

Gérard MÉMETEAU, professeur émérite à la faculté de droit et des sciences sociales, université de Poitiers

Un centenaire pas du tout confiné ! A centenary not confined at all!

Septembre 2004 voit naître la *Revue Droit & santé*, sous-titrée « La revue juridique des entreprises de santé », ce qui annonce un vaste programme et une orientation qui n'est – en apparence – pas celle des professionnels, des individus, encore que l'on répondra que le médecin propriétaire de son cabinet libéral est un entrepreneur. Les rédacteurs en chef sont Mme Lucile Lambert-Garrel et M. François Vialla (changement de rédaction depuis : Mme Juliette Dugne [rédactrice en chef] et Mme Charlène Collet [secrétaire de rédaction]). Les contributeurs sont, à côté d'auteurs blanchis sous le harnois (harnais), de jeunes et dynamiques juristes, doctorants qui, peut-être, bénéficient là d'une base d'essai, proclament la vigueur du droit de la santé, et ce sera la marque des fascicules qui suivront car, n'est-ce pas, le droit de la santé fleurit, porte ses fruits et ne meurt pas quelques efforts que l'on y apporte, mais :

« Celui qui met un frein à la fureur des flots / Sait aussi des méchants arrêter les complots. » (RACINE, *Athalie*, acte I, scène 1)

Car voici le centième numéro de la revue, centenaire non confiné et elle n'est point la seule : *Médecine et Droit*, le *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, le *Journal de médecine légale, droit médical, victimologie, dommage corporel*, la vénérable *Revue de droit sanitaire et social* (ex-trimestrielle), fondée par le regretté professeur Élie Alfandari, l'encore jeune *Revue générale de droit médical* (qui n'a fêté que ses vingt ans en décembre 2019 [n° 73]) la précèdent ou l'accompagnent. Il n'y a pas de mouir des revues de droit médical et de la santé, même si l'on déplora la fin d'*Éthique, la vie en question* (FOLSCHEID [Dominique]) en son adolescence. Elle vécut ce que vivent les roses !

Aussi bien, puisque centenaire il y a, célébration il doit y avoir, mais avec quels discours en des temps de morosité, sinon d'aberrations (voir VIALLA [François], « L'étrange victoire », *Médecine et Droit*, n° 163, août 2020, confessant avoir détourné le titre du livre de BLOCH [Marc] écrit en 1940 [*L'étrange défaite*] ; comparer avec les études in *RDSS*, n° 5, septembre-octobre 2020 et in *RGDM*, n° 77, 2020, riches en références elles aussi) ?

Centenaire ? Le mot évoque l'homme d'âge (je n'écris pas « la femme », car elle ne vieillit pas, ô Sacha Guitry !), barbon empli de sagesse et de savoir, enfin à ce que l'on dit en son jour anniversaire ! La personne est centenaire. C'est le parcours de longues années. Il évoque aussi en soi le temps qui a fui, le rappel d'un événement gravé dans la mémoire (sur les événements cachés, voir KOUM DISSAKE [Vanessa], *Le mémoricide*, thèse, Paris 8, 27 mars 2017 ; il y a d'autres références, elles-mêmes dissimulées !) et qui s'est accompli il y a cent ans. Gérard Cornu fêtera, au *Dalloz* de 1959, le « centenaire » de l'affaire *Berthon* ; Jean Carbonnier commémorera le « cinquantenaire » des notes et chroniques de René Savatier au *Dalloz* de 1970 ; on célébrera le centenaire, puis le bicentenaire du Code civil... Ah ! Que nous les aimons, ces célébrations ! Le fait, plutôt que l'individu...

Il y a cent ans ! 1920 ! Ce siècle avait vingt ans, et il dansait comme à vingt ans : le Charleston ! Et sur un volcan, car, si la grippe espagnole venait de prendre fin (1919), le traité de Versailles entraînait en vigueur, lourd des promesses d'une autre guerre !

