre des principes généraux du code civil, puisque celui-ci est en réalité inconsistant. Il est, en effet, malléable et tributaire de l'appréciation du corps médical.

783. Ainsi, le terme « médical » a un fort potentiel sémantique puisqu'il peut également signifier « relatif aux médecins ou qui concerne les médecins ». Dans ce cadre, l'acte médical a pu être défini comme l'acte exercé par un membre du corps médical (médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme) dans l'exercice de sa profession. Que l'on retienne l'une ou l'autre des définitions du terme médical, on retrouve toujours un élément fonctionnel (acte attaché à l'exercice de la profession) et un élément organique (acte d'un membre du corps médical).

784. Au fil des développements, le vocable « médical », résultant de la loi du 27 juillet 1999 relative à la couverture maladie universelle, s'est révélé posséder un champ sémantique très vaste, voire trop vaste, eu égard au principe qu'il a le devoir de protéger : l'intégrité du corps humain. Ce contenu d'un potentiel large, a pour effet de rendre légalement possible bon nombre d'actes « médicaux » non encore licites. Il convient de dénoncer ce risque. Les hypothèses d'actes aujourd'hui licites mais auparavant interdits en sont une illustration. De surcroît, en matière de responsabilité, on a clairement observé que le caractère seulement « médical » ou le caractère anciennement utilisé, celui de « thérapeutique », de l'acte en cause était de nature à modifier les règles de responsabilité. Les obligations du professionnel médical sont accrues en présence d'un acte seulement médical et non thérapeutique. Ainsi, force est de constater que la différence entre ces deux caractères présente des conséquences majeures et que la modification de l'article 16-3 du code n'est pas anodine. Enfin, le constat de ce que le domaine d'application de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ne correspond pas au domaine du mot « médical », mais est plus restreint, rend la matière incohérente et démontre qu'une réforme est plus que nécessaire.

785. La première partie a également permis de relever l'ensemble des utilisations de la notion de nécessité médicale dans la loi. C'est ce que nous avons dénommé le « domaine » de la notion de nécessité médicale : un domaine naturel, celui de l'article 16-3 du code civil et un domaine étendu, puisque la notion est utilisée par le législateur ou le pouvoir exécutif pour régir des matières *a priori* éloignées de la protection du corps humain recherchée par l'article 16-3 du code civil.

Le domaine initial de la notion, attaché à l'article 16-3 du code civil, organise une cause objective d'irresponsabilité pénale concernant les incriminations prévues par le droit pénal pour protéger la personne humaine des atteintes contre son corps. L'étude du mécanisme du

⁶⁹⁵ La nécessité peut servir à outrepasser l'exigence de consentement de la personne.

fait justificatif a confirmé l'analyse de M. Roger PALLARD sur la notion de nécessité : « *Prise dans son sens général, c'est-à-dire sans préciser les intérêts qu'il est nécessaire de protéger, elle n'est qu'un synonyme de l'idée de justification. Dire qu'une solution est nécessaire, c'est dire sous une autre forme qu'elle est justifiée, rien de plus.* »

786. L'article 16-3 du code civil constitue un véritable fait justificatif au sens du droit pénal, correspondant parfaitement au cas de la permission de la loi civile et empruntant également beaucoup de caractères à un autre fait justificatif qu'est l'état de nécessité. Par ailleurs, l'étude de l'appartenance de la notion au domaine des prescriptions d'ordre public a permis de lui donner la force de l'impérativité et le caractère d'intérêt général dont elle a besoin pour exister sur la scène du droit. La révélation de l'importance de ce domaine originel doit permettre de mesurer la fundamentalité de la notion et de souligner d'une part le soin qu'il conviendra de prendre si une réforme devait avoir lieu, et d'autre part, l'attention qu'il convient de porter sur les nombreuses dérogations dont souffre cette notion, tant dans le droit que dans la pratique.

787. Comme les développements ont permis de le constater, il est finalement très difficile de dresser un profil ou une énumération des cas d'atteinte à l'intégrité du corps. Il était logique de vouloir créer une notion permettant d'englober une série d'hypothèses indéfinie. C'est la raison pour laquelle la notion de nécessité médicale peut être qualifiée de « notion-cadre ».

La notion-cadre peut être définie comme une « *notion englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète) qui l'actualise in casu si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion*⁶⁹⁶ » et aussi comme un « *critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps*⁶⁹⁷ ».

788. À la lecture de cette définition, on reste saisi de sa parfaite adéquation avec la notion de nécessité médicale. La nécessité médicale est une notion englobante et directive, comme il vient d'être vu. Nous dénonçons qu'elle reste un critère vague, chargé de trop nombreuses définitions potentielles. Cette définition enseigne que c'est l'appréciation d'un juge ou d'un « interprète » -en l'occurrence le médecin- qui en détermine finalement le contenu, qui est décrit comme variable et évolutif. Si le caractère variable et évolutif est

⁶⁹⁶ V. « *Vocabulaire juridique* », Gérard Cornu, association Henri Capitant, éd. puf, quadrige, 6^{ième}, p.609.

adapté à la réglementation de la médecine, l'est-il pour la protection fondamentale du corps humain ? C'est en effet l'usage de la notion qui en fixe le contenu et donc les effets de droit qui en découlent.

789. La notion de nécessité médicale serait donc un standard ou une lacune *intra legem*, c'est-à-dire une imprécision volontairement commise par le législateur qui se traduit dans la loi par l'utilisation d'une notion intentionnellement vague (comme par exemple l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant) ou par un renvoi exprès à la coutume, aux usages, à la pratique. Faut-il ajouter à la pratique « médicale » ? Ainsi, la définition du critère de disposition du corps serait entre les mains du monde médical. Peut-on encore parler de protection du corps humain ? Tout dépend de l'usage qui est finalement et véritablement fait de la notion de nécessité médicale.

790. Dans le droit positif, la notion de nécessité médicale connaît également un domaine étendu, allant au-delà des frontières de l'article 16-3. Certaines matières sont apparentées au domaine originel puisqu'elles appartiennent au droit de la santé, d'autres sont bien plus éloignées de celui-ci. Cette constatation a permis de confirmer que la notion de nécessité médicale était protéiforme et transversale, tant les domaines du droit l'utilisant sont variés et sans grande cohérence. En droit de la santé, il est intéressant de noter que la nécessité médicale permet une fois de plus, de déroger à des principes fondateurs de l'activité des professionnels de santé. Dans ce cadre, il ne s'agit plus du principe d'inviolabilité du corps, mais du principe d'anonymat en matière de PMA, du principe de l'examen clinique du patient par le médecin, etc. De même, il peut s'agir aussi de déroger au principe « d'inviolabilité », non pas du corps humain mais de l'embryon humain, ou des animaux. Parfois, en revanche, la notion de nécessité médicale ne sert pas de fondement à la dérogation. C'est le cas par exemple de l'obligation faite aux chiropracteurs et aux ostéopathes de diriger le patient vers un médecin lorsque son état de santé le nécessite.

791. Parallèlement, la notion dépasse le cadre du droit de la santé du fait de son existence dans des dispositions d'ordre social notamment, qualifiées de domaine « étranger » au domaine originel. En matière de prise en charge par les organismes de sécurité sociale, la nécessité médicale constitue un critère, tant du point de vue de l'appréciation du caractère remboursable d'un médicament que du point de vue de la prise en charge des frais de transport de l'assuré social. En droit social, l'existence de la notion est encore plus évidente.

⁶⁹⁷ Ibidem.

Dans ce cadre, la notion de nécessité médicale a pour but de faire bénéficier le salarié de certains droits (congé pathologique de la femme enceinte, changement d'affectation...). C'est toujours le médecin qui atteste de la nécessité médicale de la situation du salarié. Elle devient alors une « notion-bénéfice », permettant à l'individu l'invoquant de bénéficier de droits sociaux.

792. Curieusement, le droit positif utilise la notion de nécessité médicale en matière de droits des étrangers et de droit du sport. Dans le contentieux de la délivrance du titre de séjour, ou des moyens d'expulsion de l'étranger en situation irrégulière, l'état de nécessité médicale sert de protection à la personne étrangère. Elle lui permet de bénéficier d'un titre de séjour temporaire ou de n'être pas reconduit à la frontière ou expulsé. Ainsi, il faut noter ce cas particulier dans lequel la nécessité médicale sert d'exception au sort normalement réservé aux étrangers en situation irrégulière. Elle constitue tout de même une exception aux principes en matière de situation administrative irrégulière. Elle constitue là encore une « notion-bénéfice », dans le sens où elle rend possible l'octroi de bénéfices au sujet de droit.

793. En matière de droit du sport, la nécessité médicale a pour fonction de permettre la dérogation à une règle essentielle : l'interdiction du dopage. Ainsi, il est possible pour les sportifs de prendre des substances ou d'utiliser des méthodes, dites dopantes, en cas de nécessité médicale, c'est-à-dire si leur état de santé l'exige.

794. Les deux domaines d'application de la notion de nécessité médicale permettent de dire que c'est la potentialité de signification des deux termes qui a été exploitée.

À l'évidence, le constat doit être celui de la nature transversale et protéiforme de la notion, nécessairement liée à tous les sens potentiels et à l'existence de tous les domaines d'application de celle-ci. Elle peut se retrouver sous les traits d'une notion protectrice ou prohibitive (au regard du corps humain) mais ou aussi comme une notion pouvant ouvrir droit à des « bénéfices juridiques » (en considérant le domaine étranger au domaine initial).

795. La conclusion de la première partie peut se réduire à un mauvais bilan de l'utilisation *dans la loi* de cette notion. Le choix du législateur, en 1999, résulte d'une réaction inadéquate et d'une mauvaise appréciation de l'avis de la Cour de cassation sur la stérilisation à visée contraceptive. Les conséquences du choix de cette notion « patchwork » ont également été mal jaugées. La notion est à l'image de son histoire : incohérente.

796. Il fallait confronter cette analyse théorique du droit positif à une vérification pratique de son utilisation : utilisation par le juge judiciaire, le juge administratif et même le juge étranger ou européen ; utilisation également par le professionnel de santé et par la personne souhaitant l'atteinte corporelle.

797. L'usage s'est révélé paradoxal. *Dans certains cas*, l'état de nécessité médicale sert à violer l'intégrité corporelle puisque la volonté de la personne n'est pas respectée ou son consentement n'est pas recueilli sous couvert de ce motif. Il peut s'agir d'hypothèses organisées par la loi, donc licites, mais aussi d'hypothèses illicites, plus rarement il est vrai. Cet usage paraît tout à fait contraire au but poursuivi par l'article 16-3 du code civil : la promotion du respect de la personne humaine et la protection de son corps. En cela, l'utilisation a pu être qualifiée d'indésirable.

