

Revue DROIT & SANTÉ

La revue juridique des entreprises de santé

- ÉDITORIAL
- CHRONIQUES
- ACTUALITÉ

- 1 Responsabilités
- 2 Contrats
- 3 Droit pénal de la santé
- 4 Bioéthique et biotechnologie
- 5 Organisation des professions et déontologie
- 6 Droit des patients
- 7 Établissements
- 8 Droit économique de la santé
- 9 Droit social
- 10 Politique de santé, santé publique, économie de la santé
- 11 Droit des produits de santé
- 12 Droit fiscal, comptable et financier de la santé
- 13 Droit et santé mentale
- 14 E-santé

—— FICHE
TECHNIQUE



REVUE DROIT & SANTÉ

Par l'Équipe de recherche du Centre européen d'Études et de Recherche
Droit & Santé, université de Montpellier

Directeurs scientifiques: François VIALLA – Lucile LAMBERT-GARREL – CAROLINE RAJA-ROQUE

Rédactrice en chef: Juliette DUGNE

Sommaire

Revue DROIT & SANTÉ

La revue juridique des entreprises de santé



Revue Droit & Santé ~ RDS®

LEH Édition
253-255, cours du Maréchal-Gallieni
33000 Bordeaux
www.leh.fr
Tél. 05 56 98 85 79 • Fax 05 56 96 88 79

Directeur de la publication
Sébastien Clément

Directeurs scientifiques
Lucile Lambert-Garrel, Caroline
Raja-Roque et François Vialla

Rédactrice en chef
Juliette Dugne

Secrétaire de rédaction
Charlène Collet

Comité de lecture
B. Apollis, M.-F. Callu, M. Girer,
L. Lambert-Garrel, A.-C. Perroy,
J. Pagès, A. Ponselle, B. Py,
C. Raja-Roque, P. Véron, F. Vialla

Secrétariat d'édition
LEH Édition

Routage
Duplprint (53)

Impression
Duplprint (53)

RDS® est éditée par
LEH Édition

N° de la commission paritaire:
0222T86103

Dépôt légal: novembre 2022
ISSN: 1769-1036

Abonnements (2023):
Revue bimestrielle, 6 numéros par an
• 6 n°: 228 € TTC
• Prix au numéro: 41 € TTC

Nos abonnés sont instamment priés,
lorsqu'une de nos livraisons ne leur est
pas parvenue, de nous en aviser sans
délai car ils seront ainsi assurés de la
recevoir. Nous ne pouvons en effet
garantir que pendant six mois le service
des numéros manquants.

Reproduction même partielle
strictement interdite.

La Revue Droit &
Santé® bénéficie du
parrainage de l'Agence
universitaire de la
Francophonie



ÉDITORIAL

Alcool'hic ? Quand le Japon joue avec la santé publi'hic ! – R. PORCHER

CHRONIQUES

Ectogenèse et gamétogenèse in vitro : la procréation médicalement assistée de demain ? – P. MICHEL

Exploration d'une approche théorique sur le concept de préjudice – C. SÉNÉCHAL

L'obligation de signalement : une solution à la responsabilité disciplinaire du médecin et à la protection du mineur maltraité ? – A. VOILLEMET

ACTUALITÉ

1 RESPONSABILITÉS

C. COLLET, doctorante en Droit, université de Lorraine, IFG, EA 7301

3 DROIT PÉNAL DE LA SANTÉ

A. PONSEILLE, maîtresse de conférences, HDR, université de Montpellier, CERCOP, EA 2037

4 BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIE

L. LAMBERT-GARREL, maîtresse de conférences, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

5 ORGANISATION DES PROFESSIONS ET DÉONTOLOGIE

*G. ROUSSET, maître de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS, CRDMS
C. COLLET, doctorante en Droit, université de Lorraine, IFG, EA 7301*

6 DROIT DES PATIENTS

*M. GIRER, maîtresse de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS
J. DUGNE, maîtresse de conférences, université de Haute-Alsace, CERDACC*

7 ÉTABLISSEMENTS

B. APOLLIS, maître de conférences, université Panthéon-Assas

9 DROIT SOCIAL

V. CHAPEAU-SELLIER, docteur en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

10 POLITIQUE DE SANTÉ, SANTÉ PUBLIQUE, ÉCONOMIE DE LA SANTÉ

J. BACHRI, docteur en Droit, enseignant-chercheur, université de Renmin, Institut franco-chinois, Suzhou, Chine

13 DROIT ET SANTÉ MENTALE

S. GUIGUE, docteur en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

FICHE TECHNIQUE

Fin de vie : l'évolution des débats éthiques et législatifs jusqu'au dernier avis du CCNE – F. DRONNEAU

Ont contribué à ce numéro :

Quentin BLUCHE, doctorant, Centre européen d'Études et de Recherche en Droit & Santé, université de Montpellier, UM-UR 206

Pierre-Henri BRÉCHAT, docteur en droit public, docteur ès sciences et habilité à diriger des recherches, membre de l'Institut Droit et santé (IDS), Inserm UMR S 1145, université Paris-Cité, membre associé du Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA), UMR CNRS 7106, université Paris 2, Panthéon-Assas, médecin spécialiste de santé publique et médecine sociale, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand-Widal de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP)

Julia BRUNN, doctorante en Droit, école de droit de la santé de Montpellier, UR-UM 206, université de Montpellier

Pauline CASSAN, juriste auprès du président du tribunal judiciaire de Béziers

Victoria CHAPEAU-SELLIER, docteure en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

Julie CHMARGOUNOF, doctorante en Droit, UR-UM 206, université de Montpellier, juriste à l'agence régionale de santé Occitanie

Bruna DE SOUZA MOULIN, doctorante en Droit, laboratoire de droit privé de la faculté de Droit de Montpellier

Fanny DRONNEAU, doctorante en droit privé, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé, université de Montpellier, UR-UM 206

Julien FAURE, avocat au barreau de Lille, docteur en Droit, université Montpellier

Agathe FONTENELLE, doctorante en Droit, école de droit de la santé de Montpellier, UR-UM 206, université de Montpellier

Sophie JOLY, maîtresse de conférences en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

Rémy MEBARKI, doctorant contractuel en droit public, IRENEE, EA 7303

Pierre MICHEL, docteur en Droit, enseignant-chercheur contractuel à l'université Toulouse 1 Capitole

Anne PONSEILLE, maîtresse de conférences, HDR, université de Montpellier, CERCOP, EA 2037

Romain PORCHER, docteur en Droit qualifié aux fonctions de maître de conférences, école de droit de la santé de Montpellier, université de Montpellier

Bruno PY, professeur de droit privé et sciences criminelles, université de Lorraine, faculté de Droit de Nancy, IFG, EA 7301

Gilles RAOUL-CORMEIL, professeur de droit privé, université de Caen, membre de l'ICREJ (ancien institut Demolombe), directeur du master « Droit civil », parcours « Protection des personnes vulnérables »

Guillaume ROUSSET, maître de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS, CRDMS

Carole SÉNÉCHAL, professeure titulaire, université d'Ottawa, faculté d'éducation

Karine SFERLAZZO-BOUBLI, docteure en médecine, docteure en Droit, Centre de droit de la santé, UMR 7268, Adès, université d'Aix-Marseille

Jean-Philippe VAUTHIER, maître de conférences, université de Guyane, laboratoire MINEA, UR 7485, chercheur associé à l'institut François-Gény, EA 7301

François VIALLA, professeur des universités, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & santé, université de Montpellier, UR-UM 20

Jean-Pierre VIENNOIS, agrégé des facultés de Droit, professeur à l'université Lyon 3

Agathe VOILLEMET, docteure en droit privé et sciences criminelles, université catholique de Lille, C3RD

Sommaire détaillé

ÉDITORIAL

- **Alcool'hic ? Quand le Japon joue avec la santé publi'hic !**
Romain PORCHER 689

CHRONIQUES

- **Ectogenèse et gamétogenèse in vitro : la procréation médicalement assistée de demain ?**
Pierre MICHEL 691
- **Exploration d'une approche théorique sur le concept de préjudice**
Carole SÉNÉCHAL 703
- **L'obligation de signalement : une solution à la responsabilité disciplinaire du médecin et à la protection du mineur maltraité ?**
Agathe VOILLEMET 715

1 RESPONSABILITÉS

- **Défaut de scolarisation et absence d'exonération de responsabilité pour l'État**
CE, 19 juillet 2022 : n° 428311
Julie CHMARGOUNOF 728
- **Tant que le juge du fond ne s'est pas prononcé, les conclusions de l'expertise ne suffisent pas à exclure toute responsabilité**
CAA Bordeaux, 8 août 2022 : n° 22BX01010
Jean-Philippe VAUTHIER 729
- **Élémentaire, docteur Watson ? La faute médicale ne se déduit pas !**
CAA Paris, 12 août 2022 : n° 20PA03708
Julien FAURE 732

3 DROIT PÉNAL DE LA SANTÉ

- **Exercice illégal et pratique de la médecine du travail par un étudiant en médecine**
Cass. crim., 21 juin 2022 : n° 21-86.825
Anne PONSEILLE 733
- **Menaces proférées contre le personnel soignant**
Cass. crim., 28 juin 2022 : n° 21-85.321
Anne PONSEILLE 736
- **L'acupuncture, pratique autrefois exotique et empirique devenue acte médical**
Cass. crim., 10 août 2022 : n° 22-80.673
Bruno PY 740

4 BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIE

- **Des modalités précisées en matière de don et de conservation des gamètes**
Pauline CASSAN 744

5 ORGANISATION DES PROFESSIONS ET DÉONTOLOGIE

- **Maintien de l'interdiction des dons et legs au professionnel de santé qui prodigue des soins à une personne au cours de sa dernière maladie**
Cons. const., 29 juillet 2022 : QPC n° 2022-1005
Gilles RAOUL-CORMEIL 748
- **Il n'y a pas lieu de distinguer les modalités d'exercice de la médecine générale pour appréhender l'insuffisance professionnelle d'un praticien**
CE, 2 août 2022 : n° 466066
Rémy MEBARKI 758
- **Collaboration libérale et indépendance d'exercice : les précisions de la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre national des infirmiers (CDNONI)**
CDNONI, 12 septembre 2022, aff. n° 314 et CDNONI, 12 septembre 2022, aff. n° 359, n° 359-1 et n° 359-2
Guillaume ROUSSET 762

6 DROIT DES PATIENTS

- **La réalisation de tests génétiques par le candidat à l'assurance reste sans effet sur les garanties de décès et d'invalidité**
Cass. 2^e civ., 31 août 2022 : n° 20-22.317
Bruna DE SOUZA MOULIN 765
- **Θάνατον έπεκαλείτο (Il appelle la mort)**
Comité consultatif national d'éthique, avis n° 139 : « Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité », 13 septembre 2022
Conseil d'État, 19 août 2022 : n° 466082
François VIALLA 767

7 ÉTABLISSEMENTS

- **Rappel par le Conseil d'État du régime d'autorisation pour les activités ayant recours au secteur opératoire**
CE, 2 août 2022 : n° 466117
Quentin BLUCHE 773
- **La personne du titulaire des autorisations sanitaires dans le contexte de la réforme applicable à l'imagerie médicale**
Jean-Pierre VIENNOIS 774

9 DROIT SOCIAL

- **Le Conseil d'État impose aux établissements de santé le respect d'un temps de travail pour les praticiens hospitaliers et les internes : à suivre**
Pierre-Henri BRÉCHAT 782
- **Covid-19 et jours de repos imposés : d'utiles précisions apportées par la Cour de cassation**
Cass. soc., 6 juillet 2022 : n° 21-15.189
Victoria CHAPEAU-SELLIER 786
- **Entre l'amour et l'AAH, plus besoin de choisir : l'heure est à la déconjugalisation !**
Articles 9 et 10 de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat
Julie CHMARGOUNOF 788

10 POLITIQUE DE SANTÉ, SANTÉ PUBLIQUE, ÉCONOMIE DE LA SANTÉ

- **La fin de l'exception ou l'exception de la fin ?**
Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19 (1)
Julia BRUNN 790
- **Du « Conseil Scientifique » au Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires**
Décret n° 2022-1099 du 30 juillet 2022 instituant un Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires
Agathe FONTENELLE 793

13 DROIT ET SANTÉ MENTALE

- **Levée d'un programme de soins pour une personne pénalement irresponsable : deux expertises sont nécessaires**
Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2022 : n° 20-50.040
Karine SFERLAZZO-BOUBLI 800
- **Changement de régime des soins psychiatriques contraints : point de départ des délais pour saisir le juge et pour qu'il statue**
Cass. 1^{re} civ., 19 juillet 2022 : avis n° Z2270007
Karine SFERLAZZO-BOUBLI 802

• **Le geste suicidaire lié au travail, chronique de jurisprudence**

CA Poitiers, 27 mai 2021 : n° 18/03908 ; CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806 ;
CA Paris, 11 juin 2021 : n° 19/05140 ; CA Amiens, 6 septembre 2021 : n° 19/07098 ;
CA Riom, 21 septembre 2021 : n° 19/01017 ; CA Amiens, 16 novembre 2021 : n° 19/06442 ;
CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863 ; CA Montpellier, 1er décembre 2021 :
n° 17/06379 ; CA Montpellier, 1er décembre 2021 : n° 21/04094 ; CA Grenoble, 14 décembre
2021 : n° 19/01531 ; CA Rennes, 15 décembre 2021 : n° 20/02339 ; CA Nancy, 11 janvier
2022 : n° 21/01634 ; CA Toulouse, 18 février 2022 : n° 19/0475 ; CA Rennes, 23 février
2022 : n° 19/02614 ; CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462 ; CA Grenoble, 8 mars 2022 :
n° 19/03656 ; CA Poitiers, 7 avril 2022 : n° 19/02289 ; Cass. 2e civ., 7 avril 2022 : n° 20-22.657 ;
CA Poitiers, 14 avril 2022 : n° 20/00005 ; CA Paris, 15 avril 2022 : n° 19/05521 ; CA Rouen,
5 mai 2022 : n° 19/02715 ; CA Bordeaux, 19 mai 2022 : n° 20/01988 ; CA Nîmes, 14 juin 2022 :
n° 19/00386 ; CA Nîmes, 14 juin 2022 : n° 20/00623 ; CA Aix-en-Provence, 17 juin 2022 :
n° 21/03992 ; CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135 ; CA Amiens, 27 juin 2022 : n° 19/06363 ;
CA Orléans, 28 juin 2022 : n° 20/01572 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/01315 ; CA Rouen,
6 juillet 2022 : n° 20/04181 ; CA Amiens, 12 juillet 2022 : n° 20/04815 ; CA Orléans, 26 juillet
2022 : n° 20/01099

Sophie JOLY

804

FICHE TECHNIQUE

- **Fin de vie : l'évolution des débats éthiques et législatifs jusqu'au dernier avis du CCNE**
Fanny DRONNEAU

811



Revue DROIT & SANTÉ

La revue juridique des entreprises de santé

BULLETIN D'ABONNEMENT (tarifs 2023)

*Abonnez-vous à la revue d'information juridique
des entreprises de santé*

- Oui**, je souhaite m'abonner à la **Revue Droit & Santé** et recevoir 6 numéros par an, frais de port inclus, au prix de 228 € (267 € hors métropole)
- Étudiant (joindre un justificatif) au prix de 114 € (133 € hors métropole)

Mode de règlement:

- Je paierai à réception de la facture.
- Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de: **LEH Édition**.

Une facture acquittée me parviendra ultérieurement.

Votre demande d'abonnement est à retourner par télécopie ou par courrier à l'adresse suivante:

Revue
DROIT & SANTÉ

LEH Édition

253-255, cours du Maréchal-Gallieni • 33000 Bordeaux

Tél. 05 56 98 85 79 • Fax 05 56 96 88 79

www.leh.fr • www.bnds.fr

Bulletin d'abonnement

M. M^{me} M^{lle}

Nom, prénom

Établissement Service

Adresse

..... Code postal

Ville

Tél.

Fax

E-mail

Cachet et signature

Romain PORCHER, docteur en Droit qualifié aux fonctions de maître de conférences, école de droit de la santé de Montpellier, université de Montpellier

Alcool'hic ? Quand le Japon joue avec la santé publi'hic !

Alcohol'sic? When Japan plays with public health care!

L'alcool n'est pas perçu de la même manière en fonction des époques et des sociétés. Rappelons-nous que, au milieu du XX^e siècle, une majorité écrasante des Français considérait que le vin n'était pas de l'alcool ! Récemment, pendant la crise sanitaire, les lobbies de l'alcool en France ont promu la consommation d'alcool sur les réseaux sociaux. Ils ont élaboré de manière très fine des communications digitales qui établissent un lien indissociable, mais subjectif, entre convivialité et alcool, notamment par des « directs » sur Instagram mettant en avant la cuisine régionale et les vins ou encore par une campagne « de prévention », selon laquelle « *le vin se sert avec tout, avec modération surtout* » et qui s'apparente en vérité davantage à une campagne de promotion qu'à une campagne de prévention (source : Association Addictions France).

En réalité, depuis plusieurs dizaines d'années, les lobbies s'évertuent, à grands coups de marketing particulièrement bien pensé, agressif, mais insidieux, à transformer l'alcool, notamment les boissons les moins concentrées, mais les plus consommées – vin, champagne, bière –, en des boissons décomplexées, « cools », quasi inoffensives, voire indispensables, car luxueuses. Tout a été rendu possible grâce à des campagnes jouées dans le feutré, dans la nuance, dans le suggéré. Leur coup de maître est d'avoir réussi à insuffler dans le débat public l'idée qu'à doses limitées le vin rouge pouvait avoir des effets positifs sur la santé. C'est le fameux « un verre de rouge ». Quelqu'un peut-il réellement se targuer de ne jamais avoir pensé que le vin rouge, alcool de faible valeur glucidique et particulièrement antioxydant, n'était pas un bon aliment pour la santé si consommé avec parcimonie ? Et en réalité, c'est peut-être le cas ! Il ne nous appartient pas ici d'émettre quelconque jugement ou hypothèse sur les qualités et défauts du vin, mais bien de pointer du doigt avec quelle virtuosité ce message a pu être récité par les lobbies.

Cependant, ces précautions et cette circonspection, les Japonais en font fi !

Alors que, partout dans le monde, ou presque, les gouvernements s'évertuent, autant que faire se peut, à modérer très largement la consommation d'alcool, notamment chez les jeunes, le Japon prend la direction inverse ! Face à l'affaiblissement des ventes d'alcool depuis presque trois décennies – estimé à 25 % – représentant un déficit de taxes de plus de 47 milliards de yens (soit un peu plus de 350 millions d'euros), le gouvernement japonais, par le biais de sa National Tax Agency (NTA), l'agence publique japonaise des impôts, a lancé une campagne de promotion auprès des jeunes âgés de 20 à 39 ans pour stimuler les ventes de boissons alcoolisées.