On ne parle guère dans les chaumières du droit médical, mais si on évoque les progrès de la chirurgie de guerre, si certains – peu sans doute – rappellent l'aventure du zouave Deschamps, n'existe-t-il donc pas (voir GARRAUD [Pierre] et LABORDE-LACOSTE [Marcel], « Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale », *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1926, spéc. p. 153) ? Est-ce rappeler un vide que de marquer une recherche par le millésime 1920 ?

Que non ! Il y eut de grands vins ; y eut-il en 1920 et autour de délectables arrêts ? Des auteurs mémorables ? Certes, on ne nommait pas « le droit médical » avant – sauf erreur – Paul Appleton et Marcel Salama en 1931, mais la substance, si l'on peut écrire, de ce droit s'imposait à l'observateur, même si, par exemple, René Savatier attendait de publier en cette discipline (SAVATIER [René] et CARBONNIER [Jean], « L'exaltation du droit médical », *RGDM*, n° 78, 2021, à paraître).

Si certains auteurs ne l'abordaient qu'à l'occasion (je me contente de nommer Aubry et Rau pour leur critique du contrat libéral, éd. 1871, tome IV, p. 314 ; Larombière, éd. 1857, tome I, p. 319, tome V, p. 696, etc.), si, parmi eux, Robert-Joseph Pothier écrit des lignes immortelles sur la relation juridique entre le médecin et le malade, qui ne peut être ingrat, l'on ne possède pas encore un *compendium* d'un droit médical (français) analysé pour lui-même (j'ose renvoyer à : « La naissance du droit médical en France », in *Mélanges Robert P. Kouri*, Université de Sherbrooke, 2021, à paraître). En revanche, la responsabilité du médecin est ancrée dans le droit depuis – pour le principe – le 18 juin 1835 (voir commentaire de GIRER [M.], in VIALLA [François], dir., *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2009, p. 310). Et si la banque de données « Lexis 360 » ne livre aucune référence sur 1920 exactement, la *Jurisprudence française* des Jurisclasseurs (années 1807/1952, 3^e vol., 1953) présente des décisions *circa* 1920 (voir « Responsabilité civile », n° 558 et suivants et « Médecin-chirurgien », n° 86 et suivants). « 1920 » n'est-il donc pas trompeur, un choix commémoratif ? Ce que l'on constate autour du millésime est une mise en place d'une responsabilité et d'une organisation professionnelles (très proche : CA Amiens, 14 avril 1924), il est vrai, esquissée en février et mars 1846 ! Des principes sont établis, qui subsisteront (assentiment à l'acte, secret, finalité thérapeutique...), même si la discipline n'est pas « construite » ni académiquement reconnue. On n'a certes pas encore le *Traité de droit médical* (Savatier, Aubry et Pequignot) de 1956 (on possède – mais c'est différent – des manuels de médecine légale). Les matériaux sont sur le chantier ; il reste à les assembler.

I. Les principes affirmés

Même si, en 1920, il n'est pas question de contrat médical entre le praticien et le patient, on constate que des consentements doivent être échangés entre eux pour que le traitement soit licitement appliqué, après avoir été préconisé par le médecin. Il y a une double liberté.

A. La liberté du patient

L'arrêt à tous égards « formidable » du 28 janvier 1942 n'est pas encore intervenu, dans son contexte historique qui confère – hélas – plus d'éclat à son affirmation de l'impératif de l'assentiment éclairé à l'acte médical. Il est, si l'on me permet, surprenant que ce contexte ait été si peu rappelé (voir CARBONNIER [Jean], tome 1, 2000, p. 29) ; quoi qu'il en soit, le terrain était labouré.