798. Les hypothèses licites sont de deux ordres : la stérilisation à visée contraceptive et les soins sous contraintes. S'agissant tant des personnes capables juridiquement que des personnes placées sous un régime de protection, les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction n'ont jamais condamné pénalement le médecin ayant pratiqué l'acte de stérilisation non consenti. De façon tout à fait camouflée, la nécessité médicale a permis d'outrepasser les exigences légales et d'écarter la responsabilité pénale des praticiens. Il n'y a guère que la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné des faits identiques, en considérant qu'elle n'avait pas à apprécier l'état de nécessité médicale ; mais que toutefois, même en présence d'un tel état, le recueil du consentement éclairé demeurait obligatoire⁶⁹⁸. Il est souhaitable que la solution adoptée par la Cour européenne sur cette question soit prise en exemple par les juridictions françaises et ne reste pas à l'état de vœu pieux.

Dans le cadre des soins contraints, le juge judiciaire est le juge de la nécessité de la mesure et l'appréciation de cette nécessité médicale repose sur la détermination de la dangerosité de la personne. Pour autant, l'étude de la jurisprudence a révélé que le contrôle juridictionnel de la nécessité médicale dans le cadre des mesures de soins sans consentement apparaît limité. Le problème demeure donc entier : comment donner les moyens aux juges de contrôler une appréciation qui est de nature purement médicale ? Le dispositif légal mis en place peut se résumer au fait de laisser à l'entière appréciation du médecin le choix de mettre en place ou non des soins sans consentement et l'admission forcée en Centre hospitalier.

⁶⁹⁸ La seule exception admise est celle de l'urgence vitale, V. CEDH, 8 novembre 2011, affaire *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, arrêt de chambre, op. cit.

En cela, l'utilisation de la notion est indésirable car elle revient à donner toujours plus de pouvoir et de liberté au médecin tandis qu'elle restreint la sphère de liberté du patient.

799. Les illustrations jurisprudentielles *contra legem* dans lesquelles la nécessité médicale s'avère être un outil de violation de l'intégrité corporelle concernent des personnes que l'on pourrait qualifier de vulnérables : des personnes âgées à travers la pratique de la contention, un mineur handicapé dont la volonté n'est pas respectée ; mais aussi des personnes dont la vulnérabilité est d'une autre nature : ceux qui refusent des soins pour des raisons religieuses, les patients pour lesquels une information n'a pas été donnée ou encore un gardé à vue que l'on contraint physiquement. Ainsi, la notion de nécessité médicale peut être utilisée pour évincer et passer outre les volontés individuelles, et elle est finalement au service du pouvoir de celui qui agit sur le corps humain.

800. Elle constitue un argument décisif face au manque de poids attribué à l'absence ou la présence de consentement de la personne. Contre toute attente, la nécessité médicale peut servir à évincer l'exigence d'accord de la personne quant à la pratique d'un acte corporellement intrusif. Elle est érigée comme un évangile, comme si rien ne faisait le poids face à elle : incontestable et faisant autorité. Cet usage rejoint alors la première définition qui a été donnée de la notion de nécessité : une définition étroite ne laissant pas la place à la volonté de la personne.

801. Le paradoxe réside dans le second usage qui est fait de la notion, en tant qu'outil permissif de disponibilité du corps humain.

802. En effet, *dans d'autres cas*, et ils sont nombreux et en expansion, l'analyse a révélé que la notion ne servait tout simplement qu'à y être dérogé. Dans ces hypothèses, c'est au contraire la volonté de la personne qui permet de mettre de côté la notion de nécessité médicale : la chirurgie et la médecine à visée esthétique, la recherche biomédicale (qui repose sur un consentement plus formalisé), etc. Les dérogations sont de plus en plus nombreuses et l'évolution de la médecine semble aller vers toujours plus de satisfaction de l'individu, quasiment devenu « consommateur » des prestations de soins.

803. Que ces hypothèses soient de convenance personnelle ou mues par une détresse psychologique, la volonté de la personne semble être la clef magique permettant d'ouvrir toutes les portes de la permissivité, et permettant de rendre le corps humain disponible. En effet, en l'absence de nécessité médicale, quelle est la justification des atteintes portées au corps humain ? Outre la permission de la loi, la justification de fond réside dans la volonté de la personne subissant l'atteinte. L'initiative appartient à cette dernière ; la volonté est donc à

l'origine de l'acte attentatoire. La volonté de la personne est en effet le dénominateur commun permettant de justifier tous les actes faisant l'objet des développements précédents. Qu'il s'agisse de chirurgie esthétique, de médecine esthétique, de tatouage, de bronzage en cabine, d'interruption de grossesse ou de pratiques sadomasochistes : la cause de ces actes se trouve seulement dans la volonté de la personne demandeuse, qui en a l'initiative.

La dérogation licite majeure à la notion de nécessité médicale pour la personne est constituée par le besoin d'autrui à travers le don et le prélèvement d'organes et la recherche « impliquant la personne humaine ». Bien que l'intérêt thérapeutique d'autrui soit énoncé dans le texte de loi au titre d'exception à la nécessité médicale, l'ensemble du paysage juridique entourant la notion de nécessité médicale démontre à quel point celle-ci est vidée de son sens. Un tel nombre de dérogations, qu'elles soient pertinentes et légitimes ou non –là n'est pas la question- ont nécessairement pour conséquence de rendre la notion de nécessité médicale parfaitement inefficace. L'absence de portée de la notion, du fait de ces dérogations prédominantes très nombreuses, constitue l'enseignement majeur de cet « usage » de la notion. De surcroît, l'étude a démontré qu'il était difficile de déterminer ce qui constitue une « dérogation » à l'exigence de nécessité médicale.

804. En l'absence de nécessité médicale pour la personne dont le corps est altéré par l'acte médical, le législateur mais aussi le pouvoir réglementaire, à travers les décrets jouant un rôle majeur dans ce régime juridique, essaient de mettre en œuvre une garantie de protection pour la personne, faisant alors office de justification⁶⁹⁹ : un consentement formalisé. Celui-ci est mis en place en palliatif à l'absence totale de nécessité médicale pour la personne : Est-ce suffisant ? La tendance marquée dans l'évolution du droit ne va-t-elle pas conduire à emprunter les chemins de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'autodétermination ? Quelle sera la limite au critère de la volonté ?

805. Fort justement, le débat actuel relatif à l'euthanasie, relancé par le rapport SICARD⁷⁰⁰, met en exergue que l'autodétermination de la personne et sa liberté personnelle sont les arguments principaux des partisans de la légalisation.

806. En effet, si certaines illustrations dérogatoires sont légales, d'autres appartiennent encore à des pratiques illégales (clonage à visée reproductive, gestation pour

⁶⁹⁹ Bien que le véritable « fait justificatif » au sens pénal du terme réside dans la permission de la loi.

⁷⁰⁰ « Penser solidairement la fin de vie », Rapport de la Commission de réflexion sur la fin de vie en France, consultable à l'adresse suivante : <http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-de-la-commission-de-reflexion-sur-la-fin-de-vie-en-France.pdf>

autrui, euthanasie active). Mais jusqu'à quand ? La notion de nécessité médicale n'est en effet d'aucun secours pour constituer un obstacle à la légalisation de ces actes, qui une fois médicalisés, sont tous susceptibles de répondre à une demande individuelle de bien-être⁷⁰¹ : désir d'enfant impossible à obtenir d'une autre façon, soulagement de souffrances inutiles et inapaisables, etc.

807. L'étude a permis de révéler que tant l'euthanasie active que le clonage reproductif et la grossesse pour autrui peuvent être justifiés, légitimés et finalement autorisés grâce à la notion de nécessité médicale. Ces actes, une fois exercés par le corps médical dans le cadre de leur profession, deviennent des actes médicaux. Si la loi détermine des conditions dans lesquelles ils répondent à une difficulté majeure dans l'existence d'une personne, on peut alors dire qu'ils sont médicalement nécessaires à l'obtention d'un état de bien-être de la personne. L'euthanasie peut être nécessaire à celui qui souffre de façon incommensurable, sans aucun espoir de guérison, mais qui ne peut, ou ne veut, lui-même mettre fin à ces jours, pour pouvoir accéder à la non-souffrance. Le clonage reproductif et la gestation pour autrui peuvent également être considérés comme médicalement nécessaires, dans le cas d'une personne qui ne peut avoir d'enfant car elle n'a pas d'utérus ou ne produit pas de gamètes, pour avoir un enfant issu de son patrimoine génétique. Le sujet de la légalisation de la grossesse pour autrui est au cœur de l'actualité politique et juridique, et la notion de nécessité médicale semble constituer un socle solide à la justification de celle-ci. En cela, il semble que la théorie juridique soit allée bien au-delà de l'esprit du texte originel de l'article 16-3 du code civil ayant posé les jalons de la disposition du corps humain à travers la « nécessité thérapeutique ». Pour cette raison notamment, l'utilisation de la notion de nécessité médicale peut donc être qualifiée d'indésirable, car bien éloignée de sa finalité originelle, pour ne pas dire tout à fait contraire à son aspiration initiale qui était de protéger le corps humain. Dans ce contexte, la notion incarne l'ultime passerelle vers le « tout-permis ». Elle devient l'instrument d'une mise à disposition toujours plus grande du corps humain, contrairement à la finalité première de l'article 16-3 du code civil.

808. Cet usage correspond au sens large de la notion de nécessité médicale présentée dans la première partie de l'étude : la définition de la notion est fonction de la finalité poursuivie et celle-ci étant « médicale » et « pour la personne » : il en résulte un

⁷⁰¹ La santé est un « état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité », selon le Préambule à la Constitution de l'OMS, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la santé, New-York, 19-22 juin 1946, signé par les représentants de 61 Etats et entré en vigueur le 7 avril 1948, Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, 1946, n°. 2, p. 100.

possible subjectivisme de la notion selon qu'elle est appréciée par le corps médical ou la personne elle-même. La notion est mise au service de celui qui l'invoque.

809. Alors que la première partie de l'étude a mis en avant l'importance de la notion en tant que composante essentielle de l'ordre public corporel venant limiter par définition la liberté corporelle de la personne, la seconde partie permet de conclure à ce que la notion offre une plus grande permissivité.