Intitulée « Saké Viva ! », en référence au célèbre alcool japonais à base de riz fermenté, cette campagne compétitive insolite invite les Japonais âgés de 20 à 39 ans à soumettre leurs idées « *de nouveaux produits et de nouveaux designs* » pour rendre la consommation d'alcool plus attractive. Selon un responsable de la

NTA, précédemment citée, interviewée par le journal *The Japan Times*, la baisse de consommation d'alcool est liée au développement du télétravail. La journaliste évoque le fait que « le travail à distance a fait des progrès dans une certaine mesure depuis la crise du Covid-19 ; à tel point que de nombreuses personnes peuvent en venir à se demander si elles doivent continuer à boire avec des collègues pour entretenir les liens » et alerte sur ses conséquences : « Si cette nouvelle norme prend racine, ce sera un coup de massue supplémentaire pour les recettes fiscales. » C'est que, en effet, il est particulièrement commun pour les Japonais d'aller « boire un verre » entre collègues à la sortie du travail, bien plus, par exemple, que pour les employés français.

Pour autant, aussi cocasse soit-elle, cette campagne semble problématique s'agissant de la santé publique. Dans la balance des intérêts entre santé et fiscalité, le gouvernement nippon semble opter en faveur de la fiscalité, alors même qu'une consommation plus élevée d'alcool peut avoir des répercussions à long terme. Ce qui est récupéré aujourd'hui peut-être dépensé dans quinze ans. Quoi qu'on en dise, l'alcool est une source importante – et évitable – de mortalité. Si l'on ne peut nier l'aspect convivial de l'alcool, qui participe de notre vie sociale, il reste important de prendre conscience qu'il s'agit d'une boisson nocive pour la santé, que sa consommation ne doit pas être considérée comme « normale » ou « banale ». Le souci réside dans son absence d'impact à court terme, l'alcool ayant un effet sur le corps humain – sauf consommation immédiate excessive – qu'à moyen ou long terme, même en cas de faible consommation. On notera, par exemple, son impact sur le développement de nombreuses pathologies comme les cancers, la cirrhose, les maladies cardiovasculaires et digestives, les maladies du système nerveux et les troubles psychiques.

En ce sens, rappelons-nous bien que l'alcool « *c'est maximum deux verres par jour, et pas tous les jours* » !

P. MICHEL, docteur en Droit, enseignant-chercheur contractuel à l'université Toulouse 1 Capitole

Ectogenèse et gamétogenèse *in vitro* : la procréation médicalement assistée de demain ?

Ectogenesis and gametogenesis *in vitro*: tomorrow's medically assisted procreation?

RÉSUMÉ : Un enfant peut-il naître de quatre parents biologiques ? Peut-on remplacer la gestation utérine par la création d'un placenta artificiel ? Si la réponse est actuellement négative, la recherche médicale relative aux techniques de procréation assistée pourrait, dans un futur plus ou moins éloigné, aboutir à de telles innovations. Parmi ces techniques, l'ectogenèse et la gamétogenèse *in vitro* seront ici étudiées afin d'en interroger les effets sur un droit commun de la filiation centré sur la vérité biologique.

ABSTRACT: Can a child be born to four biological parents? Can uterine gestation be replaced by the creation of an artificial placenta? Although the answer is currently no, medical research into assisted reproduction techniques could, in the more or less distant future, lead to such innovations. Among these techniques, ectogenesis and *in vitro* gametogenesis will be studied here in order to question their effects on a general law of filiation centred on biological truth.

MOTS-CLÉS : innovation médicale – procréation assistée – filiation biologique

KEYWORDS: medical innovation – assisted reproduction – biological filiation

« *Ce n'est pas à la biologie de diriger le Droit, mais au Droit de diriger l'usage de la biologie. La réalité juridique est plus complexe que la réalité biologique, mais, par là même, plus vraie* » (SAVATIER [René], 1948¹).

Introduction

Gestation pour autrui (GPA) et assistance médicale à la procréation (AMP) forment des techniques médicales de procréation qui nécessitent, au principal, le concours d'une tierce personne pour concrétiser le vœu de parenté des bénéficiaires². Qu'il s'agisse du recours à une mère porteuse ou à une personne donnant ses gamètes, la place qu'occupe le tiers dans ces méthodes de conception interpelle les

juristes tant à propos du droit des enfants de connaître leurs origines qu'au regard des questionnements complexes sur l'articulation des liens de filiation mêlant sang et volonté. Si ces questions ne cessent d'animer la doctrine, elles pourraient prochainement s'estomper avec le développement des nouvelles techniques de procréation médicale, dont la particularité première est de se passer d'un donneur de spermatozoïdes ou d'une donneuse d'ovocytes, mais également de l'inéluctable gestation utérine.

Ces innovations médicales pourraient à l'avenir permettre de procéder à une fécondation *in vitro* d'un embryon avec les gamètes d'une seule personne, dont la gestation se produirait au sein d'un placenta artificiel. Une telle affirmation relevait il y a encore peu de la science-fiction, mais la recherche médicale a rencontré, ces dernières années, plusieurs succès majeurs dans le domaine procréatif. Partant, sans prétendre à la réussite

1 SAVATIER (René), « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.*, 1948, « Chron. », p. 33.

2 Les AMP endogènes sont réalisées avec les gamètes des futurs parents ; aucun don de gamètes n'est requis pour la fécondation *in vitro*.

d'expérimentations aux implications pratiques encore incertaines, il convient, à l'inverse, de prendre au sérieux les hypothèses selon lesquelles les enfants de demain pourront naître au sein d'un utérus artificiel ou que la fécondation biologique dont ils seront l'œuvre résultera inévitablement des gamètes de deux personnes de sexe différent.

Dans l'hypothèse où ces techniques nouvelles de procréation assistée deviendraient une réalité, les principes juridiques encadrant la bioéthique viendraient très probablement se dresser tel un mur d'airain pour en interdire la démocratisation sur le territoire national. Avec l'essor du tourisme procréatif depuis deux décennies, on peut supposer qu'une levée de boucliers en droit interne n'empêcherait pas les citoyens français d'y recourir à l'étranger. Dès lors, le droit de la famille, déjà en pleine révolution³, serait confronté à de nouveaux bouleversements affectant directement ses fondements biologiques. Si le couple hétérosexuel n'a plus le monopole du modèle familial eu égard à la reconnaissance sociopolitique et juridique de l'homoparentalité et, dans une moindre mesure, de la transparentalité⁴, ces innovations médicales tendraient à supprimer toute approche de la filiation fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle des parents comme des géniteurs. Parmi ces nouvelles techniques de procréation en phase d'expérimentation, l'ectogenèse et la gamétogenèse *in vitro* constituent celles les plus susceptibles d'aboutir dans les années à venir.

L'ectogenèse, d'une part, consiste en une méthode rendant possible la gestation d'un embryon jusqu'à sa naissance au

sein d'un placenta artificiel, donc indépendant du corps de la mère. Cette technique s'apparente à une grossesse *ex utero* qui rendrait obsolète le recours à une maternité de substitution (I). La gamétogenèse *in vitro*, d'autre part, désigne une transformation de cellules non reproductives en gamètes qui permettrait une procréation détachée de considération du sexe de la personne et, dans un même temps, de la complémentarité des sexes essentielle à la reproduction. Autrement dit, elle ouvre le chemin à une reproduction biologique asexuée par une personne seule, par deux femmes ou deux hommes, voire par trois personnes ou plus (II).

I. L'ectogenèse, une robotisation de la mère porteuse

Relevant à l'origine du mythe, l'ectogenèse a récemment connu des progrès appuyant le sérieux de son développement potentiel dans les années à venir. Cette technique de procréation constituerait une véritable révolution dans la reproduction humaine, puisque la gestation deviendrait l'œuvre d'un placenta artificiel (A). Partant de l'hypothèse de la réalisation future de cette technique, le droit de la filiation serait confronté à une situation inédite dans laquelle la gestatrice de l'enfant serait, conformément à l'adage « *Mater semper certa est* », une machine (B).

A. L'hypothèse réaliste d'une grossesse *ex utero*

Vers la fin des années 1920, le généticien et biologiste britannique John B. S. Haldane a forgé le concept d'ectogenèse⁵, plus couramment surnommée « *l'utérus*

3 SIFFREIN-BLANC (Caroline), « La révolution des familles », in AGRESTI (Jean-Philippe), dir., *Mélanges offerts à Serge Schweitzer*, Aix-en-Provence, PUAM, 2019, p. 401 et suivantes.

4 Sur la transparenté, voir MICHEL (Pierre), *Le transfert des concepts sociopolitiques en Droit : le cas du genre*, thèse, Aix-Marseille université, 2021, p. 527-547.

5 HALDANE (John B. S.), RUSSEL (Bertrand), *Dédale & Icare*, Allia, 2015, p. 49-52 ; RASKIN (Joyce), MAZOR (Nadav), "The Artificial Womb and Human Subject Research", in GELFAND (Scott), SHOOK (John R.), dir., *Ectogenesis, Artificial Womb technology and the Future of Human Reproduction*, Amsterdam, Rodopi, 2006, p. 159.

artificiel⁶ ». L'ectogenèse ambitionne de créer un utérus artificiel afin de décharger les femmes du poids de la grossesse. Elle désigne ainsi une « technique consistant à faire développer un embryon puis un fœtus en dehors du ventre de la femme dans une matrice externe⁷ ». Concrètement, il s'agirait de féconder *in vitro* un ovocyte avec des spermatozoïdes, lequel sera par la suite implanté dans un placenta artificiel reproduisant un environnement utérin. Cette technique est à distinguer de la vaginoplastie, qui consiste en la création d'un vagin, par exemple pour une personne transidentitaire souhaitant avoir un sexe anatomique féminin, comme elle est à différencier de la transplantation d'utérus⁸. En d'autres termes, l'ectogenèse est une robotisation de la mère porteuse.

Pour le moins insolite, cette technique fantasmée durant l'Entre-deux-guerres a d'ailleurs inspiré Aldous Huxley, qui l'évoque à plusieurs reprises dans son célèbre ouvrage de 1932 : *Le meilleur des mondes*⁹. Jusqu'en 1950, l'ectogenèse est restée cantonnée au stade de théorie étrange pour roman dystopique. Néanmoins, les scientifiques s'attelèrent, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, à des recherches sur la fécondation et la création d'un tel environnement utérin artificiel¹⁰. Ce sujet ayant trait au corps des femmes, les féministes nord-américaines

s'en sont emparées à partir des années 1970. Leurs positions étaient toutefois antagonistes sur les bénéfices d'une telle innovation médicale dans leur lutte pour l'émancipation du corps féminin¹¹. D'un côté, certaines féministes libérales considéraient que l'ectogenèse sonnerait le glas de la libération du corps féminin de son rôle de reproductif. D'un autre côté, les partisans d'un féminisme essentialiste craignaient une dépossession de la gestation féminine au profit des hommes¹². Cette préoccupation vis-à-vis de la question des effets d'affranchissement ou d'altération du contrôle du corps féminin de l'ectogenèse¹³ s'est toutefois essouffée, tant cette technique appartenait encore, à cette période, au registre des fables. Cependant, la science médicale a ces dernières années fortement progressé et relancé sa faisabilité ainsi que sa perspective d'une procréation libératrice pour les femmes¹⁴. Dès lors, l'ectogenèse est sor-

11 MARTIN (Jean), « Biomédecine et procréation », *Revue médicale suisse*, vol. 1, n° 6, 2005, p. 1603 ; ALTAN (Henri), *L'utérus artificiel*, *op. cit.*, p. 133-150.

12 Patricia Spallone et Gena Corea ont, en ce sens, souligné les dérives potentielles de la technicisation du corps des femmes à travers l'ectogenèse, dans laquelle elles perçoivent une désappropriation du corps de la femme, alors livré aux mains des hommes à travers l'exercice de la science médicale : COREA (Gena), *The Mother Machine, Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londres, The Women's Press, 1985, p. 250 et suivantes ; SPALLONE (Patricia), *Beyond the Conception, The New Politics of Reproduction*, Londres, Macmillan, 1989, coll. « Education », p. 16.

13 MURPHY (Julien), "Is Pregnancy Necessary? Feminist Concerns about Ectogenesis", *Hypatia*, vol. 4, n° 3, *special issue: "Ethics and Reproduction"*, 1989, p. 66-84 ; CANNOLD (Leslie), "Women, Ectogenesis and Ethical Theory", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 12, n° 1, 1995, p. 55-64 ; TONG (Rosemarie), "Out of Body Gestation: in Whose Best Interests", in GELFAND (Scott), SHOOK (John R.), dir., *op. cit.*, p. 63-67.

14 MACKAY (Kathryn), "The « Tyranny of Reproduction »: Could Ectogenesis Further Women's Liberation?", *Bioethics*, vol. 34, n° 4, 2020, p. 346-353 ; *contra* : CAVALIERE (Giulia), "Ectogenesis and Gender-Based Oppression: Resisting the Ideal of Assimilation", *Bioethics*, vol. 34, n° 7, 2020, p. 727-734.

6 ALTAN (Henri), *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005.

7 DESCAMPS (Philippe), « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse », *Raisons politiques*, vol. 28, 2007/4, p. 112.

8 Sur la greffe d'utérus et ses implications juridiques, voir HENRY (Xavier), « Petite anticipation autour de l'utérus artificiel », *D.*, n° 17, 2016, p. 951-952 ; CAIRE (Anne-Blandine), « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDS*, n° 2, 2017, p. 269-280 ; ALDEBERT (Françoise), « La première femme greffée d'un utérus en France accouche de son bébé », *RDS*, n° 101, 2021, p. 428-431.

9 HUXLEY (Aldous), *Le meilleur des mondes*, Paris, Plon, 1998, coll. « Pocket », p. 64.

10 Sur ce point, voir GROSSMAN (Edward), "The Obsolescent Mother, A Scenario", *Atlantic*, n° 5, 1971, p. 39-50.

tie du registre de la science-fiction pour entrer dans celui de la semi-fiction¹⁵, voire de la science de demain¹⁶.

Après avoir en effet longtemps échoué¹⁷, la recherche médicale a amplement progressé depuis une dizaine d'années. En 2016, un groupe de scientifiques de l'université de Cambridge aurait réussi la gestation *in vitro* d'embryons humains jusqu'à leur treizième jour, veille du délai à partir duquel ces derniers ne peuvent plus être conservés légalement pour les recherches scientifiques au Royaume-Uni¹⁸. Si cette réussite scientifique questionne légitimement la bioéthique en matière de culture embryonnaire et de son encadrement juridique¹⁹, elle concrétise manifestement la possibilité d'une grossesse extracorporelle. Parallèlement aux essais sur embryons humains, d'autres ont été réalisés aux États-Unis sur des animaux, et plus précisément des agneaux, car ces mammifères ont une durée de gestation transposable à la gestation humaine²⁰. Résultat, ces études ont réussi à améliorer la pratique même de

l'ectogenèse ainsi qu'à analyser ses effets sur les embryons implantés. Néanmoins, la gestation *ex utero* se confronte toujours à de nombreux obstacles biologiques, telle la production d'un liquide amniotique artificiel, des membranes du placenta ou encore du cordon ombilical. Ces recherches ont toutefois exalté la communauté scientifique internationale qui y voit un remède pour les cas d'enfants extrêmement prématurés.

En 2019, les scientifiques du Children's Hospital of Philadelphia ont ainsi obtenu l'autorisation de la Food and Drug Administration, autorité américaine de régulation de la santé publique, pour entamer leurs expérimentations en matière d'ectogenèse sur des embryons humains²¹. En dépit des controverses éthiques et techniques²², il convient de constater que l'ectogenèse ne relève plus du mythe. Certes, aucun enfant n'est actuellement né *via* cette technique médicale. De même, la majorité des recherches en cours vise principalement à l'amélioration de la prise en charge des enfants prématurés ainsi que la compréhension des causes génétiques de l'autisme et de l'influence des produits chimiques sur la gestation²³. Dès lors, le recours à la gestation *ex utero* pour la reproduction humaine est toujours irréalisable. Pour autant, les avancées

15 GAVARINI (Laurence), « La production d'un nouvel imaginaire scientifico-biologique, Promotion des "nouveaux" modes de procréations », *Journal des anthropologues*, vol. 88-89, 2002, p. 79 ; ALTAN (Henri), ROUSSEAU (Vanessa), « La mythologie de l'utérus artificiel », *Cités*, vol. 28, 2006/4, p. 118.

16 MARTIN (Jean), art. cit., p. 1603.

17 LEROY (Fernand), « Ectogenèse », in HOTTOIS (Gilbert), MISSA (Jean-Noël), dir., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 359.

18 SHAHBAZI (Marta N.) *et al.*, "Self-Organization of the Human Embryo in the Absence of Maternal Tissues", *Nature Cell Biology*, vol. 18, n° 6, 2016, p. 700 et suivantes.

19 NAU (Jean-Yves), « Au temps de l'utérus artificiel et des fécondations semi-naturelles », *Revue médicale suisse*, vol. 12, n° 519, 2016, p. 1004-1005.

20 PARTRIDGE (Emily A.) *et al.*, "An Extra-Uterine System to Physiologically Support the Extreme Premature Lamb", *Nature Communications*, vol. 25, 2017, p. 2 ; BIRD (Stephen), "Artificial placenta : Analysis of recent progress", *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, vol. 208, 2017, p. 61-70.

21 Pour un panorama des différentes institutions ayant bénéficié d'une autorisation d'expérimentations sur les embryons humains, voir ROMANIS (Elizabeth Chloe), "Artificial Womb Technology and Clinical Translation: Innovative Treatment or Medical Research?", *Bioethics*, vol. 34, n° 4, 2020, p. 392-402.

22 ROMANIS (Elizabeth Chloe), "Artificial Womb Technology and the Significance of Birth: Why Gestatelings Are Not Newborns (or Fetuses)", *Journal of Medical Ethics*, vol. 45, n° 11, 2019, p. 728-731 ; CAVALIERE (Giulia), "Gestation, Equality and Freedom: Ectogenesis as a Political Perspective", *Journal of Medical Ethics*, vol. 46, n° 2, 2019, p. 76-82.

23 NAU (Jean-Yves), « Au bout du chemin, l'utérus artificiel humain », *Revue médicale suisse*, vol. 13, n° 563, 2017, p. 1068-1069.

récentes laissent présager une réalisation à moyen terme de ce qui serait une révolution procréative. Pour toutes ces raisons, il semble important de pas nier le sérieux de l'ectogenèse et d'en envisager les conséquences dans le domaine du droit de la maternité.