Dans sa thèse, Mme Laure Denervaud-Blais (*L'obligation d'information du médecin : sa construction par le juge judiciaire des origines à aujourd'hui, une étude de 1853 à 2003*, thèse, Douai, 5 septembre 2003) remonte, pour découvrir la naissance de ces principes, pour autant que les décisions n'aient pas échappé à la négligence des arrêstistes ou n'aient pas été publiées, à un arrêt rendu le 30 juin 1853 par la cour impériale de Paris (*Le Droit*, 1^{er} juillet 1853 ; CA Liège, 30 juillet 1890, note *DP*, 1891, II, p. 281), imposant le consentement du malade ou des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve (la note au *Dalloz* de 1891 cite la doctrine de Guerrier et Rotureau). Ce consentement peut être tacite (trib. Seine, 31 décembre 1928, *JCP*, 1929, 250), mais toujours exigé, sauf urgence en cours d'intervention chirurgicale (CA Paris, 28 juin 1928, *DP*, 1924, II, p. 116 ; voir Aix-en-Provence, 22 octobre 1906, *DP*, 1907, II, note MÉRIGNHAC [A.], p. 41) et, loin de 1920 certes, la règle sera confirmée (ex. : Cass. req., 31 octobre 1933, *JCP*, 1934, 584), avec cette précision que la preuve du consentement du malade incombe alors au médecin. Des difficultés surgissent cependant, non de principe mais d'application de celui-ci. Pour son accentuation contemporaine – pas seulement dans l'affaire *Lambert* –, mentionnons le consentement pour autrui, spécialement pour un incapable (GARRAUD [Pierre] et LABORDE-LACOSTE [Marcel], *art. cit.*, spéc. p. 136 ; aujourd'hui, voir les études précieuses de GATTI [Laurence], « Le nouveau régime des décisions de santé des majeurs protégés », *RGDM*, n° 75, 2020, p. 115 et RAOUL-CORMEIL [Gilles], « La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre », *RGDM*, n° 75, 2020, p. 101).

On n'attend pas le jugement mythique de Nuremberg en 1947 pour affirmer les principes fondamentaux du respect de la personne humaine (je me permets de renvoyer à la *RRJ*, n° 3, 1999, P. 605 ; autre vision : VIALLA [François] et AMIEL [Philippe], « La vérité perdue du “code de Nuremberg” : réception et déformations du “code” en France », *RDSS*, 2009, n° 4, p. 682 [analyse très différente]). Le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Lyon le 15 décembre 1859 (*DP*, 1859, III, p. 87, avec des extraits du réquisitoire de l'avocat impérial) énonce les principes dont l'actualité est constante, invoque, avant toute bioéthique, que les obligations du médecin « *envers la science doivent s'arrêter devant le respect dû au malade* ». C'est, si je puis l'écrire, la « bioéthique » du moment, fort peu citée d'ailleurs, ce qui ruinerait la doctrine unanime ne voyant des principes que depuis qu'elle a pris la plume ou écrit les lois. Alors, on oublie (?) les arrêts fondateurs ! En 1920, telle est déjà la norme fondamentale...

B. La liberté du médecin

Et telle est la limite des droits du médecin.

Il jouit de sa liberté de prescription, ce qui sera confirmé (CA Aix-en-Provence, 23 février 1949, *JCP*, 1949, II, 5025, note VIENNE [R.]) et est déjà d'application large (CA Nancy, 18 juin 1912, *DP*, 1913, II, p. 236). Dupin avait énoncé que les tribunaux ne peuvent s'ériger « *en Sorbonne médicale* » (conclusions sur Cass. req., 18 juin 1835, *Jurisprudence générale*, tome 39, *Dalloz*, 1858, p. 317) :

« Dira-t-on, enfin, comme les médecins eux-mêmes ont la modestie d'en convenir, que la médecine est un art conjectural ; que les plus grandes renommées de la science diffèrent souvent, dans la même maladie, d'opinion, de vues, sur la nature, sur les causes, sur les préservatifs, sur les remèdes, et que nul n'osera plus entreprendre une cure, hasarder une opération, s'il lui faut répondre du résultat ! Mais qui songe à imposer aux médecins ou à toute profession scientifique quelconque une telle responsabilité ? Dans les questions de ce genre, il ne s'agit pas de savoir si tel traitement a été ordonné à propos ou mal à propos, s'il devait avoir des effets salutaires ou nuisibles, si un autre n'aurait pas été préférable, si telle opération était ou non indispensable, s'il y a eu imprudence ou non à la hasarder, adresse ou malhabilité à l'exécuter, si, avec tel ou tel instrument, d'après tel ou tel procédé, elle n'aurait pas mieux réussi. Ce sont là des questions scientifiques à débattre entre docteurs, et qui ne peuvent pas constituer des cas de responsabilité civile ni tomber sous l'examen des tribunaux. »