810. La nécessité médicale, au lieu d'incarner le rempart contre lequel viendrait se briser les essais d'atteintes injustifiées au corps humain, a, au contraire, fait s'écrouler le dernier mur de l'ordre public corporel. En cela, cet usage de la notion rend le corps humain toujours plus disponible. Il peut donc être qualifié d'indésirable en ce qu'il est à l'exact opposé du but poursuivi par le législateur de 1994 lors de la création de l'article 16-3 du code civil : la protection du corps humain par l'instauration d'un ordre public corporel.

811. En conclusion, la formule de TALLEYRAND trouve une application très juste : « *Appuyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder* ». Si la nécessité thérapeutique constituait une justification véritable, en ce qu'elle posait de réelles limites aux professionnels de santé, la nécessité médicale semble lui avoir succédé en tant que pâle copie, ne remplissant pas son rôle initial, bien au contraire. En donnant l'apparence de respecter un critère exigeant et protecteur, le législateur comme le professionnel de santé ont en réalité fait céder l'enceinte de protection qui existait autour du corps humain.

812. Face à ces constats, nous plaçons pour une prise de conscience massive tant de la part du législateur que de la part du professionnel de santé et des professionnels du droit, de l'existence et de l'effectivité du critère de nécessité médicale en tant que condition de légalité d'atteinte au corps humain, et de ses implications en tant que valeurs sociétales : le corps humain n'est pas à la disposition du professionnel de santé, ni à la disposition de la personne, l'ordre public corporel devant jouer un rôle protecteur.

À cette prise de conscience de l'importance et de l'existence de ce critère, doit venir s'ajouter la consécration du critère dans la pratique, notamment à travers la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé sur ce fondement. Cette consécration pratique doit être impérativement conjuguée au respect du consentement, sauf cas d'urgence comme le prévoit l'article 16-3 du code civil. Le consentement ne doit pas pour autant permettre d'évincer la condition de nécessité médicale, auquel cas il n'existerait plus d'ordre public de

protection. Les deux conditions de l'article 16-3 du code civil ne sont en effet pas facultatives mais bien cumulatives, donc indispensables l'une et l'autre, contrairement à certaines pratiques qui consistent à se contenter de l'un ou de l'autre des critères. Sans une conjugaison stricte des deux critères, le respect des droits et libertés fondamentales ne sera pas assuré ; on aboutira à une carence de l'ordre public corporel, la législation française cédant devant la conception européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, pour la Cour européenne des droits de l'homme, le respect de l'intégrité du corps humain s'entend d'abord du respect de la volonté de celui-ci. Aucune limite théorique ne semble être posée pour l'instant à la notion d'autonomie personnelle.

813. Sur le plan du droit français, l'utilisation souhaitable de la notion de nécessité médicale réside donc dans un développement de l'utilisation de notion dans le domaine de la responsabilité médicale.

814. En effet, à la question de savoir s'il fallait réformer le critère de l'article 16-3 du code civil, l'analyse a démontré qu'un retour à la notion de nécessité thérapeutique était possible sous deux conditions : d'abord une définition du caractère thérapeutique conforme à la définition de la CJUE et de l'administration fiscale française, c'est-à-dire incluant la prévention et se fondant sur la promotion de la santé de la personne ; ensuite, la construction par le législateur d'un régime juridique cohérent en édictant des autorisations expresses de la loi concernant certains actes ne répondant pas à une nécessité thérapeutique (chirurgie esthétique, stérilisation à visée contraceptive...) mais à une convenance personnelle.

Toutefois, ce retour en arrière heurterait certainement la conscience populaire et la conservation de la notion de nécessité médicale apparaît comme un moindre mal sous la condition *sine qua none* d'un usage réformé de la notion : D'abord, empêcher que celle-ci permette de passer outre l'exigence du consentement. Ensuite, inciter le développement de l'usage de la notion dans le domaine de la responsabilité des professionnels de santé.

815. Deux types de contentieux ont été analysés : un contentieux non indemnitaire et un contentieux dont l'objet est la réparation d'un préjudice.

L'étude du contentieux non indemnitaire a concerné le contentieux pénal, le contentieux possible avec l'assurance-maladie et le contentieux strictement disciplinaire. Il en est ressorti que le rôle majeur joué par la notion de nécessité médicale dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale des professionnels de santé est de permettre de qualifier les comportements de nature sexuelle et de poursuivre leurs auteurs. En revanche, la qualification

de violences volontaires au motif d'une absence de nécessité médicale est très rarement retenue à l'encontre des professionnels de santé.

816. Il est regrettable de constater que la notion ne joue qu'un rôle minime ou camouflé pour permettre de caractériser le délit de violences volontaires⁷⁰². Lorsqu'il est établi que l'acte commis ne répond pas à une nécessité médicale⁷⁰³, celui-ci constitue une blessure objective non justifiée sur le corps d'autrui, et cela même si le médecin n'a pas la même intention que celui qui blesse, par colère, d'un coup de couteau son congénère. En effet, l'intention « médicale » ne semble pas devoir être assimilée à la condition de nécessité médicale. Le principe d'égalité des justiciables implique que les médecins ne soient pas soustraits à l'empire du code pénal, à moins d'une disposition spécifique à leur égard. C'est l'intérêt de la notion de nécessité médicale ; il conviendrait donc d'en respecter les effets.

817. La notion de nécessité médicale permet de retenir l'abstention fautive du médecin qui aurait dû agir face à la nécessité des soins ou la négligence caractérisée en lien direct avec le dommage subi. C'est le cas du médecin qui a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer et qui entretient un lien de causalité certain avec le décès de la victime. La faute retenue consiste à ne pas avoir délivré les soins nécessaires (examens notamment). C'est donc une négligence grave qui est reprochée, déduite de l'abstention du médecin à délivrer les soins nécessaires.

818. Sur le plan du contentieux indemnitaire, il s'agirait de retenir une faute pouvant donner lieu à réparation, à l'encontre du professionnel de santé ayant agi sur le corps humain sans nécessité médicale. Les cas jurisprudentiels sont encore rarissimes. Après analyse de la jurisprudence en la matière, nous avons constaté que la notion de nécessité médicale jouait un double rôle dans la mise en cause des professionnels de santé : elle permet de sanctionner l'atteinte non médicalement nécessaire, et non autorisée par un texte spécial, lorsque cette atteinte entraîne un préjudice. Elle incarne alors un rôle protecteur du corps de la personne. D'un autre côté, elle permet d'éviter au professionnel d'avoir à répondre d'un manquement au défaut d'information puisqu'aucun préjudice au titre de la perte de chance ne peut être retenu

⁷⁰² L'exemple marquant qui n'est plus d'actualité était celui des opérations chirurgicales des transsexuels, auparavant considérées comme dénuées de finalité thérapeutique et donc condamnées pénalement du chef de violences volontaires. L'autre exemple est celui de la contention physique, V. *supra* n° 475 et s.

⁷⁰³ Comme dans le cas de la stérilisation non consentie évoquée plus haut.

lorsque l'atteinte était médicalement nécessaire et en ce sens, inévitable. L'argument de « l'absence de choix » est frappant : le patient n'avait pas finalement pas le choix de l'opération face à la nécessité de celle-ci. On en revient à la définition stricte donnée en première partie de l'étude. La notion incarne encore un rôle dual et paradoxal, à l'image de sa polysémie.

819. Il reste à déterminer le préjudice qu'il conviendrait de rapporter puisque la commission d'un acte illicite consistant en la violation du respect de l'intégrité corporelle pourrait être en elle-même indemnisable. Le préjudice serait en effet l'atteinte à l'inviolabilité corporelle. La caractérisation du préjudice pourrait dès lors dépendre de la seule caractérisation de la commission d'un acte illicite car non médicalement nécessaire, à l'image de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation au sujet de l'obligation d'information : la seule violation du devoir d'information permet de caractériser un préjudice moral. En revanche, nous l'avons vu, le préjudice lié à la perte de chance n'existe désormais que lorsque l'acte n'était pas médicalement nécessaire. Pour être conforme aux textes, cette jurisprudence implique que les actes non médicalement nécessaires qu'il est possible de pratiquer soient des actes expressément autorisés (actes de convenance personnelle : chirurgie à visée esthétique, stérilisation à visée contraceptive, etc.)

820. La perte de chance pour défaut d'information ne pourrait donc être invoquée que dans le cadre des actes de convenance personnelle. Pour les autres actes médicalement nécessaires, il convient alors d'invoquer un préjudice moral, tenant à l'absence d'information sur un risque fréquent ou grave.

821. En parallèle de la proposition de faire jouer son rôle à la notion de nécessité médicale dans la mise en cause de la responsabilité des professionnels de santé, l'analyse a mené à rapprocher la notion de « données acquises de la science » et de « référentiels partagés des professionnels de santé » de la notion de nécessité médicale.

822. Il paraît cohérent voire judicieux de faire entrer dans la définition de la nécessité médicale la notion de données acquises de la science. L'article R. 4127-8 du code de la santé publique dispose que : « *Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à*

l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles ».

823. Cet article ne concerne pas que la liberté de prescription du médecin ; il traite également de la liberté d'action du médecin et en pose les limites. Finalement, la liberté d'action du médecin trouve sa limite dans trois critères :

- la nécessité médicale qui est ici définie par « ce qui est nécessaire à la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins » ;
- dans ce cadre, il faut se conformer aux données acquises de la science ;
- et enfin respecter la règle de la raison proportionnée : la balance risques/avantages.