B. La maternité biologique concurrencée par la maternité artificielle

La doctrine française ne s'est pas encore véritablement penchée sur la question de l'ectogenèse. Le plus souvent, elle est rapidement mentionnée pour être tout aussi vite écartée en raison de son caractère chimérique²⁴. Rien d'étonnant à cela, les juristes font preuve de pragmatisme face à une technologie dont on ne sait pas si elle sera un jour disponible. Aux États-Unis, l'excitation médicale autour des placentas artificiels a attiré l'attention de certains juristes. Toutefois, l'objet des discussions juridiques s'est avant tout porté sur le droit à l'avortement plutôt que sur la détermination de la filiation maternelle²⁵. L'ectogenèse constituerait une alternative à l'avortement, puisque la personne enceinte pourrait se faire extraire le fœtus ou l'embryon, lequel serait alors implanté dans un utérus artificiel en vue d'une adoption une fois né²⁶. Dit autrement, si une femme enceinte refusait sa maternité, elle serait alors privée de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse : l'embryon lui serait retiré au nom du droit à la vie de l'enfant à naître. Cette conciliation entre droit de la femme à disposer

de son corps et droit à la vie de l'enfant à naître risquerait ainsi d'aboutir à la suppression du droit à l'interruption volontaire de grossesse, soit un grave recul pour les droits des femmes. Penser dans le contexte de la jurisprudence *Roe c/ Wade* qui a été défaire en juin 2022 par la Cour suprême des États-Unis, cette proposition n'en reste pas moins d'actualité tant elle pourrait être mise en œuvre à l'échelle fédérale. Cependant, outre les menaces qu'elle porte sur le droit à l'avortement, l'ectogenèse questionne aussi et surtout le droit de la filiation.

La maternité connaît aujourd'hui une double réalité biologique : une maternité ovarienne, au sens où un enfant est inéluctablement conçu à partir d'un ovocyte, et une maternité utérine, puisqu'un enfant grandit dans l'utérus de sa gestatrice. Cette dualité de la maternité biologique a été intensifiée par le recours à la GPA au profit d'un couple hétérosexuel. Le lien de filiation du père repose sur un lien biologique étant donné que, en règle générale, l'insémination artificielle est effectuée avec ses gamètes. Quant à la mère, elle est considérée comme parent d'intention afin de la distinguer de la mère porteuse, qui est considérée comme la mère biologique. Quand bien même la Cour européenne des droits de l'Homme avait considéré, dans son avis du 10 avril 2019, que la reconnaissance de la mère d'intention²⁷ devait être renforcée en matière de *full surrogacy* par rapport à une *partial surrogacy*²⁸, la mère porteuse est toujours considérée

24 Voir néanmoins BÉDOS (Claire), *Les différences biologiques entre les sexes en droit privé*, thèse de droit privé, université de Limoges, 2011, p. 87-94.

25 WATSON (Jennifer Kimball), "Prenatal Adoption as an Alternative to Abortion: Legal and Ethical Challenges", *Ave Maria International Law Journal*, vol. 5, 2016, p. 102-103.

26 DALZELL (Julia), "The Impact of Artificial Womb Technology on Abortion Jurisprudence", *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, vol. 25, n° 2, 2019, p. 327-352.

27 CEDH, 10 avril 2019 : avis, demande n° P16-2018-001, cons. 47.

28 La *full surrogacy* désigne la gestation pour autrui dans laquelle l'embryon implanté dans l'utérus de la mère porteuse provient des gamètes du couple hétérosexuel (ovocyte de la mère d'intention et spermatozoïdes du père biologique). Dans ce cas, la mère d'intention jouit d'une maternité ovarienne. À l'inverse, la *partial surrogacy* indique que l'ovocyte fécondé est celui de la mère porteuse. Dès lors, la mère d'intention n'a aucun lien biologique avec l'enfant ; la mère porteuse étant à la fois la génitrice et la gestatrice.

comme la mère biologique de l'enfant en vertu du principe « *mater semper certa est* ». Le droit de la famille accorde donc une primauté à la maternité utérine sur la maternité ovarienne. Puisque la maternité utérine fonde la filiation biologique de la mère²⁹, la question de l'identité de la mère biologique de l'enfant né par ectogenèse se pose. Est-ce une machine ? Telle serait la conséquence d'une application rigide, pour ne pas dire absurde, de l'article 311-25 du Code civil. Elle aboutirait en effet à qualifier un placenta artificiel de mère biologique de l'enfant³⁰. En dehors de ses effets sur une possible disparition de la mère porteuse eu égard à l'artificialisation de la gestation³¹, la grossesse *ex utero* viendrait ainsi concurrencer la maternité utérine comme fondement de la filiation biologique de la mère.

Pour toutes ces raisons, la révision du principe « *mater semper certa est* » se pose afin d'éviter le prononcé d'une solution teintée d'absurdité. Ce principe, déjà fortement fragilisé par la GPA et la parenté transgenre, pourrait en conséquence être modifié ou même être supprimé. Patrice Hilt a en ce sens proposé une relecture de *lege ferenda* de la filiation maternelle en substituant la vérité de l'accouchement à celle de la conception afin de déterminer la maternité biologique³². Il propose dès lors de faire de l'accouchement non plus une preuve de la maternité biologique, mais une présomption de celle-ci. L'enfantement sera alors considéré comme un fait connu laissant supposer la véracité d'un fait inconnu – la conception – qui pourra être réfutée par une

expertise biologique en cas de contestation de la filiation maternelle. Ainsi, selon Patrice Hilt, « *la primauté accordée à la vérité biologique impose qu'il puisse être possible de contester en justice le lien de filiation que l'accouchement a permis d'établir en prouvant, par tous moyens, que l'enfant n'est pas issu des gènes de la femme qui en a accouché*³³ ».

En d'autres termes, cette proposition appelle à inverser maternité ovarienne et maternité utérine en tant que fondement de la maternité biologique. Penser en réaction à la maternité de substitution, cette présomption de maternité semble répondre à l'écueil de l'article 311-25 du Code civil face à l'hypothèse du placenta artificiel. La filiation maternelle de cet enfant serait alors déterminée en fonction de l'ovocyte duquel il est en partie issu, et ce, en désignant comme mère la femme à qui il a été prélevé. Encore faut-il que cette personne soit la mère d'intention de l'enfant et non une donneuse d'ovocyte, car, tel est le problème central de cette hypothèse de la présomption de maternité biologique : elle ne fonctionne qu'à la condition d'un alignement entre la personne qui souhaite être la mère de l'enfant et celle qui a donné l'ovocyte implanté dans le placenta artificiel. Également en cas de *partial surrogacy*, la filiation s'établirait envers la mère porteuse, au contraire de la *full surrogacy* où la mère d'intention deviendrait la mère biologique³⁴. Plus généralement, une telle présomption se confronte aux procréations assistées exogènes. Dans le cadre d'une insémination avec don (IAD), la présomption de maternité pourrait être contestée par l'enfant. Sa mère utérine n'ayant aucun lien biologique avec lui, sa filiation serait désavouée alors même qu'une filiation biologique avec la donneuse

29 MIRKOVIC (Aude), « Refonder le droit de la filiation », in *Le mariage & la loi, Protéger l'enfant*, Paris, Institut famille & république, 2016, p. 312.

30 ABECASSIS (Marion), "Artificial Wombs: The Third Era of Human Reproduction and the Likely Impact on French and U. S. Law", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 19-20.

31 *Ibid.*, p. 16-18.

32 HILT (Patrice), « Repenser la maternité », *D.*, n° 40, 2019, p. 2190.

33 *Ibid.*

34 Voir PARICARD (Sophie), « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.*, n° 6, 2020, p. 426 et suivantes.

s'avère inconcevable en application de l'article 342-9 du Code civil. Dans le cadre d'une ROPA (Réception d'ovocyte de la partenaire), la mère biologique sera donc la mère ovarienne et non celle qui a accouché. S'attachant trop à la vérité biologique, cette proposition de réforme apparaît inapplicable aux techniques exogènes de procréation assistée.

Pour remédier à ces carences, il serait tout à fait envisageable d'exclure de cette présomption les IAD et GPA sans don d'ovocytes en les maintenant dans le cadre ancien de l'accouchement comme preuve de la filiation biologique et de la transcription. Pour autant, la multiplicité des types de procréations aboutirait à complexifier un droit de la filiation qui appelle déjà à une simplification et une modernisation. Ainsi, ce n'est pas tant la présomption même de maternité qui fait défaut, mais la sacralité du biologique sur les autres marqueurs de parenté. Si une présomption de maternité est envisageable, cette dernière ne peut reposer sur la seule vérité biologique. Au contraire, elle devrait s'ancrer sur la volonté, par l'intermédiaire d'une reconnaissance anticipée de parenté par exemple, pour sécuriser le lien filial entre la mère et l'enfant à naître. La filiation de l'enfant né d'une ectogenèse se fonderait alors sur la volonté des parents et non sur un lien biologique. Son extension semble être une solution possible pour moderniser le droit de la filiation.

En définitive, l'ectogenèse constituerait indéniablement une révolution dans la reproduction humaine ainsi qu'en matière de parenté et de filiation. Quand bien même le droit français interdirait certainement cette technique – à condition qu'elle existe un jour –, le désir d'enfant amènerait de futurs parents à se rendre dans les États où l'ectogenèse serait potentiellement légale. Le droit pénal français ne parvient toujours pas à endiguer

le « *tourisme procréatif* » actuel³⁵, il semble dès lors peu probable qu'il en serait autrement avec l'ectogenèse. Si nous sommes encore loin d'avoir des embryons se développant dans des poches plastifiées, la recherche médicale semble avoir un peu plus d'avance en matière de gamétogenèse *in vitro*.

II. La gamétogenèse *in vitro*, une transformation des cellules non reproductives en gamètes

Prise dans sa dimension naturelle, la gamétogenèse désigne la formation biologique de gamètes. Ces gamètes, également nommés cellules reproductives, se subdivisent ordinairement entre ovogénèses (ovocytes) et spermatogénèses (spermatozoïdes). Par leur rencontre, ovocytes et spermatozoïdes permettent ainsi la fécondation en apportant à l'enfant une information génétique de chacun des géniteurs. Tel est sommairement le schéma de la reproduction naturelle à l'échelle cellulaire. C'est pourquoi la complémentarité sexuelle en matière de procréation peut se résumer à l'obligation de disposer de gamètes de chaque sexe pour une fécondation et que le couple parental a toujours été incarné par les figures de la mère et du père. Socialement, cette altérité sexuelle a perdu de sa pertinence avec l'essor des familles monoparentales, homoparentales ou encore transparentales³⁶. Biologiquement, la reproduction humaine ne peut se faire sans la rencontre entre un ovule et un spermatozoïde. Sans contrevvenir à cette réalité *a priori* immuable, la gamétogenèse *in vitro*

35 BLANCHARD (Christophe), « Tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite ? Le droit pénal », *Archives de philosophie du Droit*, t. 57, 2014, p. 349 et suivantes.

36 MORON-PUECH (Benjamin), « Droit de l'Union européenne et familles transparentales et interparentales », in BERNARD (Elsa), CRESP (Marie), HO-DAC (Marion), dir., *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 155 et suivantes.

tend à une déséxuation des gamètes des personnes.

Initialement développée pour lutter contre l'infertilité³⁷, la gamétogenèse *in vitro* désigne un champ de la recherche médicale reproductive, à mi-chemin entre fécondation *in vitro* et édition génomique, consistant à transformer les cellules de l'être humain (somatiques, souches, progénitrices...) en cellules reproductives (ovocytes ou spermatozoïdes)³⁸. Cette modification artificielle des gamètes permet donc de transformer une cellule non reproductive en gamète, créant ainsi un ovocyte à partir de cellules d'un homme et des spermatozoïdes à partir de celles d'une femme. Depuis les premières études sur la gamétogenèse *in vitro* au milieu des années 2000, cette dernière a connu véritablement tournant depuis quelques années avec des résultats cliniques prometteurs³⁹.

La gamétogenèse *in vitro* pourrait rendre possible la reproduction génétique homosexuelle (A), mais également la possibilité pour une personne de procréer toute seule en altérant ses cellules (B) et même de renverser la biparenté par

la conception d'enfants issus de plus de deux parents (C).

A. L'homoparenté biologique : avoir un enfant de deux personnes de même sexe

Le droit de la famille a longtemps reposé sur l'idée qu'un enfant résulte obligatoirement d'un accouplement sexuel entre une femme et un homme. Si les fécondations *in vitro* avaient effacé l'aspect sexuel et naturel de l'acte reproductif, il n'en demeurerait pas moins que l'altérité hétérosexuelle n'était pas intrinsèquement désavouée, puisqu'une AMP sollicitée par une femme nécessite le plus souvent les spermatozoïdes d'un donneur et qu'un couple recourant à la GPA requiert la viabilité utérine d'une mère porteuse. Si la grossesse *ex utero* a démontré que la maternité utérine pourrait à l'avenir être reproduite dans une machine, il n'en demeure pas moins que l'embryon implanté procède de l'assemblage cellulaire entre ovocytes et spermatozoïdes. Cependant, en transformant des cellules en gamètes, la gamétogenèse *in vitro* rend inopérante cette altérité reproductive. Cette technique médicale a démontré la possibilité de créer un embryon à partir de cellules d'animaux de même sexe, mâles ou femelles⁴⁰. La souris Kabuya, née à partir des cellules de deux souris femelles⁴¹, est une illustration connue de ce que la gamétogenèse *in vitro* pourrait offrir dans les années à venir.

Déjà en 2011, une équipe de chercheurs américains avait réussi à donner naissance à une portée de souriceaux femelles et mâles issus des gamètes de deux souris mâles⁴². Toutes ces souris

37 WEST (Franklin) *et al.*, "In Vitro-Derived Gametes From Stem Cells", *Seminars in Reproductive Medicine*, vol. 31, n° 1, 2013, p. 33-34.

38 NOTINI (Lauren), GYNGELL (Christopher), SAVULESCU (Julian), "Drawing the Line on In Vitro Gametogenesis", *Bioethics*, vol. 34, n° 1, 2020, p. 123.

39 BREDENOORD (Annelien), HYUN (Insoo), "Ethics of Stem Cell-Derived Gametes Made in a Dish: Fertility for Everyone?", *EMBO Molecular Medicine*, vol. 9, n° 4, 2017, p. 396-398 ; dès lors, la doctrine médicale ambitionne de poursuivre ses tests cliniques, et, pour ce faire, certains centres de recherches ont réclamé la suspension de certaines limitations bioéthiques : SEGERS (Seppe) *et al.*, "In Vitro Gametogenesis and the Creation of « Designer Babies »", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 28, n° 3, 2019, p. 503-506 ; ISHII (Tetsuya), SAITOU (Mitinori), "Promoting In Vitro Gametogenesis Research With a Social Understanding", *Trends in Molecular Medicine*, vol. 23, n° 11, 2017, p. 987-988.

40 WEST (Franklin) *et al.*, art. cit., p. 34-37.

41 LE PAGE (Michael), "Mice Pups Born to Same-Sex Parents", *New Scientist*, vol. 240, n° 3200, 2018, p. 13.

42 DEN (Jian Ming) *et al.*, "Generation of viable male and female mice from two fathers", *Biology of Reproduction*, vol. 84, n° 6, 2011, p. 13-18.

étaient viables et n'ont connu aucune complication liée à la manière dont elles avaient été conçues. À ce titre, les scientifiques affichent leur optimisme quant aux développements de la gamétogenèse *in vitro* chez les êtres humains⁴³, notamment au bénéfice des couples homosexuels⁴⁴. Surtout, cette technique dote, au même titre que la reproduction sexuée, l'embryon du patrimoine génétique de ses deux parents. Les couples lesbiens pourraient ainsi procréer sans recourir inévitablement à un tiers et avoir un enfant partageant leur patrimoine génétique. Pour une partie de la doctrine médicale, les seuls obstacles à la gamétogenèse *in vitro* relèveraient du domaine de l'éthique et de la maîtrise du vivant⁴⁵, mais aussi de l'acceptation sociale et juridique de l'homoparentalité⁴⁶.

Admettons qu'un couple de femmes use de la gamétogenèse *in vitro* pour avoir un enfant. Celle dont une cellule sera artificiellement transformée en spermatozoïdes est, d'un point de vue stricte biologique, le père de l'enfant⁴⁷. Au regard de son sexe anatomique et juridique, elle n'en est pas moins une femme. Que faut-il alors inscrire dans l'acte de naissance du nouveau-né, qui ne prévoit aucunement cette possibilité ? Les juridictions françaises se confrontent

déjà difficilement à la problématique de la filiation du parent transgenre dont le sexe biologique s'oppose au sexe mentionné dans l'état civil⁴⁸. En matière de gamétogenèse *in vitro*, deux réalités biologiques s'opposent : le sexe anatomique féminin est en contradiction avec les cellules reproductives masculines de la même personne, et inversement. Dans une telle situation, le sexe du parent est multiple en fonction du critère de détermination choisi (sexe juridique, gamètes, identité de genre, maternité utérine, sexe anatomique). De plus, la gamétogenèse *in vitro* ne rendrait pas uniquement possible pour deux personnes de même sexe d'avoir un enfant biologique : elle permettrait également à une personne d'avoir un enfant biologique avec elle-même.

B. La monoparenté biologique : avoir un enfant avec soi-même

L'autofécondation s'avère être l'une des conséquences potentielles de la gamétogenèse *in vitro*⁴⁹. En transformant les cellules non reproductives en gamète d'une même personne, celle-ci pourrait avoir un enfant avec elle-même par le biais d'une fécondation *in vitro*. Plus précisément, une femme pourrait recourir à cette technique pour changer en spermatozoïde une de ses cellules pour ensuite

43 MURPHY (Timothy), "The Meaning of Synthetic Gametes for Gay and Lesbian People and Bioethics too", *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n° 11, 2014, p. 762.

44 TESTA (Giuseppe), HARRIS (John), "Ethics and synthetic gametes", *Bioethics*, vol. 19, n° 2, 2005, p. 163-165.

45 SEGERS (Seppe) *et al.*, "Using Stem Cell-Derived Gametes for Same-Sex Reproduction: an Alternative Scenario", *Journal of Medical Ethics*, vol. 43, n° 10, 2017, p. 688-691.

46 HENDRIKS (Saskia) *et al.*, "The Acceptability of Stem Cell-Based Fertility Treatments for Different Indications", *Molecular Human Reproduction*, vol. 23, n° 12, 2017, p. 861.

47 NEWSON (Ainsley), SMAJDOR (Anna), "Artificial Gametes: New Paths to Parenthood?", *Journal of Medical Ethics*, vol. 31, n° 3, 2005, p. 185-186.

48 Cass. 1^{re} civ., 16 septembre 2020 : n° 18-50.080, BRUNET (Laurence), REIGNÉ (Philippe), « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *JCP G*, n° 43-44, 2020, p. 1854 et suivantes ; LEROYER (Anne-Marie), « La parenté transgenre : un impensé du droit français », *RTD civ.*, 2020, p. 866 et suivantes ; VIALLA (Clémentine), VIALLA (Thomas), « *Mater semper certa est, pater nunquam* », *RDS*, n° 98, 2020, p. 1066-1068 ; CA Toulouse, 6^e ch., 9 février 2022 : n° RG 20/03128, MICHEL (Pierre), « Filiation biologique et mère transgenre : la double filiation maternelle biologique consacrée par la cour d'appel de Toulouse », *Revue des droits de l'Homme*, en ligne, 2022 ; PARICARD (Sophie), « La parenté transgenre : une décision inédite », *D. actuamité*, 1^{er} mars 2022.