Puis, le 21 juillet 1862, la Cour de cassation, encore en chambre des requêtes, confirme cette répartition des offices du juge et du médecin (DP, 1862, I, p. 419 ; S., 1862, I, p. 818) : « Il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des méthodes médicales, et prétendre discuter des questions de pure science [...]. » « Les tribunaux ne donnent pas de consultations médicales » écrira Alexandre Mérignhac en 1907.

Ultérieurement, la « judiciarisation » du choix médical perturbera cette doctrine de bon sens et de prudence (cf. l'affaire *Lambert et autres*)... Mais, d'une part, les bases de la responsabilité professionnelle étaient posées – à l'époque sur le terrain délictuel –, malgré certaines réserves doctrinales (ex. : LAURENT, tome 20, 1887, p. 560), et, d'autre part, la liberté du médecin était affirmée ; ses limites également.

Le jugement de 1859 les traçait. Ses enseignements étaient en 1920 bien confirmés : l'expérimentation scientifique non nécessaire au traitement est illicite, même si l'on tolère une atténuation de responsabilité au profit du « chercheur » désintéressé, ce qui est cependant critiqué (CA Aix-en-Provence, 28 octobre 1906, DP, 1907, II, note MÉRIGNHAC [A.], p. 41). Lorsque Louis Pasteur écrivait à l'empereur du Brésil la lettre du 22 septembre 1884, il était certes animé d'un esprit purement scientifique !

L'expérimentation constitue alors la frontière thérapeutique d'ordre public. L'acte médical est d'abord curatif, appelé par « un mal à guérir » et non la correction « d'une simple imperfection physique » (Cass. civ., 29 novembre 1920, D., 1924, I, p. 103 ; Gaz. Pal., 1921, I, p. 68, « Chirurgie esthétique »). Il faudra alors un consentement renforcé (CA Paris, 12 mars 1931, DP, 131, II, note LOUP [J.], p. 141). Ce but curatif et l'assentiment procèdent du droit à l'intégrité corporelle, « un des droits les plus sacrés de la personnalité humaine » (GARRAUD [Pierre] et LABORDE-LACOSTE [Marcel], *art. cit.*, p. 133 et p. 202 ; RIPERT [G.] : « Du droit des médecins de faire des expériences », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1908). En 1941, Jean Carbonnier proclamera le « noli me tangere fondamental, bouclier de la liberté corporelle ».

On sait combien ces exceptions concurrenceront les principes surtout après la loi du 20 décembre 1988 et combien la bioéthique a brisé le cercle thérapeutique (voir entre autres : LEGROS [Bérengrère], *Droit de la bioéthique*, LEH Édition, 2013), et donc élargi le champ des libertés médicales.

Dans les limites de l'ordre public thérapeutique, autour de 1920 donc, s'affirme la liberté de prescription, ou liberté thérapeutique, elle-même d'ordre public, même si l'on ne sait toujours pas vraiment si elle a ou non valeur constitutionnelle.

Même si la méthode est controversée, le praticien peut la choisir, si elle n'est pas condamnée (CA Nancy, 18 juin 1912, art. précité). Ainsi que l'enseignait Dupin (art. précité), ce n'est pas au juge qu'il appartient de choisir entre deux méthodes médicales. L'on juge qu'il ne saurait être ordonné d'expertises qui auraient pour résultat d'amener le juge à examiner des théories ou des méthodes médicales (*sic* CA Besançon, 16 octobre 1912, *DP*, 1914, II, p. 88), et les tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité d'une opération ni de telle ou telle médication (CA Paris, 4 mars 1898, *S.*, 1899, II, p. 90 ; *DP*, 1898, II, p. 449 ; trib. corr. Seine, 20 juillet 1907, *S.*, 1910, II, note PERREAU [É.-H.], p. 153 ; CA Paris, 20 novembre 1924, *Gaz. Pal.*, 1925, I, p. 166).