Cette référence permettrait de gommer un des caractères les plus désavantageux de la notion : son indétermination⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Cette proposition correspond, de façon actualisée, aux critères dégagés et proposés par M. Bruno Py, dans sa thèse de doctorat intitulée « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Nancy II, 1993.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX

D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2003

C. Augé (sous la direction de), *Nouveau Larousse illustré / Dictionnaire universel encyclopédique*, tome cinquième, éd. Librairie Larousse, 1904

M. Blais (sous la direction de), *Grand dictionnaire de philosophie*, éd. Larousse CNRS, 2003

B. Bouloc, *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2011

J. Carbonnier : - *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001

- *Droit civil, Introduction*, P.U.F., coll. Thémis, 27^{ème} éd., 2002

- *Droit civil, t.1, Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis, 22^{ème} éd., 2000

R. Chapus : - *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001

- *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001

P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Dalloz-Sirey, 2002

G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, éd. P.U.F., 9^{ème} éd. mise à jour, 2011

F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009

L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Fontemoing et Cie, t. I, 1927

J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, 17^{ème} éd., par M. Borgetto, R. Ruellan, R. Lafore, Dalloz, 2011

M. Fabre-Magnan : - *Introduction générale au droit : droit des personnes, méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 2011

- *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 2010

J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil - Les obligations, 1. L'acte juridique*, éd. Sirey, 13^{ème} éd., 2008

E. Garçon, *Code pénal annoté*, 2^{ème} éd. réf. et mise à jour par MM Rousselet, Patin et Ancel, Sirey, 1959

S. Guinchard et T. Debard (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, D., 20^{ième} éd., 2012

A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2010

Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 2000

D. Lecourt (sous la direction de), *Dictionnaire de la pensée médicale*, éd. P.U.F., 2004

J. Leroy, *Droit pénal général*, 4^{ième} édition, L.G.D.J., 2012

G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Les Etudes Hospitalières, 2011

L. Mélenec, *Traité de droit médical*, éd. Maloine, 1982

R. Mortier (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, éd. Librairie Aristide Quillet, 1958

M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1954

J. Pradel, *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Cujas, 2012

A. Rey (sous la direction de), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Dictionnaires Le Robert, 4^{ème} édition, 2010

H. Roland et L. Boyer, *Adages de droit français*, Litec, 4^{ème} éd. 1999

R. Saury, *Manuel de droit médical*, Masson, 1989

R. Savatier, J.-M. Auby, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956

F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003

M. Véron, *Droit pénal spécial*, 9^{ème} éd., Armand Colin, 2002

A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982

THÈSES

I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PUF, 1995

E. Bayer, *Les choses humaines*, Toulouse, 2003

B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995

B. Bévière, *La protection des personnes dans la recherche biomédicale*, éd. Hospitalières, 2001

J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique, sciences du droit, valeurs et biomédecine*, P.U.F., coll. partage du savoir, 2002

X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public, recherches sur le sujet des droits fondamentaux*, 2001

- L. Bodelet**, « *Le risque accepté en droit pénal contemporain* », Dijon, éd. Langres, 1932
- R. Bout**, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, éd. LGDJ, 1972
- M. Bruggeman**, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002
- H. Capela**, *La protection de l'incapable majeur à l'épreuve de la médecine*, Toulouse, 2007
- L. Cimar**, *Les aspects juridiques de la recherche biomédicale*, Grenoble, 1997
- M. Contis**, *Secret médical et évolutions du système de santé*, éd. Hospitalières, 2002
- P. Egéa**, *L'homme et son corps : essai sur les libertés corporelles dans le champ du droit biomédical*, Paris V, 1997
- N. Fasquelle**, « *La judiciarisation de la médecine générale et la pratique médicale. Vers l'émergence d'une médecine défensive ?* », Thèse pour l'obtention du doctorat de médecine, Faculté de médecine de l'Université d'Auvergne, 2006
- J.-C. Galloux**, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Bordeaux, 1990
- M. Girer**, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins / Essai de remise en cause du contrat médical*, éd. Hospitalières, 2008
- S. Henette-Vauchez**, *Disposer de soi*, éd. L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 2004.
- O. Ionescu**, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, éd. Librairie du recueil Sirey, 1931
- J. Khalil**, *Le corps humain à disposition*, Toulouse, 2008
- N. Klein**, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Paris VIII, 2010

I. Maradeix, *Essai sur l'évolution de l'ordre public à partir de son application en matière médicale et biomédicale ou vers un ordre public de gestion*, Pau, 2007

L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, éd. LGDJ Paris, 2006.

S. Paricard, *La convenance personnelle*, éd. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003

R. Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, éd. LGDJ, 1948

E. Picard, *La notion de police administrative*, éd. L.G.D.J., collection bibliothèque de droit public, 1984

S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, éd. Hospitalières, 1999

B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Nancy II, 1993

J. Raïciu, *Légalité et nécessité*, éd. Domat Montchrestien, 1933

E. Terrier, *Déontologie médicale et droit*, éd. Hospitalières, 2003

D. Vigneau, *L'enfant à naître*, Toulouse, 1988

E. Wagner, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Clermont-Ferrand, 1976

MÉMOIRES , MONOGRAPHIES

J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée*, éd. Seuil, 1993

S. Bauzon, *La personne biojurique*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 2006

C. Beccaria, *Des Délits et des peines*, librairie Droz, Genève, 1965. Traduction Maurice Chevallier et préface Robert Badinter, Flammarion, Paris, 1991

- C. Bergoignan-Esper, P. Sargos**, *Les grands arrêts du droit de la santé*, D., éd. 2010
- C. Byk, G. Mémeteau**, *Le droit des comités d'éthique*, éd. Eska/A. Lacassagne, 1996
- A.-R. Chancholle, M. Nodé-Langlois** (sous la direction de), *Faire naître, De la conception à la naissance, l'art au service de la nature ?*, éd. Artège, 2009
- Cicéron**, *Traité du destin, (De fato)*, texte établi et traduit par Albert Yon, éd. Les Belles Lettres Paris, 1991
- J.-M. Clément**, *Cours de droit hospitalier*, Les Études Hospitalières, 2003
- A. Comte**, *Cours de philosophie positive*, 1830, L'Harmattan, 2009
- M. Contis**, *La chirurgie à visée esthétique*, mémoire de DEA, Toulouse, 1996
- G. Cornu**, *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1998
- J. Dabin**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- M. Delmas-Marty**, *Le flou du droit*, P.U.F., coll. « Les voies du droit », 1986
- A. Dorsner-Doliver**, *La responsabilité du médecin*, Economica, coll. Pratique du droit, 2006
- B. Feuillet-Le Mintier** (sous la direction de), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits*, PUF, coll. Droit et justice, 1999
- D. Folscheid, B. Feuillet-Le Mintier, J.F. Mattei** (sous la direction de), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, éd. Thémis, coll. « Philosophie », 1997
- M.-D. Grmek**, *Histoire de la pensée médicale en Occident*, Seuil, 1997

C. Hennau-Hublet, *L'activité médicale et le droit pénal, les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, éd. Bruxelles, E. Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1987

R. Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduction Meulenaere, tomes II et III, 3^{ème} éd., Paris, A. Marescq aîné, Gand, F. Clemm, 1877

A. Kahn : - *Bioéthique et liberté* par Axel Kahn et Dominique Lecourt, PUF, coll. Quadrige/Essais, 2004

- *Faut-il légaliser l'euthanasie ?* par Axel Kahn et Luc Ferry, éd. Odile Jacob, Paris, 2010

- *Controverses : Université, science et progrès* par Axel Kahn et Valérie Pécresse, éd. Nil, Paris, 2011

E. Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, traduction par A. Philonenko, éd. J Vrin, Paris, 1968

A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. P.U.F., coll. thémis droit, 2007

H. Leteurtre, J-F. Quaranta, *La qualité des soins médicaux*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999

A.-A. Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 1994

R. Lindon, *Les droits de la personnalité*, éd. Dalloz, 1983

P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, éd. Matot-Braine, 1954

B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000

J. Moreau, *L'urgence médicale*, tome 1 et 2, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005

C. Neirinck (sous la direction de) : - *L'acte médical et les droits du malade*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse

- *De la bioéthique au bio-droit*, L.G.D.J., coll. « Droit et société », 1994

B. Pascal : - *Pensées*, éd. Lahure, 1860

- *Les Provinciales ou lettre écrites par Louis de Montalte à un provincial de ses amis et aux RR. PP. Jésuites sur le sujet de la morale et de la politique de ces pères*, éd. Brunshvicg, 1862

G. Peiser, *Contentieux administratif*, D., coll. Mémento, 12^{ième} éd., 2001

J. Rivero, *Les libertés publiques*, tome 2, *Le régime des principales libertés*, 6^{ème} éd., 1991, p.76

J. Romains, *Knock ou le triomphe de la médecine*, 1923

P. Roubier : - *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1946

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963

H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, D., 7^{ième} éd., 2011

H. Roussillon, X. Bioy (sous la direction de) , *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, 2006

J. Ruffié, *Naissance de la médecine prédictive*, éd. O. Jacob, 1993

R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^{ème} éd., Rousseau, Paris, 1922

J.-P. Sartre, *L'être et le néant*, éd. Gallimard Paris, coll. Bibliothèque des idées, 1957

J. Starobinski, *Histoire de la médecine*, éd., Rencontre-ENI, 1963

A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Seuil, 2005, p. 79

O. Tholozan, A. Leca, G. Nicolas, *De jure corporis*, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004

M. Troper, *Le droit et la nécessité*, éd. P.U.F., coll. Léviathan, 2011

A. Wijffels (études réunies et présentées par), *Le code civil entre ius commune et droit privé européen*, éd. Bruylant, 2005

RAPPORTS, ÉTUDES

Académie nationale de médecine, - *La gestation pour autrui*, rapport au nom d'un groupe de travail de l'Académie de médecine, Bull. Académie de médecine, 2009

- « Piercings » et tatouages : la fréquence des complications justifie une réglementation, 11 décembre 2007, Bull. Académie nationale de médecine, 2007,

Agence de la biomédecine : - *Rapport annuel, bilan des activités 2007*

- Conseil d'orientation, *Délibération du 21 septembre 2009*

Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée*, octobre 2000

Assemblée nationale : - *Rapport*, octobre 2003, n° 1092

- *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les lois relatives à la bioéthique*, 20 janvier 2010, Document Assemblée Nationale, n° 2235

- *Rapports n° 1057 et n° 2871 au nom de de la Commission spéciale lors du vote de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du coprs humain*, de M. Bernard Bioulac et de Jean-François Mattéi

Association Américaine de Psychiatrie (APA), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) ou Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*

Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire (BEH), Editorial, n°18-19/2012, publié le 23 mai 2012, *Numéro thématique-Le bronzage artificiel : une menace bien réelle mais évitable pour la santé publique*

Comité consultatif national d'éthique : -Avis n° 50, 3 avril 1996, « La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive »

-Avis n° 54, 22 avril 1997, « Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif »

-Avis n° 58, 12 juin 1998, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche »,

-Avis n° 63, 3 mars 2000, « Fin de vie, arrêt de vie et euthanasie »,

-Avis n° 104, 12 juin 2008, « Le « dossier médical personnel » et l'informatisation des données de santé »,

-Avis n° 110, 6 mai 2010, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui »

Commission chargée de l'élaboration d'un avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, « Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) », publié à la documentation française, 2006

Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat, Groupe de travail présidé par Michèle André, sénatrice du Puy de Dôme, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui* », Rapport d'information n° 421, 25 juin 2008

Commission de réflexion sur la fin de vie en France, Rapport à Monsieur François Hollande, Président de la République française, « Penser solidairement la fin de vie », 18 décembre 2012

Conseil d'Etat : - Rapport public 1995, EDCE, n° 47, La Documentation française, 1996

- Rapport public 1998, *Considérations générales sur le droit de la santé*, EDCE, n° 49, La Documentation Française, 1998

- *Sciences de la vie - De l'éthique au droit*, La Documentation Française, 1988

- *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation Française, 1999
- *La révision des lois de bioéthique*, Étude du Conseil d'État du 9 avril 2009, La documentation française, 2009

Collège national des sages-femmes, communiqué de presse, 8 mars 2010

Cour de cassation, Rapport public 1993, La Documentation française, 1994

Etats généraux de la bioéthique, *Rapport final*, rapporteur général Alain Graf, 1^{er} juillet 2009

Institut canadien d'information sur la santé, *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^{ième} version, 2012

Institut National d'Etudes Démographiques, *200 000 enfants conçus par fécondation in vitro en France depuis 30 ans*, E. de La Rochebrochard, *Population & Sociétés*, n° 451, 2008

Institut de veille sanitaire, *Assistance médicale à la procréation*, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 23-24, juin 2011

Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, : - *Rapport sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique de cellules embryonnaires*, 24 février 2000, C. Huriet et A. Claeys

- *La loi bioéthique de demain*, rapport n° 107, 21 novembre 2008

Ordre des médecins : - *Rapport du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la télémédecine, les préconisations*, janvier 2009

- *Rapport de l'Ordre des médecins sur la gestation pour autrui*, 4 février 2010.

