

LE DROIT DE LA SANTE SELON JEAN-MARIE AUBY

Isabelle POIROT-MAZERES

Professeuse de droit public, Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse Capitole

Comme beaucoup d'entre nous, j'ai gardé un souvenir vivace du doyen Jean-Marie Auby, qui fut le président de mon jury de thèse en 1989 et que je recroisais un an plus tard à l'université de Bordeaux lors des auditions pour le recrutement en maîtrise de conférences. Je ne saurais me souvenir des questions qui me furent posées et auxquelles je répondis sans doute très imparfaitement. En revanche, restent vifs en ma mémoire l'immense respect et l'admiration qu'il suscitait en moi et surtout son regard accompagné d'un sourire dont il ne masquait pas l'exigence. L'audition se passa bien, mais ayant choisi l'Université de Montpellier comme premier poste, je n'eus plus d'occasions de le rencontrer. J'étais alors loin aussi du droit de la santé, comme bien des juristes à la vocation tardive, laquelle ne se découvre qu'au détour de questions et recherches qui passionnent. Ce long prélude pour mieux souligner quel fut mon effarement, empreint d'une impression d'imposture, lorsque je fus appelée à présider l'Association française de droit de la santé, dont il fut à la fois l'un des fondateurs et le premier président, avant bien d'autres non moins remarquables¹.

Voici donc qu'il me faut évoquer ce qu'il apporta au droit de la santé et laissa ainsi à celles et ceux qui s'y consacrent : sans conteste, sa science, immense et rigoureuse, son esprit curieux et inlassablement interpellé par les questions du siècle ; plus encore, son regard ouvert sur les autres disciplines et sa volonté de transmettre et de bâtir, un droit certes, mais également toute une génération de juristes aguerris, chercheurs, universitaires, professionnels. Il fut, nous le redirons, cheville ouvrière de la création de l'Ecole de pharmacie de Bordeaux comme de l'AFDS, et il demeure l'un des inspirateurs les plus reconnus du Droit de la santé.

1981 reste à cet égard une étape clef. Cette année-là, ancrée dans la mémoire collective pour d'autres raisons, paraissent deux ouvrages, chacun sur un objet juridique encore peu identifié et une discipline mal dégrossie, le *droit de la santé* pour l'un, le *droit de la santé publique* pour l'autre. A la plume, des professeurs de droit public, spécialistes de droit administratif, qui font alors œuvre de pédagogues mais aussi d'exégètes d'une matière, issue des limbes du droit médical et précédemment de la médecine légale, dont ils consacrent tant le développement normatif que la « publicisation en force »². L'un a connu une belle postérité, plusieurs éditions ponctuant, jusqu'à la douzième, les quarante années écoulées : le *Mémento Dalloz Droit de la santé publique* des professeurs Jacques Moreau et Didier Truchet, ce dernier désormais accompagné par Benoît Apollis, « demeure une référence pour des générations d'étudiants »³.

¹ L'Association française de droit de la santé a été présidée par son fondateur, le doyen Jean-Marie Auby jusqu'en 1993, puis par les professeurs Jean-Michel Lemoyne de Forges (1993-2002), Didier Truchet (2002-2008), Anne Laude (2008-2014) puis Marie-Laure Moquet-Anger jusqu'en 2021.

² Mathieu Touzeil-Divina, « De la « chirurgie/médecine légale » au(x) « droit(s) de la santé » (1522-2022) », RDSS, *Les mouvements du droit de la santé*, hors-série 2022, septembre 2022, p.182.

³ Vincent Vioujas, « 40 ans de droit de la santé publique à travers le mémento Dalloz », in *Quarante ans de droit(s) de la santé* (Dir. Isabelle Poirot-Mazères & Mathieu Touzeil-Divina, Ed.L'Epitoge, coll.Droit(s) de la santé, vol.1, 1982, p.211.

L'autre porte la marque, forte, de son auteur, grand spécialiste de droit administratif, mais déjà familier des questions sanitaires et sociales non seulement dans « toutes (leurs) implications au point de vue juridique, mais aussi sur les plans techniques, scientifiques et même moraux ou philosophiques » : le *Droit de la santé* de Jean-Marie-Auby, manuel jamais réédité mais non sans lignée⁴, est devenu un classique. Il est l'aboutissement d'années de réflexions sur un sujet peu investi par les publicistes, mais auquel il consacrait depuis longtemps une attention avisée et savante. Quelques années après sa thèse rédigée sur un beau sujet de droit administratif, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, il s'était en effet intéressé en 1952 à « La responsabilité des médecins et des chirurgiens en cas d'expérimentation sur l'homme »⁵, dans un important numéro des Cahiers Laënnec - déjà aux côtés déjà d'Henri Péquignot, jeune agrégé des Facultés de médecine⁶-, avant d'être embarqué dans l'aventure des grands Traités, de *Droit médical* puis de *Droit pharmaceutique*.