Il ne semble pas, sauf erreur, que le débat soit très ouvert sur ces offices respectifs du juge et de l'expert (« *Da mihi factum, dabo tibi jus.* »), mais au moins celui du juge est précisé. L'expert décrira les choix et comportements du médecin, mais sans que le juge soit lié par ses conclusions (Cass. civ., 17 janvier 1928, *Conc. Méd.*, avril 1929, p. 1861, cité par APPLETON [Paul] et SALAMA [Marcel] : *Le Droit médical*, Librairie du monde médical, 1931, introduction BALTHAZARD [Victor], p. 129, *in limine*), ce qui demeure la règle théorique. C'est l'expert qui apprécie le contenu des données de la science et la conformité de l'acte médical à ces données, mais c'est le juge qui estime fautif ou non l'auteur de l'acte. On verra plus tard une certaine soumission du juge à ces données, ce qui est « *communément admis par la communauté scientifique* » (*sic* Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, deux arrêts, *D.*, 2012, note VIALLA [F.], p. 1648), et peut-être était-ce là le vrai piège creusé par l'arrêt *Mercier*. Quant aux témoignages (profanes, du moins), ils sont de moindre importance (CA Paris, 4 mars 1898, *DP*, 1898, II, p. 449).

Cela étant, la faute du médecin est sanctionnée par une responsabilité autant pénale que civile (GARRAUD [Pierre] et LABORDE-LACOSTE [Marcel], *art. cit.*, p. 200). Si elle ne connaît pas les développements qui viendront ultérieurement, elle n'est pas moins appliquée, en étant une responsabilité (civile) pour faute, et même pour faute « caractérisée » ou « lourde », qualificatifs désignant plutôt une certitude qu'une gravité, ce qui, aujourd'hui, peut qualifier la faute de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles. On retient aussi bien la faute légère (Cass. civ., 21 juillet 1919, *D.*, 1920, I, note DENISSE [L.], p. 30), mais non très légère.

Sur le terrain pénal, je recopie les démonstrations classiques de Pierre Garraud et Marcel Laborde-Lacoste de 1926 (précitées). Pour excuse, c'est la doctrine reçue autour de 1920, et encore enseignée, observation faite que chaque loi bioéthique offre au médecin de nouveaux faits justificatifs, et l'aveu cynique en est livré par le projet de loi relatif à la bioéthique de 2020 : « *Assurer une gouvernance bioéthique adaptée au rythme des avancées rapides des sciences et des techniques* » (titre VI).

Dans l'opinion la plus répandue, les médecins et les chirurgiens sont considérés comme bénéficiant, pour leurs traitements et opérations, du fait justificatif résultant de la permission de la loi. D'après la majorité des auteurs, la permission de la loi est une cause de justification très générale suffisante à rendre pleinement licite un fait qui, non permis ni ordonné par la loi, tomberait sous le coup de la répression ; aussi, il est admis que, quand la législation organise une profession, comportant nécessairement l'accomplissement d'actes prohibés en principe par la loi pénale, ceux-ci, si du moins sont respectées les conditions normales d'exercice de la profession, deviennent licites. Il en est ainsi des traitements et des opérations accomplis par des médecins et des chirurgiens, dont la profession est légalement réglementée et qui n'obtiennent le titre leur donnant le droit d'exercer qu'après des études et des examens prévus par

la législation et les règlements, mais il faut, pour que les médecins et les chirurgiens puissent, dans un cas particulier, se prévaloir de la cause de justification qui, en règle générale, couvre leurs actes, qu'ils aient respecté les conditions auxquelles doit être subordonné nécessairement le caractère licite des traitements médicaux et des opérations chirurgicales. La profession médicale est établie et réglementée à la fois dans l'intérêt individuel et dans l'intérêt social ; elle n'est licite que si elle s'exerce dans ce double intérêt. De là trois conditions, également indispensables pour qu'une opération ou un traitement puissent être considérés comme licites, parce qu'effectués avec la « permission de la loi ».