ARTICLES, CHRONIQUES

P. Amiel, F. Violla, « La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France (1947-2007) », *RDSS*, 2009, n° 4, p. 673

C. André, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », Revue de science criminelle, 2004, p. 43

P. Arnou, « L'immunité pénale du médecin. Fondements et limites », titre néerlandais : « De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondlag en grenzen », traduction de Michel Goulmy, Jura Falconis, 1979-1980

J.-M. Augustin, « Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) aux origines de l'eugénisme », R.G.D.M., 2006, n° 21, p. 109

T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », R.T.D.Civ., 2007

B. Balthazard, « Art mineur et soins esthétiques, un danger majeur à fleur de peau », Revue Droit et Santé, n° 37, septembre 2010, p. 429

D. de Béchillon, « Satisfecit pour un self-restraint », RFDA, 2002, p. 160

J.-R. Binet, « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », Jurisclasseur, cote 4, 2012, Fascicule 5

X. Bioy, « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », AJDA, 2011

B. Blin, « Le rôle du médecin dans le nouveau droit des majeurs protégés », RGDM, décembre 2010, n° 37, p. 263

M. Boniol, F. Coignard, B. Vacquier, A. Le Tertre, P. Empereur-Bissonnet, T. Benmarhnia, J. Gaillot-de Saintignon, J.-F. Doré, « Numéro thématique-Le bronzage artificiel : une menace bien réelle mais évitable pour la santé publique », Editorial du Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire (BEH), n° 18-19/2012, publié le 23 mai 2012

M. Bouteille, « L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », J.C.P., éd. entreprise, n° 1, 2001, p. 17

M. Broyer, « Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant » in Robert Carvais (dir.), « La greffe humaine, (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre », PUF, p. 422

C. Byk, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », J.C.P. éd. générale, 28 mars 2007, n° 13, p. 21

« Assurance et « corps plastinés » : le classicisme juridique n'est jamais anodin, J.C.P., éd. générale, 18 février 2013, n° 8, p. 346

C. Caillé, « Lésion d'un organe lors d'une intervention : médecins vous êtes fautifs », Dictionnaire permanent de bioéthique, Bioéthique et biotechnologies, 3 avril 2013

A. Capitani, « L'état de nécessité entre loi, droit communautaire et constitution », Petites affiches, 26 avril 2006, n° 83, p. 13

C. Charbonneau, « Le dol impossible », Petites affiches, 17 avril 2001 n° 76, p. 10

R. Clement, « La faute caractérisée, source d'un dommage corporel engageant une responsabilité pénale », Médecine & Droit, 2008, n° 88, p.10 à 13

J. Coelho, « La France est-elle sur la voie de la dépénalisation de l'euthanasie ? », Médecine & Droit, 2006, p. 61

D. Cohen, « Le droit à... », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, PUF et éd. du Juris-classeur, 1999, p. 393 et s.

M. Contis, « Ostéopathie, une histoire sans fin ? », Dictionnaire permanent de bioéthique, 22 février 2011

M. Daury-Fauveau, « Etude : L'élément moral de l'infraction de non-assistance à personne en péril reprochée à un médecin », Petites affiches, 29 avril 2003, n° 85, p.12

A. Debet, « Le sexe et la personne », LPA, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 21

F. Debove, « La faim ne justifie pas les moyens », *Dr. pénal*, 1998, chron. 4

P. Delebecque, « Le droit de rupture unilatérale : genèse et nature », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} mai 2004, n° 126, p. 57

A. Demichel, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique » in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 705

P.-E. Desplats, N. Favrol, L. Gerbaud, T. Faict, « L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis », *RGDM* n° 28, 2008, p. 126

M.-H. Douchez, « La déontologie médicale » in *Déontologie et droit*, sous la direction de M. Hécquard-Théron, Presses de l'IEP de Toulouse, 1994, p. 7

P. Egéa, - « En l'absence de projet parental du couple, la détérioration d'embryons in vitro causée par un établissement de santé n'est pas constitutive d'un préjudice réparable en droit », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 1^{er} juin 2006, n° 6, p. 10

- « La « condition fœtale » entre « procréation et embryologie », *RDSS*, 1^{er} mars 2005, n° 2, p. 232

- « Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 1^{er} septembre 2004, n° 9, p. 6

- « Prélèvement post mortem, consentement présumé et obligation d'information », *D.*, 22 novembre 2001, n° 41, p. 310

R. Errera, « Sur les justes limites de la liberté d'expression », *Esprit*, décembre 1990, p. 85

C. Evin, « La portée de la définition O.M.S. de la santé », *Revue générale de droit médical*, n°1, p. 117 et s.

M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, n° 43, p. 2973

J.-P. Feldman, « Les faucheurs d'OGM et la Charte de l'environnement sur le jugement du Tribunal correctionnel d'Orléans du 9 décembre 2005 », *D.*, 2006, n° 12, p. 814

B. Feuillet-Le Mintier : - « La bioéthique et l'altération du langage juridique (à travers les lois dites de « bioéthique » du 29 juillet 1994), Journ. Intern. de bioéthique, 1^{er} déc. 2000, p. 97

- « Le devenir des comités régionaux d'éthique », Journ. Intern. de bioéthique, 1^{er} déc. 1999, p. 53

- « Réflexion sur la révision de la loi dite « bioéthique » du 29 juillet 1994, RGDM, n° 2, 1^{er} oct. 1999, p. 53

T. Fossier : - « De la législation à la pratique notariale », J.C.P. éd. notariale, n° 7, 18 février 2005, p. 296

- « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par les principes fondamentaux », J.C.P. éd. notariale, n° 36, 5 septembre 2008, p. 63

J.-D.Frengley, L.-C. Mion, « Incidence of physical restraints on acute general medical wards », The American Geriatrics Society, 1986, août, p. 565

M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ., 1995, p. 573

P.-Y. Gautier, « Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction », R.T.D. Civ., 2000, p. 863

G. Giudicelli-Delage, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC, 1996, p. 26

P. Gourdon, « La consommation de cannabis nécessaire à la sauvegarde de la santé : une application contestable de l'article 122-7 du code pénal », D., 2003, n° 9, p. 584

P. Hennion-Jacquet, « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », R.D.S.S. novembre-décembre 2008, n° 6, p.1061

- « Le paradigme de la nécessité médicale », R.D.S.S., 2007, p. 552.

P. Kayser, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », R.T.D.Civ, 1971, p. 30

M. Lamarche, « De la Vénus Hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », Droit de la famille, n° 5, mai 2009

L. Lambert-Garrel : - « Du possible au souhaitable : regards du juriste sur la procréation », Revue Droit et Santé, n° 38, novembre 2010, p. 511

- « Libres propos sur l'article L.1142-1 du code de la santé publique », J.C.P., éd. entreprises, n° 1, 11 mars 2004

E. de La Rochebrochard, « 200 000 enfants conçus par fécondation *in vitro* en France depuis 30 ans », Revue Population et Société, n° 451, décembre 2008

B. Le Baut-Ferrarèse, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », A.J.D.A., 2003, p. 1383

B. Legros, - « Les enjeux de « tout encadrement » juridique de l'euthanasie ou du suicide assisté à la lumière des expériences européennes », R.G.D.M., 2007, n° 23, p. 55

- « Sur l'opportunité d'instituer une exception d'euthanasie en droit français », Médecine et Droit, n° 46, 2001, p. 7

B. Lemennicier, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi », Droits, 1991, n° 13

Ph. Malaurie, rapport de synthèse *in L'ordre public à la fin du XXème siècle* (actes d'un colloque tenu en Avignon le 7 octobre 1994), Dalloz, 1996, p. 105 et s.

J. Massip, « L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », Gaz. Pal. 5-6 avril 1995, p. 2 et s.

B. Mathieu, - « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », D. 2005, n° 25, p. 1649

- « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in *Les lois « bioéthique à l'épreuve des faits*, sous la direction de B. Feuillet - Le Mintier, PUF, coll. Droit et justice, 1999

Y. Mayaud, « Ratio legis et incrimination », R.S.C., 1983, n° 25, p. 611

G. Mémeteau : - « Transsexualisme et débat de société », *Médecine & Droit*, 2007, p. 141

- « Refus de soins et traitement imposé par le médecin : la conciliation de valeurs opposées », *Petites affiches*, 23 avril 1999, n° 81, p. 13

- « Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby, D.*, 1992, p. 747 et s.

- « De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *D.* 1990, chron. p. 165

J. Michaud, « Retour sur le rapport n° 63 du CCNE, Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie », *Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 24, juillet 2000

C. Neirinck, « Le corps humain », *Droit et Ville*, 2006, n° 61, p. 171 ;

« Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *Les Petites Affiches*, 1999, n° 161, p. 3 ;

« L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », *Les Petites Affiches*, 1998, n° 29, p. 4

S. Paricard, « Transsexualisme, le raidissement de la Cour de cassation », *Dictionnaire permanent de bioéthique*, éditions législatives, 21 juin 2012

A. Pariente, « Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction », *RDP*, n° 5, 2003, chron., p. 1419

A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.*, n° 1, janvier/mars 2000

B. Py, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *Actualité Juridique Droit Pénal*, D., 2012, n° 7, p.384

« Les frontières du droit pénal médical », *Revue pénitentiaire de droit pénal*, 2011, n° 2, p. 349

S. Rameix : - « Dimensions éthiques de la relation entre le médecin et le patient », in « Le droit des patients : enjeux et défis », actes du colloque tenu à Paris le 29 mai 1997, *Gaz. Pal.* 20-21 fév. 1998, p. 18 et s

- « Des devoirs des médecins aux droits des patients », *JuriSanté* octobre 1996, éditorial, p. 3

J. Ravanas, « Le plein exercice du droit au respect de la vie privée », *D.* 1998, p. 84

N. Raynaud de Lage, « À propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux », *Droit de la famille*, janvier 2000, p. 9

J.-L. Renchon, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le code civil entre ius commune et droit privé européen*, sous la dir. De A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 291

P. Roubier : - « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 83 et s.

- « Les prérogatives juridiques », *ibid*, 1960, p. 65 et s.