49 CYRANOSKI (David), "Stem Cells: Egg Engineers", *Nature*, vol. 500, n° 7463, 2013, p. 392-394.

féconder *in vitro* un de ses ovocytes. Pour l'homme, des gamètes femelles pourront pareillement être produits à partir de ses cellules, mais il devra forcément recourir à une mère porteuse (voire à un placenta artificiel ?)⁵⁰. Le patrimoine génétique de l'enfant peut ne pas provenir totalement de son géniteur⁵¹, à condition qu'un brassage génétique des cellules soit opéré⁵². Dans l'hypothèse inverse, l'enfant pourrait être comparé à un clone de son parent génétique⁵³. Si l'intérêt d'une homoparentalité génétique peut se comprendre, celle de la monoparentalité génétique l'est moins en raison du risque de clonage.

Pour June Carbone, cette application de la gamétogenèse *in vitro* suscite davantage de méfiance que la première non en raison des risques génétiques sur l'enfant, mais principalement au regard de l'absence de demandes de personnes souhaitant avoir un enfant avec soi-même⁵⁴. Présentée de la sorte, la solo-gamétogenèse fait craindre l'apparition de graves dérives non seulement sur les enfants à naître, mais aussi par rapport aux canons de l'éthique médicale. Cependant, elle pourrait être présentée comme une assistance médicale à la procréation sans donneur de gamètes. En ce sens, elle connaîtrait probablement un regain d'intérêt notamment

auprès des femmes célibataires. En droit, la monoparentalité génétique interroge également la détermination du sexe du parent ainsi que l'absence d'un second géniteur. En effet, en admettant qu'une telle forme de procréation existe et qu'elle soit autorisée, une interprétation littérale du droit commun de la filiation aboutirait à mentionner le parent génétique comme à la fois mère et père de l'enfant.

Une nouvelle fois, cette technique de restructuration génétique jetterait un trouble dans la filiation biologique entre enfant et parent. La solo-gamétogenèse *in vitro* encourage à se détacher de la réalité biologique au profit de la réalité sociale et psychologique soit en laissant le parent déterminer son statut parental (mère ou père) ? soit en neutralisant ce statut avec l'inscription unique d'un terme générique (parent). L'hypothèse de la multiparentalité génétique questionne d'autant plus la détermination du lien de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques, puisqu'elle permettrait de mettre au monde un enfant qui aurait plus de deux parents biologiques.

C. La multiparenté biologique : avoir un enfant de plus de deux personnes

La reproduction humaine a toujours reposé sur un couple composé, faut-il le préciser, de deux personnes de sexe opposé. Si cette altérité est dépossédée de son caractère hétérosexué avec la gamétogenèse *in vitro*, elle perd aussi son aspect dual avec la multiparentalité génétique⁵⁵. Actuellement, aucun enfant n'est né de plus de deux parents génétiques avec une gamétogenèse *in vitro*, mais d'autres techniques médicales ont déjà permis la naissance d'un enfant ayant trois parents

50 HENDRIKS (Saskia) *et al.*, "Potential Consequences of Clinical Application of Artificial Gametes: a Systematic Review of Stakeholder Views", *Human Reproduction Update*, vol. 21, n° 3, 2015, p. 297-298.

51 Sur le risque de consanguinité : CUTAS (Daniela), SMAJDOR, (Anna), « I am Your Mother and Your Father! » *In Vitro Derived Gametes and the Ethics of Solo Reproduction*, *Health Care Analysis*, vol. 25, n° 4, 2017, p. 357-358.

52 NOTINI (Lauren), GYNGELL (Christopher), SAVULESCU (Julian), art. cit., p. 125.

53 *Ibid.*, p. 125 ; SUTER (Sonia), "In Vitro Gametogenesis: Just Another Way to Have a Baby?", *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 3, n° 1, 2016, p. 107-108.

54 CARBONE (June), "Peer Commentary: In Vitro Gametogenesis: Just Another Way to Have a Baby", *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 3, n° 3, 2016, p. 677.

55 À ne pas confondre avec le concept sociologique de pluriparentalité renvoyant notamment aux familles recomposées : voir en ce sens GROSS (Martine), *L'homoparentalité*, Paris, PUF, 3^e éd., 2007, coll. « Que sais-je ? », p. 67-73.

génétiqes⁵⁶. Abraham Hassan, né le 6 avril 2016, est le premier enfant ayant trois parents génétiques⁵⁷. La technique médicale utilisée était une transplantation génétique consistant à extraire le noyau cellulaire de l'ovule d'une donneuse en lieu et place de celui dans l'ovule de la mère⁵⁸. Une fois le noyau transplanté, l'équipe médicale a procédé à une fécondation *in vitro* avec les spermatozoïdes du père et implanté l'embryon dans l'utérus de la mère⁵⁹. L'enfant a donc trois parents génétiques : deux mères et un père. Au vu de la réussite constatée sur la santé de l'enfant, cette technologie expérimentale semble être amenée à être développée, car elle permet de minimiser la transmission de maladie génétique du géniteur à l'enfant⁶⁰.

En Droit, l'hypothèse d'une telle transplantation génétique questionne sur le statut de la donneuse dont l'enfant a reçu les gènes. *A priori*, elle ne demanderait pas à faire reconnaître sa filiation biologique, même si elle est une de ses génitrices. Si toutefois la question se posait, le droit réagirait probablement de façon similaire au statut de la mère d'intention en matière de GPA : la maternité utérine prévaudrait à la maternité ovarienne. En outre, l'article 342-9 du Code civil pourrait également s'appliquer. Néanmoins, un tel raisonnement ne permettrait pas de répondre à la multiparentalité génétique *via* gamétogenèse *in vitro*.

L'apport génétique de la donneuse envers l'enfant reste infime avec la technique du transfert génétique⁶¹. À l'inverse, la gamétogenèse *in vitro* permettrait un partage substantiel du patrimoine génétique de chacun des parents génétiques⁶². Concrètement, elle consiste à créer *in vitro* un embryon (1) à partir des gamètes de deux parents (A et B) et un autre embryon (2) à partir de deux autres parents (C et D). À ce stade, la gamétogenèse *in vitro* transformerait des cellules non reproductives en ovocytes et spermatozoïdes depuis les embryons 1 et 2 pour féconder *in vitro* un dernier embryon (3) qui donnera naissance à un enfant⁶³. Techniquement, l'enfant possède le patrimoine génétique des quatre parents⁶⁴. Si les embryons 1 et 2 ont été créés par gamétogenèse *in vitro*, l'enfant peut alors avoir trois mères et un père, trois pères et une mère, quatre mères ou quatre pères, car, dans cette situation, le sexe des parents n'a pas d'importance. En revanche, s'il s'agit de fécondations *in vitro* usuelles, l'enfant aura obligatoirement deux mères et deux pères. En réalité, sur le plan génétique, ils ne sont pas les parents de l'enfant, mais ses grands-parents en raison de la gamétogenèse *in vitro* effectuée sur les embryons 1 et 2 qui constituent les véritables « parents » de l'enfant⁶⁵. D'un point de vue théorique, cette technique de procréation peut créer des embryons ayant des dizaines de parents génétiques. Pour ce faire, il suffira de reproduire l'opération avec quatre autres personnes pour obtenir un embryon 4, puis de procéder à une gamétogenèse

56 En ce sens, voir aussi HOUNSA (Charlemagne-Gilles), « La FIV à trois parents », in LE-GROS (Bérangère), dir., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, Bordeaux, LEH Édition, 2018, p. 235-250.

57 HAMZELOU (Jessica), "World's First Baby Born With New « 3 Parent » Technique", *New Scientist*, n° 3093, 2016.

58 ZHANG (John) *et al.*, "Live Birth Derived From Oocyte Spindle Transfer to Prevent Mitochondrial Disease", *Reproductive BioMedicine*, vol. 34, n° 4, 2017, p. 362.

59 Cette technique médicale vise à empêcher la transmission d'une maladie mitochondriale, en l'occurrence le syndrome Leigh qui conduit au décès précoce de l'enfant (*ibid.*, p. 362).

60 *Ibid.*, p. 366-367.

61 PALACIOS-GONZÁLEZ (César), HARRIS (John), TESTA (Giuseppe), "Multiplex Parenting: IVG and the Generations to Come", *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n° 11, 2014, p. 756.

62 *Ibid.*

63 SEGERS (Seppe) *et al.*, "Balancing Ethical Pros and Cons of Stem Cell Derived Gametes", *Annals of Biomedical Engineering*, vol. 45, n° 7, 2017, p. 1628.

64 *Ibid.*

65 PALACIOS-GONZÁLEZ (César), HARRIS (John), TESTA (Giuseppe), art. cit., p. 756-757.

in vitro avec l'embryon 3. Une fois cette dernière effectuée, un embryon 5 pourra être implanté, et l'enfant qui naîtra aura alors huit parents génétiques, ou plutôt, huit arrière-grands-parents génétiques. En doublant à chaque fois cette opération, l'enfant aurait ainsi seize, puis trente-deux, puis soixante-quatre parents génétiques...

Face à une telle technique de procréation médicale, il ne fait nul doute que la détermination de la filiation comme prévue par le droit français ne saurait y répondre. D'après les articles 710 et suivants du Code civil, l'établissement de la filiation de l'enfant ne peut s'effectuer qu'avec deux parents, en théorie la mère et le père. Or, la multiparentalité génétique dépasse cette dualité. Au mieux, la filiation maternelle pourrait être déterminée par l'accouchement, mais cela ne résoudrait pas la question du rapport juridique de l'enfant avec ses autres parents. Si la vérité biologique fonde la filiation, l'enfant a soit plus de deux parents génétiques, soit ses parents sont les embryons ayant servi à la dernière gamétogenèse *in vitro* aboutissant à sa conception.

Dans une telle hypothèse, la vérité biologique ne devrait donc pas être l'unique critère de détermination de la filiation. Surtout, la multiparentalité génétique pose la question de la limitation juridique du nombre de parents directs de l'enfant. D'un côté, la dualité parentale entrave une reconnaissance de filiation de l'enfant avec ses autres parents. En ce sens, il serait lésé, par exemple, de ses droits successoraux. D'un autre côté, l'éventualité d'un enfant ayant plusieurs parents pourrait amener à de véritables casse-tête juridiques en cas de partage de la garde de l'enfant, de dévolution du nom de famille, de prestations familiales... Face aux bouleversements juridiques qu'entraînerait une telle technique procréative, les règles juridiques devront forcément s'adapter. Parmi d'autres propositions, il serait possible d'envisager la

restriction, voire l'interdiction, de l'accès à cette technique. Également, l'inscription d'une limitation explicite du nombre de parents dans le Code civil constituerait une piste de réflexion sérieuse afin d'entraver la multiplication des liens de filiation.

Conclusion

Le développement de nouvelles techniques accentue le phénomène de déssexualisation de la filiation⁶⁶. L'ectogenèse et la gamétogenèse *in vitro* seront peut-être mises au service de personnes fertiles ou dont l'infertilité n'est pas invariablement pathologique, mais davantage conjoncturelle. Alors, le Droit n'échappera pas à cette révolution de la procréation humaine dans les prochaines années ; et si les techniques médicales existantes ont déjà entamé un renversement de paradigme de la filiation de sang vers la filiation de volonté, il semble que ces biotechnologies pourraient venir parachever cette lente transformation du droit de la famille. Que l'ectogenèse et la gamétogenèse *in vitro* se concrétisent ou non à l'avenir appartient au registre de la prédiction : elles offrent, pour le moins, un exercice de pensée particulièrement saillant pour réfléchir sur notre droit de la famille à l'aune de ses défis contemporains et, potentiellement, constituent un tournant majeur dans notre conception sociale et juridique de la procréation et de la parenté.

66 AFTASSI (Damien), « La déssexualisation des liens de filiation », *Droit, santé et société*, 2017/2, p. 6 et suivantes.

C. SÉNÉCHAL, *professeure titulaire, université d'Ottawa, faculté d'éducation*

Exploration d'une approche théorique sur le concept de préjudice

Exploring of a theoretical approach to the concept of harm

EXPLORATION
D'UNE
APPROCHE
THÉORIQUE SUR
LE CONCEPT DE
PRÉJUDICE

RÉSUMÉ : La valeur intrinsèque de la vie – y compris de celles qui seraient moins « parfaites » – constitue l'argument massue contre la recevabilité des actions pour préjudice de vie ou en « *wrongful life* ». Pourtant, le concept de préjudice est inextricablement lié à la notion de handicap et de ses différentes conceptions sociales, notion qui d'une question strictement médicale est passée à une problématique élargie où interviennent des déterminants biologiques, personnels et environnementaux. Le présent article reprend la vision englobante du handicap telle que promue par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) afin d'apprécier la nature du préjudice admissible à indemnisation dans les actions en « *wrongful life* ». Un préjudice admissible peut ainsi être défini comme englobant tout problème de santé à l'origine de dysfonctionnements organiques susceptibles d'affecter les activités et la participation de l'individu dans sa relation avec son environnement.

ABSTRACT: The intrinsic value of life – including of those that would be less “perfect” – makes up the strongest argument against the admissibility of “wrongful life” lawsuits. However, the notion of injury is inextricably linked to that of disability as a social concept that evolves from a strictly medical to broader perspective involving biological, personal and environmental determinants. This study takes up the all-encompassing view of disability as advocated by the World Health Organization (WHO) in order to assess the nature of the injury eligible for compensation in “wrongful life” claims. Compensable injury can thus be defined as encompassing any health problem that causes organic dysfunctions likely to affect the activities and participation of the individual in his relationship with his environment.

MOTS-CLÉS : préjudice de vie – handicap – indemnisation

KEYWORDS: wrongful life – disability – compensation

Les préoccupations d'ordre public ayant trait à la valeur intrinsèque des vies moins « parfaites » et la crainte de la pente glissante pour ces vies forment l'argument massue contre la recevabilité des actions en « *wrongful life* ». Pourtant, le concept de préjudice est inextricablement lié à la notion de handicap et de ses différentes conceptions sociales ayant évolué au cours des cinquante dernières années. Il est ainsi passé d'une question strictement médicale à une problématique élargie où interviennent des déterminants biologiques, personnels et environnementaux dans une interaction complexe et circonstanciée. Dans les prochaines sections, nous présenterons deux modèles : le modèle biomédical (I) et le modèle biopsychosocial (II). Par la suite, nous verrons l'approche systémique (III), sa pertinence à appréhender le concept

de préjudice indemnisable (IV) ainsi que ses limites (V).

I. Le modèle biomédical

Jusque vers la fin des années 1960 – à l'époque même où les actions en « *wrongful life* » connaissent leurs premiers balbutiements¹ – prédomine le modèle biomédical du handicap et des déficiences. Depuis le XIX^e siècle, la prise en charge médicale est plutôt centrée sur la maladie que sur la personne

¹ Voir les décisions : *Zepeda c/ Zepeda*, (1963) 41 Ill App 2d 240, requête en certiorari rejetée 379 US 945 [*Zepeda*]; *Williams c/ State of New York*, (1966) 19 NY 2d 481 (CA) [*Williams*]; *Gleitman c/ Cosgrove*, (1967) 49 NJ 22 (S Ct) [*Gleitman*]; voir aussi : TEDESCHI (Guido), “On tort liability for “wrongful life””, *Israel Law Review*, vol. 1, n° 4, 1966, p. 513.

du malade. La naissance de la clinique² a coïncidé avec l'avènement de la médecine scientifique, avec une attention croissante (devenue systématique) portée sur cette visibilité fragmentée des différentes manifestations de ce qui s'écarte de l'état normal³. Il n'y a de vrai que ce qui est visible, palpable, perceptible, même par l'intermédiaire d'instruments et d'appareils toujours plus raffinés. Une perspective positiviste se limite en effet à l'analyse des éléments constitutifs d'une pathologie en se gardant d'en présumer toute influence essentialiste sur la personne d'un individu. Au-delà de symptômes pouvant être objectivement relevés, le médecin positiviste ne spéculera pas sur ce qui échappe à ses observations immédiates, rejetant ainsi toute causalité métaphysique et tout appel à l'essence des choses⁴. Une personne malade se distingue d'un autre individu sain de corps et d'esprit strictement en raison de la présence de ses symptômes pathologiques. Ceux-ci peuvent être appréhendés par un discours analytico-rationnel au même titre que tout autre sujet du laboratoire.

Dans le style imagé de Michel Foucault, « *la clinique apparaît comme un nouveau profil, pour l'expérience du médecin, du perceptible et de l'énonçable : nouvelle distribution des éléments discrets de l'espace corporel [...], réorganisation des éléments constituant le phénomène pathologique [...], définition des séries linéaires d'événements morbides (par opposition au buissonnement des espèces nosologiques), articulation de la maladie sur l'organisme (disparition des entités morbides générales qui groupaient des symptômes*

en une figure logique au profit d'un statut local qui situe l'être de la maladie avec ses causes et ses effets dans un espace à trois dimensions). » L'apparition de la clinique comme fait historique « [...] est signalée, mais n'est pas épuisée bien sûr, par le changement infime et décisif qui a substitué à la question "qu'avez-vous ?" [...] cette autre : "Où avez-vous mal ?" »⁵.

L'impulsion de la clinique, qui s'inspire du principe de classification développé en sciences naturelles, fut donnée par des précurseurs comme Thomas Sydenham (1624-1689)⁶, William Cullen (1710-1790)⁷, François Boissier de Sauvages de Lacroix (1706-1767)⁸ et Philippe Pinel (1745-1826)⁹. Chacun, à sa manière, avait entrepris de classer différentes maladies en familles, genres et espèces sur la base de leurs symptômes, c'est-à-dire en répertoriant les signes objectifs observés dans chacune d'elles.

Dès le départ, le phénomène de la déviance ou de l'état pathologique ne semble pas pouvoir être appréhendé par un discours rationnel autrement que comme une antithèse à la norme, ce qui est communément accepté, constaté et dénombré dans un regard partagé. Cette convergence focale du regard médical s'exerçait strictement et minutieusement sur les signes cliniques dysfonctionnels au moyen d'une nomenclature la plus

5 FOUCAULT (Michel), *Naissance de la clinique*, op. cit.

6 SYDENHAM (Thomas), *Observationes medicae*, Encyclopaedia Britannica, 1676.

7 CULLEN (William), *Synopsis nosologiae methodicae*, Encyclopaedia Britannica, 1769.

8 BOISSIER DE SAUVAGES DE LACROIX (François), *Nosologie méthodique dans laquelle les maladies sont rangées par classes, suivant le système de Sydenham, & l'ordre des botanistes* (dix tomes), Lyon, Gouvion, 1772 (<http://www.biu-sante.parisdescartes.fr/histoire/medica/resultats/index.php?cote=31722&do=livre>).

9 PINEL (Philippe), *Nosographie philosophique, ou la méthode de l'analyse appliquée à la médecine* (deux volumes), Paris, Maradan Libraire, 1798.

2 FOUCAULT (Michel), *Naissance de la clinique*, PUF, 1963 (http://psycha.ru/fr/foucault/1963/naissance_clinique1.html).

3 *Ibid.*, préface (http://psycha.ru/fr/foucault/1963/naissance_clinique3.html#toc1).