Illustrant *a contrario* ces impératifs, on aura, mais seulement en 1937, l'arrêt dit « des stérilisés de Bordeaux » (Cass. crim., 1^{er} juillet 1937, S., 1939, I, note TORTAT, p. 193 ; *DH*, 1937, p. 537). Mais, je dépasse trop l'année 1920, ne fût-elle que symbolique et indicative ! Ce doit être la dynamique du droit médical !

II. Les dynamiques ?

En 1920, la jurisprudence a déjà apporté ses pierres à l'édification de ce qui deviendra « le droit médical ». Elle en offrira d'autres, ainsi l'arrêt *Mercier* seize ans plus tard, et aussi les arrêts du Conseil d'État. Les Années folles n'emporteront pas cette discipline dans leur tourbillon.

Les cadres juridiques d'exercice de l'art médical sont à peu près tracés, et la doctrine manifeste fortement son intérêt, multiplie ses publications.

A. Cadre institutionnel

Le cadre le plus immédiatement visible est celui à l'intérieur duquel se rencontrent le médecin et son malade, mais aussi le médecin et ses confrères, et ce, sous le regard du législateur.

Ce dernier a édicté une loi du 30 novembre 1892 relative à l'exercice de l'art médical, modifiée le 9 mai 1922, fixant le statut des praticiens français et étrangers ou relevant de la souveraineté française (voir APPLETON [Paul] et SALAMA [Marcel], *op. cit.*, p. 1 et suivantes ; le texte de la loi, p. 359 et suivantes, et la liste [de l'an XI à 1929] des textes ayant régi la pratique médicale, p. 746 et suivantes). Il n'y aura pas d'Ordre – nonobstant un vœu exprimé en 1845, qui ne sera réexprimé qu'en 1932 et 1935 – avant 1940 (voir BRÊTHE DE LA GRESSAYE [Jean], « La représentation professionnelle et corporative », *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1934, p. 68). Il n'y avait pas moins une déontologie (non codifiée, ce qui me semble secondaire), que l'on nommait aussi « morale médicale », appuyée sur un consensus social dont Jean-Pierre Alméras et Henri Péquignot écrivent qu'il demeura stable « jusqu'aux années 1920 » (ALMÉRAS [Jean-Pierre] et PÉQUIGNOT [Henri], *La déontologie médicale*, Litec, 1996, p. 2).

Il y a, en revanche, des syndicats médicaux dans les conditions de la loi du 21 mars 1884, une union des syndicats (opposés à la création de l'Ordre) et des associations de la loi du 1^{er} juillet 1901, outre des mutualités médicales (APPLETON [Paul] et SALAMA [Marcel], *op. cit.*, p. 36-37). En 1927 viendra la Charte de la médecine libérale... Les comités que nous connaissons – polysynodie ? – n'existent point encore. Il est intéressant de constater que 1920 fut l'année de l'institution du premier ministère « de l'Hygiène, de l'Assistance et de la Prévoyance sociale » (27 janvier 1920), le ministère

de la Santé publique et de la Prévoyance sociale attendant le 2 mars 1930. Le millésime 1920 était donc le bon choix !

Dans l'ordre du droit civil, l'époque a reçu et intégré des données fortes.

Certes, il n'y a point encore de contrat entre le malade et le médecin, même si d'aucuns l'acceptent, et depuis longtemps. Par exemple, en 1857, Léobon Larombière ne lit dans l'engagement contractuel du médecin, en soi, aucune atteinte à la dignité humaine (le mot n'est pas d'aujourd'hui ! ; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, p. 321). Les services du médecin ne sont pas de la même nature que ceux du domestique ou de l'ouvrier (p. 320), ce qui rappelle Robert-Joseph Pothier. Et il est vrai qu'on peut être guéri sans contrat ! L'idée contractuelle va mijoter à feu doux pendant encore seize ans.

D'autres contrats sont reconnus, et de longue date.