J. Rovinsky, « Le vice de violence et l'abus de situation contractuelle », *Gazette du Palais*, 28 octobre 2001, n° 301, p. 34

P. Sargos, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique, permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 13 décembre 2012, n° 43, p. 2903

R. Sefton-Green, « Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droit préventives (à propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des incapables majeurs) », *LPA*, 7 juillet 1999, n° 134, p. 22

J. Segura-Carissimi, « Expérimentation animale et protection des animaux », Gazette du palais, 11 août 2009, n° 219-223, p. 6 à 15

C. Sévely-Fournié, « Réflexions sur l'inhumain et le droit, le droit en quête d'humanité », Revue de science criminelle, 2005, p. 483

M.-L. Signoret, « Approche de la déontologie médicale par l'étude de la liberté thérapeutique », R.G.D.M., n° 18, 2006, p. 277

R. Siri, « Propos critiques sur les vices du consentement dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1^{er} avril 2008, p. 897

O. Smallwood, « La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ? », Médecine et droit, 2006, p. 121 à 126

J. Tapie, « Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser », Dr. Soc., n° 9/10 septembre-octobre 1997, p. 828

T. Tauran, « Prise en charge de frais de déplacement », J.C.P. Social, 13 janvier 2009, n° 3, 1022

F. Terré, « Droit, éthique et neurosciences », Médecine et Droit, 2011, n° 106, p. 64

S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, n° 02/09, p. 185

D. Thouvenin : - « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », Actualité Législative Dalloz 1995, p. 149 et s.

- « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques », R.T.D.Civ. 1994, p. 717 et s.

- « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », Les Petites Affiches, 14-12-94, p. 25 et s.

- « Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires ? », *in La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, PUF, Forum Diderot, 1999, p. 51 et s
- « La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain », *Justices*, 2001, n° 1, p. 113
- « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », *D.* 2000, chron., p. 485
- « La loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 : des recherches pratiquées sur la personne aux recherches avec la personne », *RDSS*, 2012, n° 5, p. 787

D. Vigneau, - « Révision de la loi de bioéthique : un « accouchement » au « forceps » », *Dictionnaire permanent de bioéthique*, Editions législatives, 8 juillet 2011

- « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.*, 22 septembre 2011, n° 32, p. 2224
- « 2001, le droit « libéral » de l'avortement », *RGDM*, 1^{er} octobre 2001, n° 6, p. 207
- « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Droit de la famille*, 1^{er} novembre 2000, n° 11, p. 7
- « Le transfert post-mortem d'embryons conçus in vitro », *LPA*, 15 mai 1996, n° 59, p.15

A. Vitu, « De l'illicéité en droit criminel français », *Journées de la société de législation comparée*, R.I.D.C. 1984, p. 135 et p. 140

- X.** *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, v° nécessité médicale
- Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, v° protection du corps humain
- Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, v° embryon
- Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, v° recherches biomédicales

TEXTES INTERNATIONAUX

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, Oviedo, 1997

Protocole additionnel à la 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, portant interdiction du clonage d'êtres humains, 1998

Résolution législative du Parlement européen du 8 septembre 2010 relative à la position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques (06106/1/2010 – C7-0147/2010 – 2008/0211(COD)).

Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes (2010/2209(INI)), adoptée le 5 avril 2011

DIVERS, ARTICLES DE PRESSE

A.-L. Bennaceur-Griscelli, « Les promesses des cellules iPS », La Recherche, n° 426, janv. 2009, Palmarès 2008

Entretien avec Muriel Fabre-Magnan, Journal Le Point, juillet-août 2006, hors série n° 9, p. 116

J.-Y. Nau, « L'affaire Hwang ou les ravages de la course à l'audience », Le Monde, 14 janvier 2006

Propositions de loi, Sénat, n° 233 et n° 234, 27 janvier 2010

Proposition de loi, Sénat, n° 736, 31 juillet 2012, autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui

Rescrits de l'administration fiscale n° 2011/4 (TCA) et n° 2012/25 (TCA)

J. Testart, « L'affaire Hwang Woo-suk ou les dérives de la science spectacle », Le Monde, 3 janvier 2006

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

- A**
- Accident du travail 237, 238
- Actes professionnels 21, 232, 233, 335, 455
- Anonymat (principe) 220
- Assentiment 62, 273
- Assurance-maladie
- Prise en charge 231 et s., 426
- Atteinte à l'inviolabilité 179
- Atteinte au corps humain 18, 19, 42, 53, 56, 58, 73, 104, 142, 156, 171, 181, 216, 230, 258, 264, 269, 315, 327, 329, 330, 355, 356, 357, 359, 360, 366, 406, 417, 420, 430, 431, 440, 441, 442, 446, 459,
- B**
- Bioéthique 11, 20, 22, 26, 43, 52, 101, 108, 145, 188, 222, 223, 269, 350, 362, 374, 379, 380, 401, 404, 405, 408, 411, 431, 436, 440,
- Bronzage en cabine 342, 343, 344, 360
- C**
- Cadavres humains 24
- Caractère thérapeutique 116, 118, 119, 125, 131, 132, 133, 136, 146, 148, 150, 151, 153 et s. 286, 326, 333, 347, 351, 420 et s. 428, 433, 439, 473
- Certificat médical 96, 97, 105, 175, 202, 247, 290, 292, 293, 294, 349,
- Chiropraxie 215
- Chirurgie à visée esthétique 120, 136, 148, 150, 154, 331, 332, 333, 334, 339, 429, 433, 473
- Circoncision 138, 139, 140, 141
- Clonage 52, 53, 104, 143, 263, 375, 385, 396 à 407
- Comité consultatif national d'éthique 10, 102, 145, 226, 364, 391, 407
- Congé pathologique 246, 258, 260, 265
- Conseil constitutionnel 10, 169, 197, 201, 202, 203, 287, 296, 297
- Consentement à l'acte 314, 354
- Consentement aux soins 318
- Contention 300, 301, 302, et s. 447, 448, 451, 493, 498
- Convenance 54, 55, 56, 57,
- Convenance personnelle 329 et s.
- Corps humain
- Statut 187 et s.
- Cour européenne des droits de l'homme 78, 99, 128, 213, 275, 276, 279, 288, 297, 303, 323, 346, 347, 355, 356, 359, 382

D

Déontologie *101, 107, 117, 121, 147, 338, 371, 453, 455, 458, 459, 460, 483, 514, 517, 518*

Diagnostic prénatal *21, 222, 223, 224, 260, 351, 352*

Dignité humaine *22, 23, 24, 26, 142, 197, 198, 205, 207, 359, 409*

Dons et prélèvements d'organes et de produits du corps humain *374, 380*

Dons croisés d'organes *379*

Dopage *253, 254, 255, 256, 260, 266*

Dossier médical personnel *222, 226, 229, 260*

Droit de la personnalité *16, 164, 166, 168*

Droit des étrangers *249, 253*

Droit subjectif *30, 164, 165, 166, 167, 168, 190, 200, 201, 259, 318, 473, 474, 505,*

Droits du patient *319*

E

Eléments et produits du corps humain *18, 21, 43*

Embryon *22 et s., 50, 102, 143, 259, 265, 380, 386, 397 et s.*

Embryon (recherche) *211, 212, 217, 222, 223*

Etat de nécessité

- Droit pénal *65, 69 à 71, 74, 77*
- Droit pénal international *80, 81*
- Droit civil *84 à 95*

Etat de santé *122, 127, 134, 136, 137, 237, 240, 245, 246, 249, 250, 252, 253, 255,*

256, 261, 265, 266, 276, 277, 305, 307, 312, 320, 353, 366, 414, 453

Euthanasie *386, 388, 391*

F

Faiblesse contractuelle *84, 85*

Fait justificatif *65, 70, 75, 79, 83, 98, 119, 158, 179, 180 à 187, 207, 221, 236, 258, 327, 347, 357, 359, 382, 385, 392, 393*

Finalité thérapeutique *115, 121, 143, 152, 153, 154, 169, 211, 331, 364, 422, 423, 433, 451, 498*

Force majeure *89*

G

Génétique *16, 26, 123, 380, 381, 382, 397, 398, 399, 401, 408, 417, 431*

Gestion d'affaires *90 à 95*

Grossesse pour autrui *386, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 415, 416*

H

Hasard *52*

Haute Autorité de Santé *11, 107, 232, 233, 426, 483*

Hospitalisation à la demande d'un tiers *174, 289*

Hospitalisation d'office *173, 174, 175, 176, 289, 291, 296, 298, 299*

I

Indemnisation *94, 112, 114, 140, 151, 154, 155, 177, 276, 297, 298, 313, 314, 440, 462, 464, 470, 471, 474*

Indisponibilité **20, 169, 346**
 Information du patient **322, 331, 473**
 Intégrité du corps humain 171, 173 et s.
 Intention **142, 149, 258 et s., 439, 441 et s.**
 Intérêt 44 à 48, 435, 437
 Interruption volontaire de grossesse 350 à 353
 Inviolabilité **161**
 -Qualification 164,165

L

Liberté corporelle **159, 190, 194, 199, 200 à 207,**
 Liberté personnelle 201, 202,
 Liberté individuelle 203
 Loi de financement de la sécurité sociale **235**

M

Maladies professionnelles 248
 Médecin du travail **245, 246, 248**
 Médecine
 -Définition 106 et s.
 Médical
 -Définition 104, 105
 Mineur 305

N

Nomenclature générale des actes professionnels **426**

O

Obligation de sécurité **150, 475**
 Obligation de soins 290, 313, 314, 315, 319
 Obligation du professionnel de santé **306**
 Ordre des médecins **10, 107, 137, 145, 224, 307, 331, 335, 337, 338, 337, 408, 409, 454**
 Ordre public
 -Définition 193, 194
 - Caractères 195 à 199
 Ordre public corporel **205 à 209**
 Ostéopathie 216