La santé ne fut pas évidemment pas le seul domaine où il appliqua sa maîtrise du droit public et ses talents d'analyste des règles législatives et réglementaires existantes⁷. La diversité des ouvrages et singulièrement des manuels auxquels il contribua, témoigne de l'« inlassable chercheur aux centres d'intérêt diversifiés » qu'il fut, « ne se limitant pas au droit public, ouvert qu'il était aux « droits nouveaux »⁸, tels le droit nucléaire ou le droit de l'information, voire à certaines réflexions-chemins de traverse, empruntées souvent lors d'invitations à l'étranger⁹.

Pourtant c'est bien là, en droit de la santé, bien plus que dans d'autres disciplines, que Jean-Marie Auby a laissé sa marque profonde: au-delà de nombreuses publications devenues, par transmission, pérennes, il y fut à la fois arpenteur et bâtisseur. Arpenteur en compagnonnage et en amitié, comme souvent au cours de sa longue carrière : il mit ainsi sa science de spécialiste de droit public au service de matières, qui loin d'être des friches juridiques, étaient cependant le pré carré de grands noms de la médecine légale ou du droit privé¹⁰. Elles ont pris alors une nouvelle dimension, dépassant la conception d'un droit de la médecine qui ne serait que

⁴ Dans sa teneur, il fut relayé au sein des Editions Techniques par Jean-Marie Auby lui-même dès 1986, sous la forme d'une encyclopédie, aujourd'hui sous l'égide des éditions LexisNexis et la responsabilité de Claudine Esper, *Encyclopédie juridique Droit médical Droit hospitalier*. Par ailleurs, une nouvelle publication d'un *Droit de la santé* a été lancée quelques années plus tard, chez PUF Thémis, avec de nouveaux auteurs, Anne Laude, Didier Tabuteau et Bertrand Mathieu, auquel a succédé Xavier Bioy.

⁵ *L'expérimentation humaine en médecine*, Centre d'études Laënnec, P. Lethielleux éditeur, 1952.

⁶ Celui-ci livre alors une réflexion sur « Les expérimentateurs inconscients et irresponsables ».

⁷ Ainsi il existait depuis le XIXe une codification privée, et depuis 1937, un Code des médecins, mise en ordre par deux conseillers d'Etat très engagés dans les questions sanitaires et sociales, Doublet et Letourneur. Le Code de la santé publique est publié en 1953.

⁸ Jean du Bois de Gaudusson, « Le printemps de la jeune recherche, Jean-Marie Auby – Présentation », colloque AFDA, RFDA 2020. Sur les « droits nouveaux », citons quelques incursions en droit nucléaire : « Le régime juridique de l'énergie atomique en France » (in *Atome et droit*, 1961, Genève) ou « les problèmes administratifs de l'énergie atomique en France », (Dalloz 1961, chronique) ; et surtout en collaboration avec Robert Ducos-Ader, en *Droit de l'information*, Dalloz, 1ère éd.1976.

⁹ Cf. « Les aspects psychologiques du contrôle juridictionnel de l'administration », in *Les tendances nouvelles du droit administratif français*, Publications de l'Ecole des sciences politiques, 1956, Athènes ; « Vérité et liberté d'expression (le droit de propager la vérité) », Rapport général, Association Henri Capitant, Journées canadiennes, Montréal, 1987.

¹⁰ Nous renverrons avec profit à l'article de Mathieu Touzeil-Divina « De la chirurgie légale » aux « droit(s) de la santé » via les médecines légales (1522-2022) : cinq siècles d'interdisciplinarité académique à la française », in *Quarante ans de droit(s) de la santé* (Dir. Isabelle Poirot-Mazères & Mathieu Touzeil-Divina, Ed.L'Epitoge, coll.Droit(s) de la santé, vol.1, 1982, p. 155.

règlement de questions contractuelles propres à la relation médicale ou litiges ordinaires, ou d'un droit pharmaceutique réduit à des considérations scientifiques ou économiques (I). Cette expertise nouvelle et encore peu partagée -même si quelques autres éminents juristes de droit public travaillaient de concert sur les mêmes sujets¹¹- s'est cristallisée dans la construction d'une discipline juridique à part entière, le droit de la santé dont on peut, de façon pertinente, discuter de l'autonomie¹², mais qui est depuis lors objet de recherches, cœur battant de réseaux scientifiques, support enfin de formations et donc de filiations (II).

¹¹ Citons, dans ces années 80, au risque d'en omettre, Jacques Moreau et Didier Truchet, mais aussi Jean-Michel Lemoyne de Forges, *Le droit de la santé*, Que sais-je?, n°2308, 1986, et André Demichel, *Droit médical*, Berger-Levrault, 1983.

¹² Cf. sur cette question Louis Dubouis, « Le développement du droit de la santé : retour sur une prophétie » in Quarante(s) ans de droit de la santé, (Dir. Isabelle Poirrot-Mazères & Mathieu Touzeil-Divina, Ed. L'Épilogue, coll. Droit(s) de la santé, vol.1, p.75.