4 Cf. BERTHELOT (Jean-Michel), *La construction de la sociologie*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 27.

détaillée possible ; d'où une prolifération, au cours du XIX^e siècle, de traités d'anatomie pathologique sur différents organes, parties du corps et affections¹⁰.

Le médecin français René Laënnec (1781-1826), l'un des fondateurs de la méthode anatomo-clinique (variante de l'anatomie pathologique¹¹), la définit comme basée sur « l'observation des symptômes ou des altérations de fonctions qui coïncident avec chaque espèce d'altération

d'organes¹² ». Elle consiste à comparer les écarts physiologiques entre les tissus normaux et les tissus pathologiques en se fondant sur l'analyse des prélèvements (par exemple : biopsie, autopsie) ainsi que sur la description des lésions et autres signes cliniques¹³, de plus en plus facilitée de nos jours avec l'arrivée de l'imagerie et des nouvelles technologies médicales. Dans son *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), Claude Bernard, chef de service à l'Hôtel-Dieu, puis professeur au Collège de France, propose de fonder la scientificité de la médecine sur la physiologie, l'un des constituants du triptyque fondamental à côté des volets « pathologie » et « thérapeutique » :

« La connaissance des causes des phénomènes de la vie à l'état normal, c'est-à-dire la **physiologie**, nous apprendra à maintenir les conditions normales de la vie et à **conserver** la santé. La connaissance des maladies et des causes qui les déterminent, c'est-à-dire la **pathologie**, nous conduira, d'un côté, à prévenir le développement de ces conditions morbides, et de l'autre à en combattre les effets par des agents médicamenteux, c'est-à-dire à **guérir les maladies**¹⁴. »

Outre une caractérisation précise des lésions ou altérations morphologiques, le potentiel d'un examen anatomo-pathologique s'enrichit avec différentes techniques complémentaires permettant une analyse toujours plus poussée des

10 Voir entre autres : BAILLIE (Matthew), *Traité d'anatomie pathologique du corps humain*, 1803 ; TROLLET (Louis-François), *Nouveau traité de la rage, observations cliniques, recherches d'anatomie pathologique, et doctrine de cette maladie*, 1820 ; TACHERON (Charles François), *Recherches anatomico-pathologiques sur la médecine pratique ou recueil d'observations sur les maladies aiguës et canoniques, faites à l'Hospice clinique interne de la faculté de médecine de Paris et dans les autres Hôpitaux*, 1823 ; BAILLY (Étienne-Marin), *Traité anatomico-pathologique des fièvres intermittentes, simples et pernicieuses*, 1825 ; LOUIS (Pierre-Charles Alexandre), *Recherches anatomico-pathologiques sur la phthisie, précédées du rapport fait à l'Académie royale de médecine*, 1825 ; LALLEMAND (François), *Recherches anatomico-pathologiques sur l'encéphale et ses dépendances*, 1830 ; PROST (Pierre-Antoine), *Traité du choléra-morbus considéré sous les rapports physiologique, anatomico-pathologique, thérapeutique et hygiénique ; contenant l'analyse critique de tout ce que les auteurs anciens et modernes ont écrit sur le choléra-morbus*, 1832 ; LOBSTEIN (Jean-Frédéric), *Traité d'anatomie pathologique*, 1833 ; CRUVEILHIER (Jean), *Traité d'anatomie pathologie générale*, 1849-1864 ; LEBERT (Hermann), *Traité d'anatomie pathologique générale et spéciale*, 1857 ; CALMEIL (Louis-Florentin), *Traité des maladies inflammatoires du cerveau ou histoire anatomo-pathologique des congestions encéphaliques, du délire aigu, de la paralysie générale ou périencéphalite chronique diffuse à l'état simple ou compliqué, du ramollissement cérébral local aigu et chronique, de l'hémorragie cérébrale localisée récente ou non récente*, 1859 ; TRIPIER (Raymond), *Traité d'anatomie pathologique générale*, 1904 ; pour un panorama historique de la vision de l'anatomie pathologique, voir RAYER (Pierre), *Sommaire d'une histoire abrégée de l'anatomie pathologique*, thèse de doctorat soutenue à la faculté de médecine de Paris, 1818.

11 À côté de CORVISART (Jean-Nicolas), 1755-1821, médecin personnel de Napoléon, et du « Napoléon de la médecine », BICHAT (François-Marie-Xavier), 1771-1802.

12 LAËNNEC (René), « Anatomie pathologique », in *Dictionnaire des sciences médicales*, vol. 2, Paris, Panckoucke, 1812, p. 46-47.

13 Voir COLLÈGE FRANÇAIS DES PATHOLOGISTES (CoPath), *Moyens et objectifs de l'anatomie pathologique en médecine*, 2011-2012 (http://campus.cerimes.fr/anatomie-pathologique/enseignement/anapath_1/site/html/cours.pdf).

14 BERNARD (Claude), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, coll. « Les classiques des sciences sociales », édition électronique : 2003, p. 11 (http://classiques.uqac.ca/classiques/bernard_claude/intro_etude_medecine_exp/intro_medecine_exp.pdf).

tissus prélevés¹⁵. La mise en culture des biopsies permet de tester la sensibilité/résistance aux antibiotiques¹⁶. Des tests immunochimiques effectués sur les échantillons permettent de relever la présence d'anticorps ou d'une protéine donnée facilitant le diagnostic¹⁷. L'analyse d'un prélèvement sanguin peut s'avérer riche en renseignements sur la présence d'infections, de mutations génétiques ou encore le taux de certaines molécules dans le sang, comme celui du glucose.

Fort de cette approche analytique, le modèle biomédical postule que toute maladie est le produit d'une défectuosité biologique, qu'elle soit causée par un agent pathogène ou expliquée par un défaut d'ordre génétique. Toute maladie portant un (seul) marqueur biologique doit être traitée au moyen d'une thérapeutique tout aussi axée sur le redressement des processus physiques dysfonctionnels, que ce soit par la prise de médicaments ou l'intervention chirurgicale.

15 Voir THIBERT (Félix), *Nouveau système d'anatomie pathologique humaine et comparée*, Paris, 1839, p. 1 : « *L'anatomie pathologique est le seul moyen de parvenir à une connaissance exacte des maladies organiques ; elle éclaire la médecine sur le siège et les causes des maladies ; elle est le guide le plus sûr pour le diagnostic médical, et en apprenant au praticien ce qu'il doit craindre ou espérer, elle l'empêche de se livrer à une fausse sécurité, et par cela même devient l'une des bases les plus solides de la séméiotique.* »

16 Voir, par exemple, DE KORWIN (Jean-Dominique), « Avantages et inconvénients des différentes méthodes diagnostiques de l'infection à *H. pylori* », *Gastroentérologie clinique et biologique*, vol. 27, n° 3-C2, 2003, p. 380 (DOI : GCB-03-2003-27-3-C2-0399-8320-101019-ART4).

17 Voir, par exemple, ALLENBACH (Yves) et BENVENISTE (Olivier), « Auto-anticorps au cours des myosites », *La revue de médecine interne*, vol. 35, n° 7, 2014, p. 437, DOI : <https://doi.org/10.1016/j.revmed.2013.12.006> ; PARAF (François), *Place de l'anatomie pathologique dans le diagnostic du syndrome HNPCC*, Association HNPCC-LYNCH, 2009 (<https://www.hnpcc-lynch.com/place-de-lanatomie-pathologique-dans-le-diagnostic-du-syndrome-hnpcc/>).

Axé sur l'individu et ses limites fonctionnelles, le handicap est défini comme « *une déviation observable par rapport aux normes biomédicales de structure et de fonction, résultant directement d'une maladie, d'un traumatisme ou d'un autre état de santé*¹⁸ ». Tout handicap correspond, à sa source, à une lésion morphologique, un dysfonctionnement biophysique ou une anomalie génétique. Il s'agit d'une vision essentiellement limitée au « corps à réparer » dans une optique privilégiant la guérison immédiate (des maladies infectieuses comme la tuberculose et la grippe) par des stratégies thérapeutiques taillées sur mesure de l'étendue des limites fonctionnelles¹⁹. « **Être malade** (avoir mal, se sentir mal, être perturbé...) se réduit à **avoir une maladie**, une "entité morbide" à l'intérieur de l'organisme²⁰. »

Or, cette approche traditionnelle s'avère insuffisante pour rendre compte à long terme des conséquences invalidantes de certains états ou traumatismes comme les problèmes de santé chroniques, le vieillissement, les traumatismes de guerre et les accidents de la route. Grandir ou évoluer dans un environnement anxiogène surexcite le système immunitaire, ce qui conduit à des réactions de défense exacerbées qui augmentent le risque de problèmes

18 CHAPIREAU (François), « La Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé », *Gérontologie et société*, vol. 24, n° 99, 2001, p. 37 (DOI : 10.3917/g.s.099.0037).

19 JAMET (Frank), « De la Classification internationale du handicap (CIH) à la Classification internationale du fonctionnement de la santé et du handicap (CIF) », *La nouvelle revue de l'ASIS*, n° 22, 2003, p. 163.

20 VANNOTTI (Marco), « Modèle bio-médical et modèle bio-psycho-social », Centre de recherches familiales et systémiques (CERFASY), Neuchâtel, 2009 (<http://www.cerfasy.ch/cours-en-ligne/mod%20C3%A8le-bio-m%20C3%A9dical-et-mod%20C3%A8le-bio-psycho-social>).

cardiovasculaires, d'obésité et de diabète²¹. Le développement, le maintien et la résorption du stress post-traumatique, dont l'intensité et la persistance varient chez les différentes personnes exposées au même événement ou la même catastrophe, ne peuvent s'expliquer à l'aide d'un schéma causal biologiquement déterminé, mais dépendent de l'interprétation ou de la signification (subjective) que ces personnes attribuent à la survenue objective de l'évènement traumatisant²². La guérison d'une maladie infectieuse peut laisser des séquelles permanentes et gravement invalidantes chez l'individu (par exemple : poliomyélite), opérant ainsi une rupture entre le traitement de la maladie et la gestion (sociale) de ses conséquences. Selon le psychiatre et l'épidémiologiste français Jean-François Ravaud :

« Ce modèle [biomédical], où la recherche d'un agent pathogène et sa suppression permet[te]nt la disparition des manifestations de la maladie, a eu ses heures de gloire lorsque dominaient les maladies infectieuses. Mais, avec lui, on n'arrive pas à rendre compte du fait que des maladies guérissent en laissant des séquelles parfois très importantes (la poliomyélite) ou qu'on parvient à réduire les manifestations d'une maladie d'étiologie encore inconnue (dans le domaine des maladies mentales, par exemple). Il apparaît alors nécessaire de pouvoir saisir les conséquences des maladies chroniques comme des

*accidents et autres maladies à distance de leur phase aiguë*²³. »

Au niveau sociétal s'ajoute la prise en charge par l'État des problèmes de santé publique dont la cause ne peut plus être imputée/reprochée aux seuls individus. Le fait industriel implique un risque important d'infirmités, dont la société hésite à en éradiquer la cause, celle-ci préférant opter pour une indemnisation assurantielle sans faute des maladies professionnelles et accidents de travail²⁴. L'indemnisation des vétérans (grands) mutilés des deux guerres et leur réinsertion dans la vie civile appellent une implication continue et pluridimensionnelle de la part de l'État pour compenser à long terme les effets indésirables, mais prévisibles, d'invalidités permanentes²⁵. Une espérance de vie allongée à la naissance, outre la pression exercée au niveau des pensions de vieillesse, est porteuse de problèmes de santé liés au déclin graduel des fonctions physiologiques. Tous ces nouveaux défis médicaux, socio-économiques et politiques pointent vers « le besoin de développement de modèles prenant en compte la chronicité, c'est-à-dire la persistance de conséquences fonctionnelles limitant la personne sans qu'elle n'en décède²⁶ ». Une perspective dualiste « corps-esprit » et

23 RAVAUD (Jean-François), « Vers un modèle social du handicap : l'influence des organisations internationales et des mouvements de personnes handicapées », in DE RIEDMATTEN (Raphaël), dir., *Une nouvelle approche de la différence, Comment repenser le « handicap »*, Genève, Médecine et Hygiène, 2001, p. 55-56.

24 EWALD (François), *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

25 Voir PAILLART (Anne), *L'indemnisation du traumatisme psychique chez les vétérans : un parcours difficile*, mémoire de maîtrise, université de Sherbrooke, faculté de Droit, 2014 (http://savoirs.usherbrooke.ca/bitstream/handle/11143/6023/Paillart_Anne_LLM_2015.pdf;sequence=1).

26 FOUGEYROLLAS (Patrick), « L'évolution conceptuelle internationale dans le champ du handicap : enjeux sociopolitiques et contributions québécoises », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé*, n° 4-2, 2002 (<http://pistes-reviews.org/3663>).

21 POWELL (Nicole D.) et al., "Social Stress Up-regulates Inflammatory Gene Expression in the Leukocyte Transcriptome via β -adrenergic Induction of Myelopoiesis", *PNAS*, vol. 110, n° 41, 2013, p. 16574, DOI : 10.1073/pnas.1310655110 ; voir aussi : SEGERSTROM (Suzanne C.) et MILLER (Gregory E.), "Psychological Stress and the Human Immune System: a Meta-analytic Study of 30 Years of Inquiry", *Psychological Bulletin*, vol. 130, n° 4, 2004, p. 601 (DOI : 10.1037/0033-2909.130.4.601).

22 Voir BRILLON (Pascale), MARCHAND (André) et STEPHENSON (Randolph), « Modèles comportementaux et cognitifs du trouble de stress post-traumatique », *Santé mentale au Québec*, vol. 21, n° 1, 1996, p. 129 (DOI : 10.7202/032383ar).

un modèle d'imputation déterministe à la stricte responsabilité individuelle ferait fi de l'interaction complexe, mais nécessaire, entre les facteurs psychologiques, sociaux et biologiques dans l'étiologie, la persistance et la réduction des handicaps en tant que limitations fonctionnelles.

II. Le modèle biopsychosocial

En 1977, le psychiatre américain George L. Engel (1913-1999) remet officiellement en question l'exclusivité du modèle biomédical en relevant la pertinence des facteurs environnementaux, psychologiques et comportementaux dans la genèse de la maladie et son traitement²⁷. La perception du patient, sa spiritualité, le soutien familial et l'isolement social sont tous susceptibles de contribuer à la manifestation de symptômes cliniques n'ayant pas nécessairement une cause objective déterminée (par exemple, la douleur chronique). Alors que le modèle organiciste traditionnel suppose qu'il est possible de cerner la source d'un handicap en disséquant le corps humain jusque dans ses plus petits constituants, Engel postule la centralité de la personne dans l'expérience de la souffrance malade en tant que qu'épicentre d'influences systémiques diverses (par exemple : communauté, travail, famille, système nerveux, tissus organiques), dont le cumul déclenche ou non le seuil de malaise éprouvé. La méthode analytique ou anatomo-pathologique n'est pas toujours la plus efficace, car certaines affections, comme le diabète ou l'anémie, peuvent être maîtrisées sans que ne soient isolées, voire connues, les causes sous-jacentes tout comme l'éradication des agents pathogènes (cf. découverte de la pénicilline) ne suffit pas dans tous les cas à prévenir la cristallisation de dysfonctionnements persistants à la suite de l'atteinte des maladies infectieuses (par

exemple : encéphalites virales) ou parasitaires (par exemple : paludisme). Le triptyque biomédical « étiologie-pathologie-manifestation » ne rend plus compte de la diversité de situations susceptibles de rendre une personne malade ou souffrante. « Maladie » devient « mal-être »²⁸. Le virage est révolutionnaire :

« Reconnaître que le travail peut, dans certaines conditions, être pathogène et que la santé mentale est profondément ancrée dans le social rencontre bien des oppositions d'ordre politique et idéologique. Soutenir que la santé ne dépend pas que de l'individu ou de sa chimie, accepter que certains contextes provoquent la détresse, altèrent la santé, donnent lieu au malaise existentiel : cette approche pose les bases d'un important besoin de changement sociétal et d'orientation thérapeutique, car la qualité des relations et de l'entourage s'avère aussi importante pour le rétablissement que le travail individuel²⁹ » ; d'où l'opportunité de reconceptualiser la notion de handicap en prenant en compte non seulement la maladie (situation intrinsèque), mais également ses manifestations sur les plans de la déficience (extériorisée), de l'incapacité (objective) et du désavantage ou préjudice (social). Cette classification, élaborée par le rhumatologue et épidémiologiste anglais Philip Wood, invité comme consultant externe pour l'Organisation mondiale de la santé³⁰,

28 ENGEL (George L.), "The Clinical Application of the Biopsychosocial Model", *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 6, n° 2, 1981, p. 101, p. 104-106 (DOI : 0360-5310/81/0062-0101).

29 LEÓN (Carlos), « Sortir du modèle biomédical de santé mentale », REISO, 22 août 2016, p. 2 (http://www.grepys.ch/uploads/1/3/9/9/13993272/reiro_2016.pdf) ; voir aussi SMITH (Robert C.), "The Biopsychosocial Revolution, Interviewing and Provider-patient Relationships Becoming Key Issues for Primary Care", *Journal of General Internal Medicine*, vol. 17, n° 4, 2002, p. 309 (DOI : 10.1046/j.1525-1497.2002.20210.x).

30 WOOD (Philip Henry Nicholls), "Classification of Impairments and Handicaps", WHO/ICD, Conférence internationale pour la 9^e révision, 1975, document non publié.

27 ENGEL (George L.), "The Need for a New Medical Model: a Challenge for Biomedicine", *Science*, vol. 196, n° 4286, 1977, p. 129.

fut approuvée par l'Assemblée mondiale de la santé en 1980³¹.

Le concept de déficience correspond à « toute perte de substance ou altération d'une structure ou fonction psychologique, physiologique ou anatomique », comme l'amputation d'une jambe³². Cette perte ou altération peut être temporaire ou permanente, congénitale ou acquise, et est évaluée selon des normes généralement acceptées comme une déviation par rapport à une certaine norme biomédicale de l'individu. L'incapacité désigne « toute réduction (résultant d'une déficience), partielle ou totale, de la capacité d'accomplir une activité d'une façon ou dans les limites considérées comme normales pour un être humain³³ ». Il peut s'agir d'une limitation temporaire ou permanente, réversible ou irréversible, progressive ou régressive. Le processus d'objectivisation se constate par les difficultés réellement éprouvées dans les activités quotidiennes. Enfin, le désavantage social pour un individu donné « résulte d'une déficience ou d'une incapacité qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle normal (en rapport avec l'âge, le sexe, les facteurs sociaux et culturels)³⁴ ». Il se détermine par rapport aux autres et dépend des valeurs sociales existantes ainsi que des attentes qu'entretient vis-à-vis d'un individu son groupe d'appartenance.