P

Paternalisme **88**
 Perte de chance **152, 322, 323, 464, 465, 470, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 498, 499**
 Prélèvements **42, 43, 180, 191, 362, 374, 375, 377, 378**
 Prévention **106, 113 et s. 147, 151 et s. 183, 223, 234, 236, 241, 255, 256, 321, 342, 422, 425, 427, 428, 430, 433, 443, 462, 464, 471, 497**
 Procréation médicalement assistée **123, 131, 133, 143, 144, 197, 215, 217, 259, 374, 384, 396, 397, 398, 429**
 Protection des majeurs **95, 97, 135**
 Protection du corps humain **18, 19, 22, 24, 25, 42, 158, 159, 172, 187, 194, 209, 259, 269, 272, 273, 283, 409, 417, 418, 419, 435, 436, 439, 458, 461, 488, 490, 496**

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	10
INTRODUCTION	14
1^{ERE} PARTIE : LA POTENTIALITE DE LA NECESSITE MEDICALE	31
TITRE 1 : LA DECOMPOSITION DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	33
CHAPITRE 1 : LA POLYSEMIE DE LA NECESSITE	34
<i>Section 1 : Les sens extra-juridiques</i>	34
§1. Sens commun de la nécessité.....	35
A. Déclinaisons courantes du mot nécessité et sens qui en découlent.	35
1°) La nécessité seule.....	35
2°) La nécessité appliquée : la nécessité de quelque chose, au singulier et au pluriel.....	37
a) Le caractère de ce qui est nécessaire	38
1. La nécessité suivie d'un complément	38
2. La nécessité comme attribut	39
3. Dans les locutions adverbiales ou adjectives	40
b) Etat de ce qui rend quelque chose nécessaire	41
c) « Les nécessités »	42
B. Par comparaison aux termes avoisinants et antonymiques.....	43
1°) Ses voisins : la finalité et l'intérêt.....	43
a) L'intérêt.....	45
1. Dans un sens objectif, avec l'idée d'avantage	45
2. Dans un sens subjectif avec l'idée d'attention	48
b) La fin, le but, la finalité.....	50
2°) L'enseignement des antonymes : la convenance et le hasard (ou contingence)	52
a) L'approche du hasard et de la contingence	53
b) L'analyse de la convenance	56
§2. Sens philosophique de la nécessité.....	58
A. Plusieurs sens selon les applications.....	59
1°) En logique et en métaphysique	59
2°) En morale.....	60
B. Plusieurs sens selon les auteurs.....	61
1°) Chez Platon et Aristote	62
2°) Chez les stoïciens.....	63
3°) Chez Sartre.....	63
<i>Section 2 : Les déclinaisons juridiques de la nécessité</i>	65
§1. L'état de nécessité en droit pénal.....	66
A. L'état de nécessité au sein du mécanisme des faits justificatifs.....	66
1°) Aux origines de la notion d'état de nécessité	68
2°) Le régime de l'état de nécessité	70
a) Conditions tenant au danger	70
b) Conditions tenant à l'auteur	71
c) Conditions tenant à l'acte.....	72
B. L'enseignement de quelques illustrations jurisprudentielles.....	75
1°) Sur la faute de l'auteur de l'acte nécessaire.	75
2°) Sur l'absence de moyens alternatifs.	78

C.	La notion de nécessité sous l'angle du droit pénal international	81
§2.	La notion de nécessité en droit civil	85
A.	La nécessité en droit des contrats	85
1°)	L'hypothèse de la faiblesse du contractant et de la violence.....	85
2°)	L'hypothèse de la résiliation unilatérale	89
3°)	La force majeure, expression de la nécessité ?.....	90
B.	La gestion d'affaires	91
C.	Les principes de protection des majeurs vulnérables	96
CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU TERME « MEDICAL »		102
<i>Section 1 : L'ambiguïté du terme « médical »</i>		102
§1.	Une approche négative du contenu du terme « médical »	104
A.	L'étude du terme médical	104
1°)	Premiers éléments de définition de ce qui est médical	104
a)	L'origine du mot : la médecine, les médecins	105
b)	Approfondissement de la notion de médecine.....	107
2°)	La négation du caractère médical.....	111
a)	L'acte du médecin n'est pas toujours un acte médical	111
b)	Actes médicalisés et actes médicaux.....	113
1.	Jurisprudence.....	113
2.	Opinion doctrinale	116
B.	La différenciation avec le caractère thérapeutique.....	117
1°)	L'ancienne exigence de l'intérêt thérapeutique : l'assimilation initiale des deux notions.....	118
a)	Dans la jurisprudence	119
b)	Dans la loi.....	120
2°)	Le remplacement par l'adjectif qualificatif « médical » : la séparation actuelle des deux notions.....	123
§2.	L'approche positive du terme « médical ».....	126
A.	Le cumul du caractère médical et thérapeutique.....	127
1°)	Donner des soins, rendre la santé.....	127
2°)	Evolution de la notion thérapeutique	129
B.	Le caractère médical et non thérapeutique.....	133
1°)	Les actes licites	134
a)	L'autorisation expresse d'actes dénués de caractère thérapeutique.....	134
1.	La stérilisation à visée contraceptive	134
2.	La chirurgie à visée esthétique.....	137
b)	La tolérance	138
1.	La circoncision	139
2.	Les actes non médicaux tolérés : le tatouage et le perçage	142
2°)	Les actes illicites	143
<i>Section 2 : Les incidences en matière de responsabilité</i>		147
§1.	Les principes juridiques en matière de responsabilité	147
A.	Les principes légaux	147
B.	La régime jurisprudentiel de responsabilité pour les actes à caractère non thérapeutique	149
§2.	La dichotomie entre l'article 16-3 du code civil et l'article L.1142-1 du code de la santé publique	152
TITRE 2 : LA RECOMPOSITION DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE		158
CHAPITRE 1 : LE DOMAINE INITIAL DE LA NOTION : L'ARTICLE 16-3 DU CODE CIVIL.....		159

<i>Section 1 : La nécessité médicale, fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité du corps humain</i>	161
§1. La raison d'être de la justification : l'inviolabilité et la protection de l'intégrité du corps humain	161
A. L'inviolabilité, recherche d'une définition	162
1°) Histoire du mot	162
2°) La signification de « porter atteinte ».....	164
B. La question de la nature de l'inviolabilité du corps humain.....	165
1°) Un droit subjectif et un droit de la personnalité ?	165
2°) Une liberté civile ?.....	166
§2. La justification de l'atteinte à l'intégrité corporelle.....	172
A. L'atteinte à l'intégrité corporelle à l'épreuve des actes médicaux	172
1°) De l'intégrité corporelle	172
2°) Des cas d'atteinte à l'intégrité corporelle.....	174
B. Le mécanisme de la justification.....	179
1°) L'existence du mécanisme de la justification dans les droits étrangers.....	181
2°) L'histoire du mécanisme de la justification en droit français	183
3°) La protection et le statut du corps humain à l'épreuve de la justification	188
<i>Section 2 : La nécessité médicale, notion phare de l'ordre public corporel</i>	192
§1. La délicate définition de l'ordre public.....	194
A. Des essais de définitions.....	194
B. Des caractères et du contenu de l'ordre public.....	196
§2. La nécessité médicale à l'épreuve de l'ordre public corporel	200
A. De la liberté corporelle	201
1°) De l'utilité de la qualification de liberté corporelle.....	201
2°) Liberté personnelle ou individuelle ?.....	203
B. De l'ordre public corporel.....	206
CHAPITRE 2 : LE DOMAINE ETENDU DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	210
<i>Section 1 : Un domaine apparenté au domaine naturel</i>	211
§1. La persistance du critère de nécessité médicale.....	211
A. En matière de recherches dérogatoires	212
1°) Recherches sur les embryons	212
2°) Recherches sur les animaux	213
B. En matière de choix thérapeutiques « non traditionnels ».....	216
1°) La réglementation de la chiropraxie et de l'ostéopathie.....	216
2°) En tant qu'exception à des grands principes du code de la santé publique	218
§2. L'extinction du critère de nécessité médicale	223
A. En matière d'information relative au diagnostic prénatal	223
B. En tant que fondement de la dérogation au principe de l'examen clinique par le médecin.....	225
1°) Télémédecine.....	225
2°) Régulation médicale.....	227
C. En matière de « dossier médical personnel »	227
<i>Section 2 : Un domaine étranger au domaine naturel</i>	231
§1. En droit de la sécurité sociale	232
A. Les textes applicables à la prise en charge des actes.....	232
1°) Disposition générale relative au fonctionnement de l'assurance maladie	232
2°) Disposition générale relative aux soins	233
B. L'apport jurisprudentiel	238

1°)	La détermination de la prise en charge des frais de transports	238
2°)	La prise en compte de la nécessité médicale par la jurisprudence de la CJUE.....	240
a)	La nécessité médicale fonde la prise en charge	241
b)	Le constat de la nécessité médicale lie l'institution compétente	245
§2.	En droit social proprement dit	246
A.	Le cas du changement d'affectation de la salariée enceinte.....	246
B.	Examens obligatoires de la future mère et congé pathologique	247
C.	Maladies professionnelles.....	249
§3.	Au sein des règles régissant le séjour et l'éloignement des étrangers.....	250
A.	La nécessité médicale dans les textes en vigueur.....	250
B.	Applications jurisprudentielles du critère de nécessité médicale	252
§4.	En matière de dopage	254
A.	La recherche de la nécessité médicale dans les textes régissant le dopage	255
B.	L'existence de la nécessité médicale dans la jurisprudence relative au dopage	256
CONCLUSION DU TITRE 2		259
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE		264
2^{NDE} PARTIE : L'EFFECTIVITE DE LA NECESSITE MEDICALE		270
TITRE 1 : L'UTILISATION INDESIRABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE		273
CHAPITRE 1 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL DE VIOLATION DE L'INTEGRITE CORPORELLE.....		273
<i>Section 1 : Les hypothèses légales aménageant la violation de l'intégrité corporelle sans consentement</i>		<i>275</i>
§1.	La stérilisation sans consentement.....	275
A.	Le cas de la stérilisation des personnes capables	275
1°)	La qualification possible de traitement inhumain et dégradant au regard de la CEDH	276
2°)	L'absence de caractérisation d'un délit au regard de la jurisprudence française	280
B.	La stérilisation des personnes placées sous un régime de protection	285
§2.	Les soins psychiatriques sans consentement.....	290
A.	Le nouveau régime des soins psychiatriques sous contrainte	290
1°)	La possibilité d'hospitalisation partielle ou de non-hospitalisation.....	290
2°)	La saisine obligatoire du JLD	292
3°)	Un nouveau cas d'admission.....	294
4°)	Le rôle de la nécessité médicale renforcé.....	294
B.	L'usage juridictionnel de la notion dans le cadre des soins sous contrainte.....	296
<i>Section 2 : Les hypothèses contra legem de violation de l'intégrité corporelle sans consentement</i>		<i>301</i>
§1.	Les hypothèses non sanctionnées de non respect de la volonté de personnes vulnérables	301
A.	La pratique de la contention physique de la personne âgée	302
1°)	Approche médicale de la contention physique de la personne	302
2°)	Le respect des conditions légales	303
B.	Le cas du mineur handicapé.....	306
1°)	Des faits démontrant le non-respect du consentement	307
2°)	Le contenu inexprimé de la solution de la CEDH.....	309
§2.	La vulnérabilité provoquée ou choisie.....	312
A.	La vulnérabilité résultant d'un choix personnel.....	312
1°)	L'interprétation des dispositions en vigueur avant la loi du 4 mars 2002	313