Dès avant 1920, en effet, est consacré le négoce du cabinet médical en distinguant l'illicite cession de clientèle et la possible présentation à celle-ci du confrère successeur. Deux jugements de principe sont rendus par le tribunal civil de la Seine les 25 février et 17 mars 1846 (*DP*, 1846, III, p. 62) en termes parfaitement clairs qui feront droit jusqu'au 7 novembre 2000. On peut ici les reproduire :

Le 25 février 1846 :

« LE TRIBUNAL :

Attendu que la clientèle des médecins dépend de la confiance qu'ils inspirent et du choix que fait d'eux le malade ;

Attendu qu'aux termes des art. 1226 et 1598, C. civ., tout contrat doit avoir pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, et en outre qu'il faut que cet objet soit dans le commerce ;

Attendu que la confiance ne peut se donner et n'est pas dans le commerce ;

Attendu, en ce qui touche le bail, que les deux conventions sont simultanées, que l'une n'est que l'accessoire de l'autre, et que, l'une n'existant plus, l'autre ne saurait exister davantage ;

Par ces motifs,

Déclare nulle la vente susdite, et annule toutes les autres conventions. »

Le 17 mars 1846 :

« LE TRIBUNAL :

Sans avoir à examiner si la clientèle d'un médecin, reposant sur la confiance personnelle, est ou non dans le commerce ;

Attendu, en droit, qu'il est incontestable que l'obligation prise par un médecin de ne plus exercer sa profession dans un lieu déterminé, d'introduire un autre médecin auprès de ses clients dans cette localité, de l'aider pendant un certain temps à acquérir leur confiance, peut faire l'objet d'une convention, et est une cause licite d'obligation contractée par le médecin, au profit duquel cet engagement est pris, de payer une somme d'argent, comme indemnité de cet abandon et de la coopération qui en est la suite ;

Attendu que, par la nature même des engagements pris par le médecin, qui renonce ainsi en partie à l'exercice de sa profession, le prix de cette renonciation doit être fixé en raison de l'importance de la clientèle abandonnée ; qu'une telle obligation est sujette à réduction pour le cas d'erreur dans les conventions. »

C'est le 15 décembre 1923 qu'est représenté *Knock ou le triomphe de la médecine* (ROMAIN [Jules]), traitant d'une vente de cabinet médical. C'était en 1836 qu'Honoré de Balzac, dans *La messe de l'athée*, usait de l'image de « *mettre le pied à l'étrier* » pour présenter cette introduction du successeur (RTD civ., 1962, note CORNU [G.] , p. 182). Mais, pour décisifs que fussent les jugements de 1846, leurs solutions étaient critiquées. En 1909, René Demogue notait l'absence de la prise de position de la Cour de cassation et s'interrogeait sur la distinction entre cession et promesse de non-réinstallation (RTD civ., 1924, p. 351 et p. 690), estimait plus simple de reconnaître une cession de clientèle (RTD civ., 1928, p. 156), tandis que d'autres auteurs dénonçaient l'artifice des principes admis (RTD civ., 1942, obs. MAZEAUD [H.] et [L.] , p. 193). En passant, constatons que l'union du fonds commercial et de la clientèle ne sera consommée que le 15 février 1937.

Mais, notent Appleton et Salama en 1931 (*op. cit.*, p. 20), les tribunaux valident des clauses accessoires à la cession, telles que la cession de bail, de matériel, la stipulation de non-concurrence (ex. : CA Paris, 20 juillet 1911, cité p. 20). L'on va jusqu'à soutenir en thèse la cessibilité de clientèle, même par des héritiers (CA Nancy, 17 octobre 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, II, p. 672). La clientèle est cessible car elle représente une valeur du reste partiellement déterminée par les conditions extérieures à la personne du médecin, et il s'agit de mettre à la disposition de quelqu'un les moyens d'acquérir ou retenir une clientèle (CA Paris, 6 mars 1851, S., 1851, II, p. 278). On voit ici la thèse d'Alexandre Daniel : *La cession de clientèle civile* (Paris, 25 janvier 1928, sous la présidence de RIPERT [Georges]). À tout le moins, le débat est alors ouvert, et la bibliographie de ce travail cite des articles de Loubers écrits en 1905, de Étienne-Hippolyte Perreau en 1908 et 1912.