L'insistance (thérapeutique) est désormais mise sur les conséquences du handicap sur le quotidien des personnes qui en sont atteintes plutôt que sur la détermination de son étiologie exacte. L'existence d'une malformation physique ou une déficience ne se traduit pas dans tous les cas en un

désavantage socialisé. Il peut s'agir d'une déficience fonctionnelle pouvant être redressée par des moyens compensatoires (Par exemple : port de lunettes correctrices pour la myopie), d'une malformation physique de peu de gravité objective (par exemple : absence congénitale d'un ongle) ou encore d'un désavantage minimisé en raison de l'environnement dans lequel une personne évolue (par exemple : un niveau d'intelligence inférieur à la moyenne qui n'affecte pas outre mesure le quotidien d'une personne vivant au sein d'une communauté rurale isolée). De même, un préjudice d'ordre social peut subsister malgré la guérison de la maladie (par exemple : l'étiquette discriminatoire rattachée à un « malade mental » malgré la guérison d'un épisode psychotique aigu). Plutôt qu'une caractéristique particulière à l'individu, le handicap, tel que défini dans la CIH, devient un désavantage individuel insuffisamment compensé par la société.

La Classification internationale des handicaps (CIH) de 1980 s'inscrit dans le sillage des mouvements de droits civiques revendiquant l'égalité sociale et mettant en exergue le rôle discriminant des facteurs environnementaux comme constitutifs des obstacles pour les personnes handicapées au même titre que des groupes historiquement désavantagés³⁵. Au Québec comme ailleurs, l'effervescence des années 1960-1970 a été propice pour donner une impulsion certaine au mouvement féministe (suffrage universel, équité salariale), à la reconnaissance des droits civiques des Noirs américains (déségrégation), à l'égalité des chances (instruction pour tous, syndicalisme de masse) et à une

31 OMS, « Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages. Un manuel de classification des conséquences des maladies », 1980, traduite en français en 1988 (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/41005/1/97828277100205_fre.pdf).

32 *Ibid.*, p. 23.

33 *Ibid.*, p. 24.

34 *Ibid.*, p. 25.

35 BARRAL (Catherine) et ROUSSEL (Pascale), « De la CIH à la CIF : le processus de révision », *Handicap*, n° 94-95, 2002, p. 1 ; BARRAL (Catherine), « De l'influence des processus de normalisation internationaux sur les représentations du handicap », *Handicap*, n° 81, 1999, p. 20 ; RAVAUD (Jean-François), « Modèle individuel, modèle médical, modèle social : la question du sujet », *Handicap*, n° 81, 1999, p. 64.

période de contestation (pacifique) par rapport aux autorités traditionnelles et à l'ordre établi (décolonisation). Les revendications liées à l'affirmation du droit à l'égalité des femmes, des autochtones et des minorités (ethniques, religieuses, sexuelles et linguistiques)³⁶ opèrent une prise de conscience collective du caractère ambigu de la norme à l'échelle sociologique. La normalité, qui ne se définit que par son opposé, s'avère une donnée plutôt socialement construite que biologiquement déterminée. Dans la mesure où, même en toute bonne foi et sans nulle intention de nuire, la discrimination systémique désavantageant des groupes minoritaires persiste dans des perceptions culturellement partagées par le groupe dominant et entretenues par un ethnocentrisme intériorisé jusqu'à devenir inconscient, le handicap est-il perception ou valeur absolue ? Est-il un défaut intrinsèque à un individu ou dépend-il des exigences sociales d'une époque donnée ainsi que des attentes de la communauté ?

Le milieu de la psychiatrie a été la première cible de ces questionnements. Parallèlement au mouvement de désinstitutionalisation de ce milieu psychiatrique³⁷, soutenue par un mouvement de contestation radicale voyant la psychiatrie classique comme une imposture sociale qui relègue un sujet étiqueté fou à une déviance abusivement qualifiée de pathologique³⁸, la notion d'oppres-

sion asilaire voit le jour. Cette critique antipsychiatrique, terme fourre-tout forgé en 1967 par le psychiatre David Cooper³⁹, s'interroge en définitive sur les limites de la pharmacopsychiatrie et de l'internement asilaire en tant qu'interventions trop parcellaires ou arbitraires pour redresser, dans une perspective sociologique, les problèmes de santé et d'adaptation posés par des facteurs interpersonnels, relationnels, socioculturels et économiques qui contribuent à la persistance des troubles de comportement et compliquent la réinsertion⁴⁰.

Or, considérer le handicap comme un désavantage strictement social sous-estime son impact invalidant sur les activités de la vie quotidienne et l'autonomie de la personne, et ce, indépendamment du regard d'autrui. Selon l'anthropologue québécois Patrick Fougeyrollas et ses collaborateurs (1998), le processus de production du handicap (PPH) est certes une interaction constante entre les facteurs environnementaux (facilitateurs ou constituant des obstacles), mais qui n'exclut pas pour autant les facteurs de risque personnels, d'origine organique ou de l'ordre des aptitudes. Plus particulièrement, les auteurs mettent

39 COOPER (David), *Psychiatry and Anti-psychiatry*, Paladin, 1967.

40 Voir aussi LAING (Ronald David), *The Divided Self*, Penguin Books, 1960 ; FOUCAULT (Michel), *Folie et Déraillement, Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Librairie Plon, 1961 ; SZASZ (Thomas), *The Myth of Mental Illness: Foundations of a Theory of Personal Conduct*, Harper & Row, 1961 (<http://psychclassics.yorku.ca/Szasz/myth.htm>) ; BECKER (Howard S.), *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, Free Press of Glencoe, 1963 ; BASAGLIA (Franco), *The Destruction of the Mental Hospital as a Place of Institutionalisation: Thoughts Caused by Personal Experience with the Open Door System and Part Time Service*, 1964 (<http://www.psychodyssey.net/wp-content/uploads/2011/05/The-Destruction-of-the-Mental-Hospital-as-a-Place-of-Institutionalisation.pdf>) ; BASTIDE (Roger), *Sociologie des maladies mentales*, Flammarion, 1965 ; BERK (Joseph), *Butterfly Man: Madness, Degradation and Redemption*, Hutchinson, 1977.

36 Voir GAUDREAU-DESBIENS (Jean-François) et PINARD (Danielle), « Les minorités en droit public canadien », *Revue de Droit de l'université de Sherbrooke*, vol. 34, 2003-2004, p. 197 ; ZYLBERBERG (Jacques), « Le droit étatique des minorités religieuses », *Les cahiers du Droit*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 57 (DOI : 10.7202/042723r).

37 Voir DORVILLE (Henri) et GUTTMAN (Herta), « 35 ans de désinstitutionalisation au Québec, 1961-1996 », Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, 1997 (http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/1997/97_155a1.pdf).

38 Voir BACHAND (Alain), *L'imposture de la maladie mentale, Critique du discours psychiatrique*, Éditions Liber, 2012.

l'accent sur la place centrale de l'interaction entre les facteurs personnels et environnementaux, des habitudes de vie ou du degré de participation sociale. Plutôt qu'une caractéristique rattachée à une personne ou un certain regard social discriminant, le handicap est la résultante d'une interaction/influence mutuelle d'un ensemble de facteurs en perpétuelle évolution dans un équilibre fragile, tel un funambule sur son fil⁴¹.

Le modèle PPH développé par Fougeyrollas et ses collaborateurs oppose ainsi une vision plus holistique et interactionnelle du handicap et remplace le modèle linéaire de Wood, qui faisait considérer le désavantage ou préjudice (social) comme une conséquence directe et nécessaire d'un trouble ou d'une maladie organique en sous-estimant, en raison d'arguments unidirectionnels, l'interdépendance du préjudice social avec les limitations fonctionnelles et troubles organiques qui s'influencent, se renforcent ou s'atténuent réciproquement.

III. Une approche systémique

S'inspirant des travaux de Fougeyrollas sur le développement humain, l'Organisation mondiale de la santé révisé en 2001 sa Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF)⁴² en combinant les deux modèles (social et biomédical) du handicap dans une perspective systémique. Le handicap y est mis en opposition avec son aspect positif, le fonctionnement, terme générique se rapportant aux fonctions organiques, aux activités de la personne et à la participation au sein de la

société⁴³. Par contraste, le handicap est de portée moins générique et désigne les déficiences, les limitations des activités ou les restrictions de participation⁴⁴. La cible se déplace désormais des « *conséquences de la maladie* » (version de 1980) aux « *composantes de la santé*⁴⁵ ». Celles-ci sont au nombre de deux : le fonctionnement et le handicap, d'une part, puis les facteurs contextuels, d'autre part. La composante « fonctionnement et handicap » comprend les fonctions des systèmes organiques et structures anatomiques ainsi que les différents aspects (individuels et sociaux) du fonctionnement lié aux activités et à la participation (ou leurs limitations). La composante des facteurs contextuels regroupe une liste de facteurs environnementaux liés au cadre de vie d'une personne qui sont susceptibles d'avoir un impact sur son fonctionnement et son handicap. Certains facteurs d'ordre personnel, quoique mentionnés, ne sont pas intégrés dans la CIF en raison des importantes variations sociales et culturelles qui leur sont associées.

Ainsi, la notion de fonctionnement « *ne s'applique pas aux seules fonctions organiques, comme dans le cadre du modèle biomédical, mais renvoie à l'ensemble des fonctions de la personne humaine, c'est-à-dire les fonctions organiques, les fonctions liées aux activités de la personne et les fonctions qui permettent sa participation au sein de la société*⁴⁶ ». Le handicap résulte ainsi de trois niveaux de dysfonctionnement.

41 FOUGEYROLLAS (Patrick), *La funambule, le fil et la toile : transformations réciproques du sens du handicap*, Presses de l'université Laval, p. 6-7.

42 OMS, « Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) », Genève (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42418/1/9242545422_fre.pdf).

43 *Ibid.*, p. 3.

44 *Ibid.*, p. 3.

45 *Ibid.*, p. 4.

46 JAMET (Franck), *supra* note 19, p. 167.

IV. La pertinence d'une perspective systémique du préjudice

L'évolution des représentations sociales et officielles (OMS) nous montre une compréhension de plus en plus holistique et pluridimensionnelle du concept de handicap depuis l'avènement de la clinique au cours du XIX^e siècle. À l'origine strictement occasionné par un trouble organique personnel et relié à ce dernier, le handicap est dorénavant conçu comme la résultante d'une interaction entre des facteurs multiples qui se renforcent, se tempèrent ou s'annulent réciproquement. Pour être considérée comme handicapante, cette résultante doit démontrer certaines restrictions dans la participation aux activités sociales et de vie quotidienne, et ce, eu égard à l'âge de la personne, ses occupations (professionnelles), ses habitudes de vie, les moyens compensatoires disponibles, l'évolution de sa maladie et beaucoup d'autres facteurs personnels et environnementaux.

Il s'agit d'un fardeau de preuve très similaire à ce qui est requis pour démontrer un préjudice juridique dans toute action en responsabilité civile ou délictuelle. Le préjudice s'évalue en comparant, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes particulières à la victime, sa situation personnelle à la fois avant et après la commission de la faute. Si l'exercice de comparaison donne une résultante négative, la victime a démontré l'existence d'un préjudice, et l'impératif de compensation s'amorce en conséquence.

Seules contraintes à cette appréciation ou exercice de comparaison : d'une part, le relativisme du préjudice admissible à compensation et, d'autre part, une évaluation essentiellement quantitative.

D'abord, l'existence d'un préjudice s'apprécie exclusivement au regard de la situation de la victime. Il ne s'agit pas de comparer son sort à la moyenne de la

population, voire d'une catégorie particulière de cette population. Il incombe à la victime d'établir que sa position actuelle lui est plus désavantageuse que celle qu'aurait été la sienne, n'eût été la faute du médecin ou de tout autre défendeur. Est non pertinent l'argument voulant que malgré la faute et le désavantage subjectif qu'a subi la victime, sa situation présente demeure, objectivement parlant, beaucoup plus avantageuse que celle de bien d'autres personnes. À cet égard, le modèle systémique du handicap comme préjudice fonctionnel donne un éclairage sur la manière dont est établi un désavantage subjectif. Celui-ci dépend également de la perception de la victime de ce qui lui convient en fonction de ce qu'elle estime être des impératifs contextuels facilitateurs ou obstacles. En toute objectivité ou dans l'absolu, la naissance d'un enfant s'avère un événement neutre comme tout autre. Son impact net dépend intimement de la situation (sentimentale, financière) des familles, du désir et de l'âge des parents, de la pression exercée par l'entourage, du regard de la communauté, et ce, indépendamment de l'état de santé (biologique) du nouveau-né. Or, même dans les ressorts américains ayant reconnu limitativement l'admissibilité des actions pour préjudice de vie, rares sont ceux qui acceptent un préjudice de vie qui soit indépendant de tout défaut physique ou génétique ; un peu comme la CIH dans sa version de 1980 qui relie strictement le désavantage social considéré comme handicapant à l'existence d'un trouble intrinsèque en tant que conséquence d'une maladie (physique ou mentale) diagnostiquée. Nous avons vu que ce lien de causalité simpliste et unidirectionnel a été réaménagé dans la CIF de 2001 au profit d'une relation en boucle résultant de l'interaction entre les déficiences anatomo-cliniques et les problèmes de santé, d'une part, mais aussi les facteurs environnementaux et personnels ainsi que les besoins de la personne (participation aux activités), d'autre part. Étant donné la part

de subjectivité requise dans la comparaison entre deux situations personnelles à la lumière de toutes les circonstances particulières à chaque cas d'espèce, une perspective systémique nous permettra d'apprécier dans quelle mesure les juges tiennent compte ou sont prêts à considérer la diversité des facteurs qui peuvent contribuer à la cristallisation d'un préjudice net, qu'ils en fassent mention dans le rapport des faits (pertinents) ou encore à titre de justificatifs pour accorder, refuser, limiter, voire réserver, un chef d'indemnisation.

Au début des années 1960, la cour d'appel de l'Illinois s'était montrée réticente à reconnaître un handicap d'ordre strictement social pour rejeter l'action d'un enfant contre son père biologique malgré qu'aient été *a priori* remplies toutes les conditions nécessaires à la réussite d'un recours en responsabilité civile délictuelle⁴⁷. *Stricto sensu*, il ne s'agit (toujours) pas d'un handicap au sens usuel du terme – ni suivant le modèle biomédical ni suivant le modèle social –, mais plutôt d'un préjudice (social) résultant d'une discrimination fondée sur la situation familiale.

Alors que la conception même du handicap évolue et s'interprète de plus en plus largement, en incluant une composante sociale et environnementale au-delà des strictes déficiences physiologiques, le présent travail reprend la vision englobante du handicap telle qu'élaborée par la CIF pour apprécier le seuil et la nature du préjudice admissible à indemnisation dans les actions pour préjudice de vie ou en « *wrongful life* ». Un préjudice admissible peut ainsi être défini comme tout problème de santé à l'origine de dysfonctionnements organiques susceptibles d'affecter les activités et la participation de l'individu dans sa relation avec l'environnement, y compris les facteurs personnels.

Sur ce, la gravité du préjudice peut s'apprécier suivant les deux pôles – biomédical et social – dépendamment de l'accent mis par les décideurs sur l'un ou l'autre d'entre eux. Les premières actions judiciairisées en « *wrongful life* » se sont limitées aux cas les plus sévères, ceux impliquant des dysfonctionnements physiologiques (génétiques) irréversibles et nécessairement invalidants sur le plan social. Il serait intéressant de voir l'évolution de la jurisprudence sur la nature du lien (par exemple : existant, suffisant, plus ou moins ténu) entre les déficiences physiologiques et l'inadaptation sociale quand vient le temps de statuer sur les dommages à allouer pour les « *wrongful life* ».

Encore faut-il que ce désavantage subjectif net soit quantifiable ou, à tout le moins, objectivement compréhensible (préjudice moral). Une autre contrainte à laquelle font face les tribunaux, depuis la fameuse mise en garde du magistrat Cardoso et au-delà, est le risque d'une « *liability to an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*⁴⁸ » (« somme indéterminée pour une durée indéterminée à une catégorie indéterminée »). De même que l'OMS hésite à sanctionner l'existence d'un handicap qui serait totalement indépendant d'un problème de santé organique, les juges s'en tiennent à ce qui peut être chiffré sur une base objective, telle qu'une perte de salaire équivalente aux journées de travail perdues lors de l'hospitalisation, la diminution totale ou partielle de la capacité de gain consécutive à un problème de santé empiétant sur la capacité du travailleur d'occuper le même type d'emploi, les déboursés médicaux passés et à venir, le coût des services de réadaptation, de réaménagement du domicile ainsi que de soutien aux activités de vie quotidienne et domestique, etc. Le préjudice, une fois admis en Droit, se traduit concrètement par une perte

47 Zepeda c/ Zepeda, *supra* note 1.

48 *Ultramares Corporation c/ Touche*, (1932) 174 NE 441.

d'ordre financier qui est quantifiée, et ce, à l'exception du préjudice moral. Ce dernier se limite en général à une somme modeste en raison du risque d'exagération et d'arbitraire inhérent à un barème trop subjectif. Encore une fois, dans une optique systémique, il serait intéressant d'apprécier dans quelle mesure la difficulté d'évaluer l'étendue du préjudice sur un plan quantitatif impacte sur la volonté du juge d'en admettre la recevabilité. Cette question se pose avec une acuité particulière s'agissant de discriminations systémiques qui affectent davantage les « handicaps » plus sociaux que biologiques. Alors que le contexte social est de plus en plus favorable à l'égalité de tous les enfants indépendamment des circonstances de leur naissance, atténuant par là même les stigmates d'une naissance adultérine ou hors mariage, les nouvelles possibilités techniques qu'offrent les avancées médicales quant au recours aux mères porteuses ou aux procréations médicalement assistées peuvent être sources de surprises, de stress et d'inconvénients pour de futurs parents en cas de substitution accidentelle de gamètes, entre autres exemples.

V. Les limites de la perspective systémique

Nous sommes conscients qu'une analyse centrée sur la notion de préjudice (juridique), quelque élargie qu'elle soit, peut s'avérer réductrice en omettant de tenir compte du volet « faute » ou « manquement au devoir de diligence », dont l'analyse se situe en amont, ainsi que de l'appréciation de l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

En effet, les préoccupations reliées à la (non-)banalisation des recours pour préjudice de vie peuvent par ailleurs paraître dans une appréciation plus ou moins stricte ou libérale de l'occurrence de la faute dans un cas donné. Cette analyse, en soi, laisse une discrétion significative au juge d'instance pour évaluer, à

la lumière des éléments de preuve soumis, des débats d'experts, témoignages contradictoires et, en rétrospective, si le médecin a adéquatement informé la patiente par rapport aux risques d'anomalies fœtales et de certains tests de dépistage (par exemple : amniocentèse), si tous les renseignements pertinents ont été donnés quant à l'opportunité d'interrompre ou de continuer une grossesse, si l'opération a été effectuée dans les règles de l'art, etc. En l'absence de faute, il n'est plus nécessaire de poursuivre l'analyse quant à l'admissibilité du préjudice ou au *quantum* des dommages subis.