a)	Les faits	313
b)	La solution des juges du fond : l'obligation de soins prévaut sur la volonté	314
c)	La solution des juges de cassation : la nécessité médicale prévaut sur la volonté	314
2°)	La situation inchangée après la loi du 4 mars 2002 : l'interprétation contra legem du juge des référés	317
a)	Les ordonnances Feuillatay et époux Guislain : une jurisprudence contra legem	317
b)	Une jurisprudence illégale approuvée	319
B.	La vulnérabilité provoquée par autrui	322
1°)	L'absence d'information relative aux soins	322
2°)	La coercition policière	324
CHAPITRE 2 : LA NECESSITE MEDICALE, OUTIL PERMISSIF DE DISPONIBILITE DU CORPS HUMAIN.....		327
<i>Section 1 : Le contournement légal de l'exigence de nécessité médicale : les hypothèses dérogatoires autorisées 330</i>		
§1.	Les actes de convenance personnelle.....	330
A.	Le cas emblématique : le désir purement esthétique.....	331
1°)	Les actes médicaux à visée esthétique	331
a)	La chirurgie esthétique non réparatrice	332
b)	La médecine esthétique.....	335
2°)	Les pratiques esthétiques non médicales.....	340
a)	Les tatouages, piercings et maquillages permanents	340
b)	Les activités de bronzage en cabine	343
B.	Les hypothèses de détresse psychologique	346
1°)	Les opérations chirurgicales de changement de sexe et les traitements correspondants : véritables dérogations à l'exigence de nécessité médicale ?.....	346
2°)	Des cas d'interruption volontaire de grossesse, véritables dérogations légales à l'exigence de nécessité médicale.....	351
a)	L'interruption volontaire de grossesse pour motif médical concernant l'enfant à naître	352
b)	L'interruption volontaire de grossesse sans motif médical	354
3°)	La tolérance européenne de l'atteinte au corps humain consistant en la pratique du sadomasochisme.....	357
§2.	Le besoin d'autrui : la « nécessité » de la médecine et l'intérêt thérapeutique pour autrui.....	362
A.	La recherche biomédicale	363
1°)	Les atteintes autorisées au titre des recherches « impliquant les personnes humaines » - Bref historique	363
2°)	Les garde-fous ou garanties en l'absence de nécessité médicale pour la personne	368
a)	La règle du consentement.....	369
b)	Atténuations ou exceptions rares à la règle du consentement	372
c)	Formes du consentement et sanctions	373
B.	Le don et le prélèvement d'organes et éléments du corps humain	375
1°)	La constante évolution du droit en la matière	375
a)	Prélèvements post-mortem.....	376
b)	Prélèvements sur une personne vivante.....	377
2°)	Nouvelle possibilité du don croisé d'organes.....	380
<i>Section 2 : Le contournement encore prohibé de l'exigence de nécessité médicale : les hypothèses non autorisées 385</i>		
§1.	La prohibition de l'euthanasie à l'épreuve de la notion de nécessité médicale.....	387
A.	Droit positif en matière d'euthanasie largo sensu	389
B.	Fondements possibles de l'autorisation d'euthanasie « active »	392
§2.	Le clonage humain à l'épreuve de la notion de nécessité médicale.....	397

A. Le clonage à visée reproductive : à exclure ?	398
B. Le clonage à visée thérapeutique	403
§3. La grossesse pour autrui à l'épreuve de la notion de nécessité médicale.....	408
TITRE 2 : L'UTILISATION SOUHAITABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE	421
CHAPITRE 1 : LA CONSERVATION PREALABLE DE LA NOTION DE NECESSITE MEDICALE.....	421
<i>Section 1 : L'hypothèse du changement pour le critère de la « nécessité thérapeutique » ou un retour en arrière insatisfaisant</i>	422
§1. La concordance avec la réglementation fiscale et de protection sociale	422
A. Les actes non thérapeutiques désormais soumis à TVA	423
B. Les actes thérapeutiques remboursés par la Sécurité sociale ?.....	427
§2. L'obstacle tenant aux actes non thérapeutiques actuellement autorisés.....	431
<i>Section 2 : L'hypothèse du changement pour le critère d'intérêt médical</i>	436
§1. La proposition de la notion d'intérêt	436
§2. Les objections à l'adoption de la notion d'intérêt.....	438
CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DE LA NECESSITE MEDICALE DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES PROFESSIONNELS DE SANTE	443
<i>Section 1 : Un rôle mineur dans le contentieux non indemnitaire</i>	443
§1. La mise en jeu de la responsabilité pénale au moyen de la nécessité médicale	444
A. L'absence de nécessité médicale rarement retenue en matière de violences volontaires	444
1°) De l'intention médicale à la nécessité médicale.....	445
2°) Une condamnation pour violences volontaires au motif de l'absence de nécessité thérapeutique	448
B. L'absence de nécessité médicale caractérise l'infraction de nature sexuelle.....	450
C. La nécessité médicale permet de qualifier un comportement délictuel	452
§2. La mise en jeu de la responsabilité disciplinaire au moyen de la nécessité médicale	454
A. Le contentieux technique aboutissant à l'interdiction de donner des soins aux assurés sociaux.....	454
B. Le non-respect des règles déontologiques.....	461
<i>Section 2 : Un rôle majeur dans la sanction indemnitaire</i>	462
§1. La réparation de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain	463
A. La caractérisation de la faute permettant la réparation	464
1°) La caractérisation de la faute par l'Ordre judiciaire proprement dit.....	464
2°) La caractérisation de la faute par l'Ordre administratif.....	468
B. L'écho de la proposition de formulation expresse du délit civil	470
§2. La caractérisation de la perte de chance de renoncer à un acte attentatoire au corps humain	473
A. La nécessité médicale d'un acte exclut l'indemnisation au titre de la perte de chance	473
B. La concordance avec la jurisprudence administrative.....	477
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	484
CONCLUSION GÉNÉRALE	488
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	506
<u>INDEX</u>	528

RÉSUMÉ

Essai sur la nécessité médicale

Pour pouvoir porter atteinte au corps humain, l'article 16-3 du code civil prévoit qu'il faut être en présence d'une nécessité médicale pour la personne, véritable condition de licéité des actes médicaux. Cette notion a succédé en 1999 à l'ancienne exigence de nécessité thérapeutique, elle-même créée par la loi relative à la protection du corps humain du 27 juillet 1994. La réforme de la notion s'est faite sans véritable débat à l'occasion du vote de la loi relative à la «couverture maladie universelle ». Cette évolution n'a pas suscité de questionnement majeur et la notion de nécessité médicale n'a pas non plus fait l'objet d'études particulières. Aussi, il est difficile aujourd'hui de donner une définition exacte de la notion et des actes qu'elle permet de légitimer. Quels actes la notion de nécessité médicale permet-elle de rendre licites ? La première partie de l'étude consiste à chercher la réponse à cette question en exploitant la potentialité de signification de la notion. L'étude de chaque élément constituant la notion se révèle indispensable pour pouvoir ensuite étudier le potentiel de définition de la notion recomposée. À l'existence potentielle et virtuelle de la notion doit logiquement succéder l'étude de la réalité de l'existence de la notion. Quels effets engendre-t-elle ? L'utilisation de la notion de nécessité médicale révèle, pour partie, un usage indésirable de celle-ci. À l'exact opposé du vœu affiché par la loi de 1994, la nécessité médicale permet parfois de passer outre l'exigence de consentement de la personne. Paradoxalement, elle peut également permettre de rendre le corps humain davantage disponible pour la personne. Le constat de cette utilisation néfaste appelle la proposition d'une utilisation souhaitable de la nécessité médicale correspondant à sa raison d'être originelle : la protection du corps humain et donc de la personne humaine.

Mots clés : Nécessité médicale- Corps humain- Personne humaine- Inviolabilité- Disponibilité du corps humain- Etat de nécessité- Euthanasie- Grossesse pour autrui- Clonage- Consentement- Intégrité corporelle- Ordre public- Responsabilité des professionnels de santé.

Essay on medical necessity

To be able to strike a blow at the human body, the article 16-3 of the civil code plans that it is necessary to be in the presence of a medical necessity for the person, which is the real condition of legality of the medical acts. This notion came in 1999 after the former requirement of therapeutic necessity, itself created by the law relative to the protection of the human body of July 27th, 1994. The notion was reformed without real debate on the occasion of the vote of the law concerning the "universal healthcare coverage". This evolution did not provoke major questioning and the notion of medical necessity did not either make the object of particular studies. For that reason, it is now difficult to give an exact definition of the notion and the acts which it allows to legitimize. Which acts can be considered to be licit when applying the notion of medical necessity ? The first part of the study consists in looking for the answer to this question by exploiting the potentiality of meaning of the notion. The study of each element of the notion seems to be essential to be then able to study the potential of definition of the entire notion. The study of the potential and virtual existence of the notion must be followed by the study of the reality of the existence of the notion. What can be the practical effects of this notion ? The use of the notion of medical necessity reveals, partly, an unwanted use of this one. At the exact opposite of the wish described by the law of 1994, the medical necessity sometimes allows to pass besides the requirement of the person's consent. Paradoxically, it can also permit to make the human body more available for the person. This misuse leads to make the proposal of a desirable use of the medical necessity corresponding to its original reason for being : the protection of the human body and thus the human person.

Key-words : Medical necessity - Human body - Human person – Inviolability - Unavailability of human body - State of necessity – Euthanasia – Gestational surrogacy – Cloning – Consent - Physical integrity - Law and order - Responsibility of the healthcare professionals.

UFR de Sciences Juridiques- Equipe d'accueil : Institut de Droit privé EA 1920