C'est également ce que l'on nomme « la médecine de groupe » qui apparaît (CA Amiens, 14 avril 1924), qualifiée par Alexandre Daniel (thèse précitée, p. 97) de « *mise en société de la clientèle médicale* ». La constitution d'une société (d'exercice) par apports en industrie, « *une collaboration pour les soins à donner à leurs malades* » (trib. civ. Seine, 24 mai 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, II, p. 99) semblent admises si elles ne se présentent pas comme portant directement sur la clientèle (CA Paris, 15 mai 1922, S., 1926, II, p. 57, note PERREAU [É.-H.]) (voir VIÉNOT, « Les sociétés de médecins », *Journal des sociétés*, 1924, p. 321). On sait combien, plus tard, l'Ordre national des médecins s'opposera à la reconnaissance de sociétés professionnelles d'exercice ! Il est profitable de feuilleter les vieux recueils...

Quant au contrat avec un tiers (clinique privée), il ne doit entraîner aucune subordination du médecin (trib. civ. Seine, 30 juillet 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, II, p. 553), ce qui demeure le droit positif en 2020. Un droit des contrats professionnels est à peu près en place, et des auteurs s'y intéressent.

B. Le cadre doctrinal

Si l'on met à part le manuel « très post 1920 » d'Appleton et Salama (1931), il ne semble pas, sauf erreur ou omission de ma part, que d'autres ouvrages portent, vers 1920, le titre de « Droit médical », même si, en 1908, Perreau choisit – et c'est proche

– *Éléments de jurisprudence médicale*. L'on était riche de manuels de médecine légale, mais était-ce la même discipline ? Sans doute, ces ouvrages présentaient-ils des chapitres entiers de notre droit (secret, responsabilité), mais partaient vers d'autres directions (ex. : expertise, ce que l'on nomme aujourd'hui réparation du dommage corporel). Ce n'était pas un droit médical synthétisé. Je ne veux pas me montrer injuste ni ingrat : les auteurs de médecine légale ont sauvé le droit médical pendant qu'il était méprisé par les facultés de Droit !

Nos maîtres allaient venir, et dès 1956, on le sait, le droit médical arborerait son pavillon. Mais de 1920 à 1956, il y a une génération. Et il y en eut une autre, et cette revue atteste qu'il y en a une autre encore, enthousiaste et savante.

Si je consulte la bibliographie de la thèse d'Alexandre Daniel, de celle (1947) de Jean Savatier, de l'article de Pierre Garraud et Marcel Laborde-Lacoste, avec ses aperçus rapides de droit comparé, je trouve autour de 1920 de nombreuses études : 1912, 1904, 1924, 1919, 1928, 1904, 1922, 1905, etc. Articles, thèses, notes complètent les sources jurisprudentielles, et c'est un tel mouvement qui crée une discipline juridique, suscite la curiosité, enrichit la recherche, invite à l'autonomie. Je n'écris pas « l'indépendance », car le droit médical, c'est du droit civil et du droit administratif. Et je ne remonte pas non plus les siècles. Antoine Leca, Alexandre Lunel, Jean-Christophe Careghi s'y sont employés et ont remis à jour des trésors. Ainsi se bâtit le droit, par à-coups jurisprudentiels et doctrinaux, sans que forcément le législateur y mette la main ; et, devant ce droit médical, il s'est – d'abord – montré discret, car, peut-être, non nécessaire. Viendront plus tard les lois « bioéthiques » sapant les principes de protection intangible de la personne humaine, et la loi du 4 mars 2002 avec ses richesses, mais ses maladresses procédurales, et d'autres... Alors, 1920, ce n'était qu'hier ? Un arrêt sur image, une invitation à la prudence, à la modestie juridique : non ! Nous avons très peu créé, et presque tout – l'essentiel – nous a précédés.