L'existence d'un lien de causalité au cas par cas peut également être influencée par des considérations de politique judiciaire. Malgré l'existence d'un handicap congénital, en dépit de la faute ou de la négligence du médecin, la mère l'ayant su aurait-elle choisi d'interrompre sa grossesse en toute connaissance de cause ? Dans la négative, la naissance de l'enfant (non désiré) ne pouvant être évitée, aucun lien de causalité ne s'établit entre la faute et le préjudice. Là encore, l'appréciation de la crédibilité de son témoignage rétrospectif va au-delà d'un simple « oui » catégorique, mais laisse une fois de plus une grande marge de manœuvre au juge d'instance pour rechercher une corroboration circonstancielle et à la lumière de toutes les preuves administrées disponibles.

Malgré ces limitations, puisque les réticences formulées par la jurisprudence américaine quant à l'admissibilité des actions pour préjudice de vie tournent autour de l'admissibilité de la vie comme préjudice, nous avons choisi de mettre l'accent sur le volet « préjudice ». Évalué dans une perspective systémique incluant les déterminants biologiques (congénitaux), personnels et sociaux, dans quelle mesure et à quelles conditions sommes-nous prêts à considérer la vie (naissante) comme un préjudice ?

A. VOILLEMET, docteur en droit privé et sciences criminelles, université catholique de Lille, C3RD

L'obligation de signalement : une solution à la responsabilité disciplinaire du médecin et à la protection du mineur maltraité ?

The mandatory reporting: a solution to the disciplinary responsibility of the physician and to the protection of the abused minor?

RÉSUMÉ : L'obligation de signalement des maltraitances infantiles par le médecin est une proposition régulièrement débattue, mais jamais consacrée. Elle est à la fois présentée comme un remède à la multiplication des poursuites disciplinaires du médecin et à la protection de l'enfant violenté. Pourtant, la solution à ces enjeux résiderait principalement dans l'évolution du Code de déontologie médicale.

ABSTRACT: The mandatory reporting of child maltreatment by the physician is a legal proposal which is regularly debated, but never applied. It is presented both as a solution for the proliferation of disciplinary proceedings against the physician and for the protection of the abused child. However, the remedy to these issues would consist in reforming the Code of Medical Ethics.

MOTS-CLÉS : obligation de signalement – maltraitances infantiles – responsabilité disciplinaire

KEYWORDS: mandatory reporting – child abuse – disciplinary responsibility

1. Le médecin qui, à l'occasion de l'exercice de son art, suspecte des violences physiques, sexuelles ou psychiques infligées à un mineur dispose de deux options : les dénoncer ou garder le silence. En toute impunité, le médecin bénéficie du droit de rompre le secret professionnel par la divulgation des faits infractionnels commis à l'encontre du mineur¹ comme du droit de taire les maltraitances dont il a professionnellement connaissance². Il en ressort que « *le professionnel qui ne révèle pas ne peut pas être poursuivi pour non-dénonciation, tout comme celui qui révèle ne peut être poursuivi pour violation du secret professionnel*³ ». Compte tenu de cette faculté, il lui appartient de trancher,

en conscience, le dilemme éthique des intérêts en présence. Confronté à une telle situation, le médecin doit inéluctablement choisir entre la protection du secret dont il est dépositaire ou la protection de l'enfant violenté par le biais du signalement.

2. En dépit de cette liberté de conscience, le médecin qui opte pour la dénonciation des sévices physiques ou psychiques constatés sur un patient mineur n'est pas préservé de toute poursuite ordinaire. En l'occurrence, plusieurs pédopsychiatres ont emprunté le chemin des médias pour exposer les sanctions disciplinaires prononcées à leur encontre à la suite de la révélation de suspicions de maltraitances infantiles auprès des autorités administratives et judiciaires⁴. Nonobstant l'im-

1 Art. 226-14, al. 1, 2°, du C. pén.

2 Art. 434-3, al. 3, du C. pén. ; art. R. 4127-44, al. 2, du CSP.

3 GUÉRY (Christian), « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *Recueil Dalloz*, n° 41, 2001, p. 3293.

4 Voir : DJITLI (Leila), GEOFFROY (Emmanuel), « Enfants maltraités : les pédopsys sous pression », *Les pieds sur terre*, France Culture, 24 janvier 2022 (www.radiofrance.fr).

munité disciplinaire pour manquement à l'obligation de secret professionnel⁵, le signalement peut amener les juridictions ordinaires à condamner le médecin soucieux de la protection du mineur victime de violences. Pour cause, l'immunité afférente au signalement suppose que cette alerte soit réalisée conformément aux dispositions du Code pénal ainsi que dans le respect de la déontologie médicale. Autrement dit, « *si le signalement de sévices ne peut, en lui-même, être reproché au médecin, les conditions dans lesquelles il l'a fait peuvent relever de la procédure disciplinaire*⁶ ».

3. Cette ambiguïté juridique semble dissuader la dénonciation des maltraitements infantiles repérés par le médecin dans l'exercice de ses fonctions. En effet, seuls 2 à 5 % de ces professionnels seraient à l'origine du nombre total des signalements de privations, de mauvais traitements et d'atteintes sexuelles infligés à un mineur⁷. Si ce n'est la crainte d'une sanction disciplinaire, pourquoi le médecin prioriserait-il le secret professionnel sur les intérêts de l'enfant maltraité ? Eu égard aux insuffisances normatives entourant le signalement, le corps médical plaide assidûment pour l'instauration d'une obligation de signaler en contrepartie d'une protection juridique⁸. Selon les professionnels médicaux, cette solution sécuriserait leur activité et serait propice au signalement. Il existerait donc

une corrélation entre la protection des médecins et celle des enfants maltraités.

4. À son tour, la création d'une obligation de signalement à la charge du médecin est fréquemment débattue au sein du Parlement. Récemment, cette proposition a fait l'objet de nouvelles discussions dans le cadre du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁹. Deux amendements, adoptés en première lecture par le Sénat, édifiaient une obligation pour le médecin de signaler sans délai toute présomption de violences physiques, sexuelles ou psychologiques imposées à un mineur au procureur de la République. Toutefois, ces initiatives furent abandonnées en commission mixte paritaire. Pas moins de deux années plus tard, l'examen de la proposition de loi visant à protéger les victimes de violences conjugales¹⁰ a permis de renchérir ce débat. Un amendement proposant d'obliger les professionnels de santé à signaler les suspicions de violences sur mineur au procureur de la République a été rejeté lors de la première lecture du texte au Sénat.

5. Parallèlement à ces entreprises normatives, les pouvoirs publics se sont engagés dans la lutte contre les violences sexuelles infligées aux mineurs. C'est ainsi que la Commission indépendante sur l'inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (CIIVISE) a été mise en place le 23 janvier 2021. Conformément à la lettre de mission signée par le secrétaire d'État chargé de l'enfance et des familles, cette Commission a rendu les conclusions intermédiaires de ses travaux au premier semestre 2022. Afin de renforcer la protection de ces victimes, la CIIVISE a émis vingt préconisations

5 Art. 226-14, al. 2, du C. pén.

6 « Pouvoir du conseil de l'Ordre des médecins et obligations des médecins », M. MAHÉAS (Jacques), question écrite, n° 583, *JO Sénat*, 11 juillet 2002, p. 1559 et réponse du ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, *JO Sénat*, 17 octobre 2002, p. 2405.

7 HAS, « Maltraitance des enfants : y penser pour repérer, savoir réagir pour protéger », dossier de presse, 17 novembre 2014.

8 BONNET (Catherine), DE MONTGOLFIER (Éric), CHABERNAUD (Jean-Louis), « Pour une obligation de signaler, dans l'intérêt de l'enfant maltraité », *Le concours médical*, n° 02, 2016, p. 165-167.

9 Projet de loi n° 778 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 mars 2018.

10 Proposition de loi n° 2478 visant à protéger les victimes de violences conjugales, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 décembre 2019.

dont certaines appellent des modifications législatives. En effet, cette dernière soutient « *l'obligation de signalement des enfants victimes de violences sexuelles par les médecins*¹¹ » en contrepartie de la suspension des poursuites disciplinaires à leur encontre « *pendant la durée de l'enquête pénale pour violences sexuelles contre un enfant*¹² ». Bien que ces recommandations soient propres aux violences sexuelles, elles relancent inévitablement l'épineuse question de l'obligation, pour le médecin, de signaler les suspicions de maltraitements infantiles¹³.

6. Faute de solution consensuelle, et malgré les recommandations du Conseil de l'Europe¹⁴, le législateur français n'a jamais tranché le conflit entre l'obligation de secret professionnel et l'obligation de dénoncer les sévices infligés à un mineur. À l'heure où les médecins dénoncent publiquement leurs sanctions disciplinaires consécutives à la protection des mineurs en danger, les préconisations formulées par la CIIVISE inciteront-elles les parlementaires à franchir le pas ? Le cas échéant, la consécration d'une obligation de signalement procurerait-elle davantage de protection au médecin et, consécutivement, au mineur ? De toute évidence, une telle mesure entraînerait l'anéantissement de l'option de conscience du médecin (I). Si la disparition de ce dilemme éthique pouvait

éventuellement accroître la protection du mineur maltraité, elle ne saurait garantir l'irresponsabilité disciplinaire du médecin protecteur (II). Dès lors, il convient d'examiner l'opportunité de cette incitation.

I. L'anéantissement de l'option de conscience du médecin

7. En l'état du droit positif, le médecin qui suspecte des maltraitements infantiles a la faculté de transgresser le secret professionnel (A). Cependant, « *les discours ambiants [...] exercent une pression en faveur du signalement*¹⁵ ». L'option de conscience pourrait donc laisser place à une obligation de dénonciation (B).

A. La faculté de révéler les suspicions de maltraitements infantiles

8. Le signalement effectué par un médecin correspond encore à une dérogation facultative à l'obligation de secret professionnel. Par principe, ce dernier oblige son dépositaire au silence à l'égard de toute information dont il a eu connaissance par état, par profession ou dans le cadre de ses fonctions. Tout professionnel n'est manifestement pas astreint à une obligation de se taire. Il n'y est soumis qu'à l'instant où une disposition légale le prévoit¹⁶. C'est alors que l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique impose à chaque professionnel intervenant dans le système de santé une obligation de secret couvrant l'ensemble des informations relatives au patient venues à sa connaissance. Par l'effet de la loi, le médecin se trouve donc tenu au secret

11 CIIVISE, « Violences sexuelles : protéger les enfants, Conclusions intermédiaires », 31 mars 2022, p. 36.

12 *Ibid.*, p. 38.

13 CARRÈRE (Maryse), DEROCHE (Catherine), MERCIER (Marie), MEUNIER (Michelle), « Rapport d'information n° 304 fait au nom de la commission des Lois et de la commission des Affaires sociales sur l'obligation de signalement par les professionnels astreints à un secret des violences commises sur les mineurs », enregistré le 5 février 2020 à la présidence du Sénat.

14 Conseil de l'Europe, « Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur les stratégies nationales intégrées de protection des enfants contre la violence, 18 novembre 2009 », annexe 1 de la Recommandation CM/Rec(2009)10.

15 PY (Bruno), « De la violation du secret professionnel : essai de légistique progressiste », in MALABAT (V.), de LAMY (B.), GIACOPELLI (M.), dir., *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, octobre 2009, p. 93.

16 PELTIER (Virginie), « Révélation d'une information à caractère secret, Conditions d'existence de l'infraction, Pénalités », *JurisClasseur Pénal*, mai 2015, fasc. 20, actualisé en mai 2021.

de toute information personnelle concernant le patient obtenue lors de l'exercice de sa profession.

9. En cas de transgression, le médecin risque d'engager sa responsabilité pénale¹⁷. En effet, le secret professionnel se conçoit comme une règle d'ordre public instituée « *non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire*¹⁸ ». Le secret professionnel participe donc à la confiance de la société envers le système de santé ainsi qu'à la confiance du patient envers le médecin. De surcroît, ce secret tend à protéger le droit au respect de la vie privée du patient. En ce sens, il s'analyse comme un droit subjectif à la confidentialité dont le patient peut se prévaloir¹⁹. Lorsque la violation du secret par le médecin porte atteinte à la sphère d'intimité du patient, ce dernier peut en demander la réparation en justice²⁰. Il en ressort que le secret professionnel est une notion ambivalente qui remplit différentes fonctions.

10. Par ailleurs, les règles déontologiques soumettent certaines professions au secret professionnel. En particulier, l'article 4 du Code de déontologie médicale dispose que « *le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi* ». Alors que « *le célèbre serment d'Hippocrate reste une trace objective de l'antériorité d'une règle déontologique*

sur une règle juridique²¹ », le Conseil national de l'Ordre des médecins a calqué les contours de ce devoir ancestral sur le périmètre légal et contemporain du secret professionnel. Il n'en demeure pas moins que sa violation expose le médecin à des poursuites disciplinaires. Certainement, les manquements à la déontologie médicale sont assortis de sanctions, telles que l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer la médecine et la radiation du tableau de l'Ordre, mises en œuvre par les juridictions ordinaires.

11. Bien que la notion de secret professionnel soit difficile à appréhender²², l'harmonisation de ses conditions légales et déontologiques devrait faciliter son interprétation par le médecin. Seulement, son application pratique n'en est pas moins hasardeuse. En dépit de son caractère originellement absolu²³, cette notion relative est accompagnée de nombreux tempéraments légaux complexes à articuler et qui tendent à la fragiliser. En effet, les permissions de divulguer le secret professionnel dans l'intérêt des victimes d'infractions ne cessent de se multiplier²⁴. L'article 226-14 du Code pénal indique que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* » et permet au professionnel de rompre le silence dans cinq hypothèses de signalement. Spécifiquement, le législateur autorise le médecin à porter à la connaissance

21 PY (Bruno), « Le devenir du secret professionnel médical en présence de violences intrafamiliales », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, n° 30, numéro spécial, 2021, p. 57-60.

22 PY (Bruno), « Réquisitoire contre l'expression de secret médical : plaidoyer pour l'expression de secret professionnel », *RDS*, n° 50, hors-série, 2013, p. 165.

23 Cass. crim., 19 décembre 1885, *Watelet*, *Bull. crim.*, n° 363, 1885, *D.*, 1885, p. 345 et *S.*, 1886, p. 86 ; Cass. crim., 8 mai 1947, *Decraene*, *Bull. crim.*, n° 124, 1947.

24 PY (Bruno), « Cent ans de secret professionnel », *RDS*, n° 100, 2021, p. 230-250.

17 Art. 226-13 du C. pén.

18 ZORN-MACREZ (Caroline), *Données de santé et secret partagé, Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 85-86.

19 BIOY (Xavier), LAUDE (Anne), TABUTEAU (Dier), *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 295.

20 CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, vol. 1, Presses universitaires de France, 14^e éd., 1982, p. 341-343.

du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être (CRIP), les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises à l'encontre d'un mineur²⁵.

12. Identiquement, l'article 44 du Code de déontologie médicale énonce que le médecin qui discerne des sévices ou des privations infligées à un mineur en « *alerte les autorités judiciaires ou administratives, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience* ». Dans le sillon des dispositions pénales, les règles déontologiques autorisent également une rupture du secret professionnel lorsqu'il s'agit, pour le médecin, de protéger le mineur maltraité. Étant donné que le secret professionnel s'impose au médecin dans les conditions établies par la loi, cette permission déontologique doit être mise en œuvre conformément aux dispositions de l'article 226-14 du Code pénal. Autrement dit, le procureur de la République incarne l'autorité judiciaire pendant que la CRIP représente l'autorité administrative. Dès lors que l'ensemble de ces conditions sont dûment respectées, le signalement en violation du secret médical « *ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi*²⁶ ». Dans l'hypothèse où le médecin déciderait de signaler des maltraitements sur mineur aux autorités compétentes, une immunité pour révélation du secret professionnel lui serait donc assurée.

13. Tandis que le médecin a la possibilité de rompre son obligation de silence

pour dénoncer les maltraitements infligés à des enfants, il peut tout autant maintenir le secret au sein du colloque singulier. Le droit pour le médecin de taire les maltraitements infligés à un mineur est affirmé à l'article 434-3 du Code pénal. Alors que quiconque en ayant connaissance a l'obligation, sous peine de sanctions pénales, de les dénoncer aux autorités compétentes, le législateur a précisé que les professionnels soumis au secret en étaient exemptés. De la même façon, la déontologie médicale laisse au médecin le soin d'apprécier l'opportunité d'un signalement en conscience²⁷. Il résulte de l'articulation de ces dispositions que le secret professionnel justifie, pour le médecin, tout défaut de dénonciation de suspicions de violences sur mineur. Il n'y a ainsi « *ni silence coupable ni révélation illicite*²⁸ ».

14. La dérogation facultative au secret professionnel apparaît-elle suffisante au regard de la lutte contre les maltraitements infantiles ? Selon toute vraisemblance, la sous-révélation médicale des présomptions de violences infligées au mineur laisse à penser que le médecin favorise le secret professionnel. Bien qu'il jouisse d'une option de conscience, le médecin n'aurait-il pas la responsabilité de révéler les faits infractionnels qu'il suspecte dès lors que l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu ? Sans conteste, la Haute Autorité de santé (HAS) estime que le repérage précoce des violences faites aux enfants « *permet de sauver des vies*²⁹ ». À cet effet, il apparaît que « *les professionnels de santé et plus particulièrement les médecins font partie des acteurs de proximité les plus à même de reconnaître les signes*

²⁷ Article R. 4127-44, al. 2, du CSP.

²⁸ ALT-MAES (Françoise), « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC*, n° 2, 1998, p. 301.

²⁹ HAS, « Maltraitance des enfants : y penser pour repérer, savoir réagir pour protéger », dossier de presse cité.

²⁵ Art. 226-14, al. 1, 2°, du C. pén.

²⁶ Art. 226-14, al. 2, du C. pén.

évaluateurs d'une maltraitance ainsi que les situations à risque³⁰ ». Le médecin se place donc au niveau du premier maillon de la chaîne de protection du mineur maltraité. En conséquence, « *il serait paradoxal que les personnes les mieux placées et les plus qualifiées pour intervenir n'aient pas à réagir les premières*³¹ ». À l'instar de l'obligation pour le citoyen de dénoncer les violences infligées au mineur, le médecin ne devrait-il pas y être également obligé ?

B. La volonté d'obliger à la dénonciation des suspicions de maltraitements infantiles

15. Le secret professionnel préserve le médecin qui n'aurait pas protégé les intérêts du mineur maltraité au moyen du signalement. En effet, l'option de conscience lui offre la liberté de choisir les procédés qui lui semblent appropriés à la protection de l'enfant victime de violences. Si aucune obligation de dénoncer ne peut être opposée au médecin³², ce dernier a néanmoins l'obligation légale de porter assistance au mineur en péril³³. Par tout moyen, il lui appartient de prêter secours au mineur, personnellement ou indirectement, dans l'espoir de faire cesser le mal imminent. D'une manière quelque peu semblable, les règles de déontologie médicale font du médecin « *le défenseur de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage*³⁴ ». Lorsque le mineur se trouve en situation de danger ou qu'un péril le menace, le médecin a le devoir déontologique d'agir en faveur de sa sauvegarde. En revanche, l'assistance

portée au mineur n'emporte aucune obligation de dénoncer les suspicions de violences subies.

16. L'obligation d'agir face à un péril imminent n'occasionne pas nécessairement la violation du secret professionnel. Il semble que, « *dans la plupart des cas, le professionnel pourra être utile à l'enfant sans violer le secret auquel il est tenu, ne serait-ce qu'en anonymisant son intervention [...], en veillant personnellement à éloigner l'enfant d'un entourage ou d'un milieu nuisible ou en provoquant des mesures en ce sens, y compris par des subterfuges*³⁵ ». En outre, le médecin peut notamment provoquer un secours en procédant à l'hospitalisation du mineur, en particulier au sein d'une unité d'accueil pédiatrique d'enfants en danger. Cependant, lorsque le moyen de protection le plus efficace implique la rupture du secret professionnel, l'obligation de porter assistance au mineur en péril justifie pénalement cette violation³⁶.

17. Quand la situation de maltraitements sur mineur fait craindre un péril imminent, le signalement aux autorités compétentes ne représente-t-il pas la meilleure action pour lui prêter secours ? En cas de violences intrafamiliales ou institutionnelles, l'absence de signalement du médecin aura pour seul effet de reporter cette charge sur l'acteur au moyen duquel il aura provoqué un secours temporaire. Par exemple, si l'hospitalisation demandée par le médecin permet de satisfaire à son obligation de porter assistance à une personne en péril, seul le signalement auprès des autorités compétentes peut secourir le mineur d'une situation de maltraitance chronique. Au terme de l'hospitalisation, le personnel hospitalier n'aura d'autre choix, pour prêter durablement secours au mineur, que de dénoncer les faits infractionnels aux autorités

30 *Ibid.*

31 MAYAUD (Yves), « Des mauvais traitements sur mineurs de 15 ans et de leurs retombées, en termes de secours et de dénonciation, sur les professionnels de la santé et de l'assistance », *RSC*, n° 2, 1998, p. 320.

32 Cf. § 13 de cet article.

33 Art. 223-6, al. 2, du C. pén.

34 Art. R. 4127-43 du CSP.

35 PY (Bruno), « Cent ans de secret professionnel », art. cit.

36 Art. 122-7 du C. pén.

compétentes. Il en résulte « *un mélange des genres entre les obligations de faire et de dire, entre les délits de non-assistance à personne en péril et de non-dénonciation de mauvais traitements*³⁷ ».

18. Pour cause, les présomptions de violences physiques, sexuelles ou psychiques commises sur un mineur ne laissent-elles pas présager un péril imminent pour sa vie ou sa santé ? Alors que certaines maltraitances correspondent à des faits anciens et révolus, près de la majorité des maltraitances infantiles sont consommées dans un cadre intra-familial ou institutionnel³⁸ et régulièrement renouvelées³⁹. La simple suspicion de maltraitances infantiles permet ainsi de supposer un péril réel et imminent. Certainement, la constatation de sévices par le médecin présage une potentielle réitération qu'il convient de prévenir. Pour Christian Guéry, « *si le péril se confond avec les conséquences de l'infraction qu'on n'avait pas obligation de révéler, alors agir c'est dire, secourir c'est révéler*⁴⁰ ». En considération de ce qui précède, la HAS affirme que « *le professionnel de santé doit réagir, sans être certain de la maltraitance et sans chercher à en apporter la preuve. Comme n'importe quel citoyen, il a l'obligation de porter assistance à une personne en danger*⁴¹. » Si le signalement des suspicions de violences constitue un moyen incontournable pour protéger le péril qui menace l'enfant maltraité, sa protection ne mérite-t-elle pas la clarification d'une obligation spéciale de signalement à la charge du médecin ?

37 GUÉRY (Christian), art. cit.

38 ONPE (Observatoire national de la protection de l'enfance), « *Quinzième rapport de l'ONPE au Gouvernement et au Parlement* », La documentation française, septembre 2021.

39 CIVISE, rapport cité, p. 24.

40 GUÉRY (Christian), art. cit.

41 HAS, « *Maltraitance des enfants : y penser pour repérer, savoir réagir pour protéger* », dossier de presse cité.

19. Les défenseurs de l'obligation de signalement assurent que l'édification d'une règle claire garantirait la sécurité juridique du médecin protecteur et, conséquemment, la protection du mineur maltraité⁴². D'abord, cette obligation anéantirait l'option de conscience du médecin, lequel n'aurait plus à trancher le conflit entre les différentes valeurs sociales à protéger. Au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴³, le professionnel confronté à un mineur maltraité serait inmanquablement délié de son obligation de secret. Ensuite, la primauté de la dénonciation des présomptions de violences sur mineur annihilerait les hésitations relatives au signalement et, avec elles, le risque de passer sous silence une situation de danger pour ce dernier. Le doute d'une maltraitance suspectée impliquerait alors une alerte. Le médecin serait alors placé en « *position privilégiée pour le repérage systématique*⁴⁴ » des suspicions de violences sur mineur et enclencherait systématiquement la chaîne de protection de l'enfant en danger. Finalement, il semblerait qu'une telle obligation participerait au renforcement de la protection du mineur maltraité, et ce, dans la mesure où elle entraînerait corrélativement une hausse des signalements. La pédopsychiatre Catherine Bonnet explique que, « *sans signalement, les coups, humiliations et agressions sexuelles continuent et [que] les thérapies sont inefficaces*⁴⁵ ». Cependant, une augmentation significative des signalements devrait être accompagnée d'un renforcement des moyens alloués aux services administratifs et judiciaires. La protection du mineur ne saurait lui être garantie

42 CARRÈRE (Maryse), DEROCHE (Catherine), MERCIER (Marie), MEUNIER (Michelle), rapport cité, p. 32-37.

43 Art. 3, al. 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; Cons. const., 21 mars 2019 : n° 2018-768, QPC, D., n° 13, 2019, note PARINET (P), p. 742.

44 CIVISE, rapport cité, p. 35.

45 *Ibid.*

sans un traitement efficace de l'afflux des alertes et une identification rapide des situations réellement dangereuses.

20. En apparence, l'obligation de signalement des suspicions de violences commises sur un mineur favoriserait sa protection. Délisés du secret professionnel, les membres du corps médical n'auraient d'autre solution que de les dénoncer auprès des autorités compétentes. Seulement, un tel affaiblissement du secret professionnel pourrait provoquer des morts⁴⁶. Bruno Py ne cesse de rappeler que « *le secret professionnel est une institution d'intérêt général qui protège d'abord et avant tout la liberté de chacun de s'adresser en confiance à un professionnel, pour nouer une relation de confiance, sans laquelle il n'est pas de soin du corps ni de l'esprit qui soit sincèrement possible*⁴⁷ ». Cette relation de confiance, rendue possible grâce au sceau du secret, est primordiale en cas de violences intrafamiliales. Si le médecin était tenu à une obligation de signalement, l'entourage du mineur renoncerait à l'emmener consulter par crainte d'être automatiquement dénoncé aux autorités⁴⁸. Étant donné que le médecin est un acteur essentiel dans le repérage de la maltraitance infantile, celle-ci risquerait alors de ne plus être détectée. Par suite, les violences pourraient perdurer dans l'opacité jusqu'au décès de l'enfant maltraité⁴⁹.

21. Par ailleurs, l'anéantissement de l'option de conscience pourrait créer de nouveaux cas de responsabilité du médecin. D'une part, il pourrait être condamné pour avoir manqué à son obligation

spéciale de signalement. Ce devoir lui incomberait alors dès les suspicions de maltraitements infantiles. Cependant, en pratique, une telle présomption peut être difficile à caractériser. Empreint au doute quant à l'existence d'une situation équivoque, le médecin pourrait taire des suspicions incertaines et voir sa responsabilité juridique engagée. D'autre part, une obligation spéciale de protection du mineur maltraité au moyen du signalement cantonnerait la révélation du secret au respect des conditions posées par la loi. Partant, aucune poursuite ne serait envisageable à l'encontre du médecin ayant signalé conformément aux règles spéciales⁵⁰. À l'instar de l'article 226-14, alinéa 2, du Code pénal, cet ordre de la loi constituerait un fait justificatif applicable devant les juridictions judiciaires et ordinaires. Cependant, aussi surprenant que cela puisse paraître, le respect des conditions légales de violation du secret professionnel ne garantirait nullement l'irresponsabilité disciplinaire du médecin protecteur.

II. L'absence d'irresponsabilité disciplinaire du médecin protecteur

22. Compte tenu de l'indépendance des poursuites disciplinaires et judiciaires, l'obligation de signalement des suspicions de maltraitements infantiles n'exempterait pas le médecin de toute sanction ordinaire (A). Néanmoins, d'autres solutions que cette injonction l'en préserveraient efficacement (B).

A. L'indépendance des poursuites disciplinaires consécutives au signalement

23. Que le signalement soit facultatif ou obligatoire, l'immunité accordée au

46 PY (Bruno), « Cent ans de secret professionnel », art. cit.

47 PY (Bruno), « Signalement des infractions sexuelles commises en institution », *Juris associations*, n° 530, 2015, p. 29.

48 CARRÈRE (Maryse), DEROCHE (Catherine), MERCIER (Marie), MEUNIER (Michelle), rapport cité, p. 54.

49 ONPE, rapport cité.

50 LACROIX (Caroline), « Secret professionnel : le silence n'est pas toujours d'or », *RDS*, n° 103, 2021, p. 716-718.

médecin ayant dénoncé des suspicions de maltraitements est limitée à la divulgation du secret professionnel. Les irresponsabilités civile, pénale et disciplinaire ne valent que pour les signalements effectués de bonne foi et selon les exigences de forme posées par les dispositions de la loi pénale. Il en ressort que la dénonciation de ces présomptions auprès d'autres destinataires que le procureur de la République ou la CRIP qualifie l'infraction de violation du secret professionnel et constitue un manquement à la déontologie médicale. C'est ainsi que la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins (CDNOM) a prononcé des sanctions d'interdiction temporaire d'exercer la médecine à l'encontre de médecins ayant révélé des présomptions de maltraitements infantiles au juge des enfants. Saisi du pourvoi en cassation, le Conseil d'État a cependant annulé ces décisions. En ces espèces, le juge des enfants était déjà saisi de la situation des enfants maltraités. Dans ces hypothèses particulières, l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que les personnes soumises au secret professionnel qui mettent en œuvre ou apportent leur concours à la politique de la protection de l'enfance sont autorisées à partager entre elles des informations à caractère secret⁵¹. Le juge suprême a alors considéré que les manquements au secret professionnel ne pouvaient être caractérisés. En l'occurrence, il est utile de rappeler que la déontologie médicale conçoit le secret professionnel conformément aux conditions établies par la loi.

24. Indépendamment de l'impunité pour violation du secret professionnel, le médecin demeure responsable des éventuelles transgressions aux règles déontologiques commises à l'occasion d'un signalement, et ce, qu'il soit ou non rendu

obligatoire. Tandis que le respect des conditions de l'article 226-14 du Code pénal rend toute poursuite judiciaire ou disciplinaire impossible⁵², les modalités entourant la dénonciation peuvent être reprochées au médecin par les juridictions ordinaires. En effet, la déontologie médicale édicte des devoirs auxquels le médecin peut facilement contrevenir lorsqu'il effectue un signalement. L'auteur des maltraitements infantiles peut alors « porter plainte auprès du conseil départemental de l'Ordre des médecins contre le médecin qui aura procédé au signalement⁵³ ». Par conséquent, de nombreux praticiens font régulièrement l'objet de poursuites disciplinaires, alors qu'ils ont consciencieusement participé à la protection de l'enfant violenté.

25. En premier lieu, les juridictions ordinaires sanctionnent le professionnel qui a manqué à son devoir de prudence et de circonspection en procédant au signalement auprès des autorités compétentes⁵⁴. D'une part, le médecin qui révèle des suspicions de violences physiques, sexuelles ou psychiques doit présenter les faits comme vraisemblables. Il doit alors veiller à porter à la connaissance du procureur de la République ou de la CRIP des présomptions sans jamais se prononcer sur leur véracité. D'autre part, le médecin qui effectue un signalement doit faire preuve d'une parfaite neutralité. En aucun cas, le médecin ne doit prendre parti : il ne lui appartient pas de qualifier pénalement les suspicions résultant de ses constatations médicales ni d'affirmer la culpabilité de l'auteur qu'il suspecte.

26. En deuxième lieu, les juridictions ordinaires sanctionnent le professionnel qui

52 Sauf à ce qu'il soit établi que le médecin a agi de mauvaise foi.

53 CIIVISE, rapport cité, p. 37.

54 Art. R. 4127-44 du CSP ; CE, 4^e et 6^e SSR, 11 juillet 2001 : n° 214061, *Bonnet, Leb.*, 2001, *RDSS*, n° 4, 2001, note DUBOUIS (L.), p. 702 ; CE, 4^e et 6^e SSR, 11 juillet 2001, n° 214062, *Leb.*, 2001 ; CDNOM, 19 décembre 2006 : n° 9459.

51 Cass. crim., 8 juin 2021 : n° 20-86.000, *Bull. crim.*, 2021 ; *AJ pénal*, n° 09, 2021, note PY (B.), p. 241 ; *Dalloz actualité*, 1^{er} juillet 2021, note CHARLENT (F.).

a délivré un rapport tendancieux ou de complaisance⁵⁵. À ce titre, le médecin doit s'assurer de ne rapporter que des faits qu'il a lui-même constatés. En effectuant un signalement, le médecin ne doit révéler que les éléments qu'il a médicalement observés lors de la prise en charge du patient mineur et qui laissent présumer que des violences ont été commises à son encontre⁵⁶. Ce professionnel peut également rapporter les propos tenus par les personnes qui accompagnent le mineur soumis à son examen médical⁵⁷.

27. En troisième lieu, les juridictions ordinaires sanctionnent le professionnel qui s'est immiscé, sans raison professionnelle, dans les affaires de famille de son patient⁵⁸. Dans le cadre des violences intrafamiliales, l'entourage du mineur est souvent impliqué dans sa prise en charge médicale. Le cas échéant, le médecin justifie de raisons professionnelles à pénétrer dans la vie privée de l'enfant et de sa famille. Il peut notamment rechercher les informations personnelles nécessaires à la bonne compréhension de la situation relative au mineur qu'il prend en charge. Le signalement effectué par le médecin peut également comporter des précisions objectives concernant l'environnement familial du mineur. En revanche, il doit rester impartial dans les rapports qu'il entretient avec le patient et son entourage. Aussi, il ne doit dispenser à l'entourage de l'enfant aucun conseil qui attenterait à sa neutralité dans l'imputabilité des maltraitances infantiles⁵⁹.

28. Force est d'observer que le Code de déontologie médicale édicte des règles

éthiques qui conditionnent les modalités dans lesquelles le signalement doit être effectué. Seulement, le contexte propre aux suspensions de maltraitances infantiles rend leur application délicate pour le médecin. Est-il juste de nuire à l'exercice professionnel d'un médecin qui, pour protéger un enfant maltraité, a formellement attesté qu'il était victime de faits infractionnels commis par un auteur désigné ? Est-il acceptable de briser la carrière d'un médecin qui, pour sauvegarder l'intégrité d'un enfant violenté, a percé l'intimité de sa vie familiale ? Il convient de rappeler que le signalement est une démarche qui consiste à alerter le procureur de la République ou la CRIP afin de protéger un enfant en danger ou risquant de l'être. Quelles que soient les indications données par le médecin, elles ont vocation à repérer les situations à risque afin de provoquer le secours des autorités compétentes. Il leur revient ensuite la tâche d'étudier les signalements du médecin et, le cas échéant, de les considérer. Alors que le législateur encourage le médecin à s'engager dans la lutte contre les maltraitances infantiles, l'Ordre des médecins y contrevient.

29. Pour cause, l'immunité disciplinaire en vigueur ne couvre que le manquement à l'article 4 du Code de déontologie médicale. Cette mesure ne permet donc pas de pallier l'insécurité juridique à laquelle le médecin protecteur est confronté. Il est alors permis « à la chambre disciplinaire de punir des comportements indéliques par référence à des obligations morales d'une grande généralité⁶⁰ ». Ainsi, la faute déontologique peut être caractérisée sans qu'il n'y ait besoin de l'apprécier par rapport à une incrimination précise⁶¹. Il semble donc aisé d'engager la

55 CE, 4^e et 6^e SSR, 11 juillet 2001 : n° 216341, *Salinger, Leb.*, 2001, *RDSS*, n° 4, 2001, note DUBOIS (L.), p. 702 ; CE, 4^e et 6^e SSR, 11 juillet 2001 : n° 214063, *Leb.*, 2001.

56 Art. R. 4127-28 du CSP ; CE, ch. réunies, 5 juillet 2022 : n° 448015, *Leb.*, 2022, *ADJA*, n° 24, 2022, note DE MONTECLER (M.-C.), p. 1360.

57 *Ibid.*

58 Art. R. 4127-51 du CSP.

59 CDNOM, 10 décembre 2020 : n° 14152.

60 DÉCIMA (Olivier), « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal*, n° 07-08, 2012, p. 380.

61 MARTIN (Fabien), « Les chambres disciplinaires des professions de santé », *RDSS*, n° 2, 2016, p. 310.

responsabilité disciplinaire du médecin, *a fortiori* dans des situations aussi complexes que le signalement des suspicions de violences infligées au mineur. En 1998, Françoise Alt-Maes avait présagé que l'irresponsabilité pénale du médecin protecteur de l'enfant violenté entraînerait une substitution de la responsabilité professionnelle à la responsabilité juridique⁶². Cette indépendance des poursuites disciplinaires⁶³ permet à l'agresseur du mineur d'instrumentaliser cette procédure pour nuire au protecteur de sa victime. En tout état de cause, une obligation légale de signalement à la charge du médecin ne le dispenserait pas de ses devoirs déontologiques. Même si la clarification de l'obligation de signalement levait l'ambiguïté entourant l'option de conscience, elle ne prémunirait le médecin contre toute condamnation ordinale.

B. Les remèdes à la responsabilité disciplinaire du médecin protecteur

30. Bien qu'elle puisse présenter certains avantages⁶⁴, l'obligation de signalement ne constitue pas une solution satisfaisante à la sécurité juridique du médecin et à la protection du mineur maltraité. En effet, une dérogation légale et obligatoire au secret professionnel ne préserverait pas le médecin de ses devoirs déontologiques et, subséquemment, de toute poursuite disciplinaire. De surcroît, une telle injonction détériorerait les fonctions du secret professionnel. Affaibli dans sa confiance, le médecin ne se placerait plus en première ligne pour repérer et protéger l'enfant en danger. Compte tenu de ce qui précède, d'autres remèdes au risque de sanction ordinale à l'encontre du médecin protecteur conviennent d'être envisagés.

31. Pour garantir la protection du médecin protecteur de l'enfant violenté, la CIIVISE préconise de suspendre les poursuites disciplinaires ordonnées à son encontre pendant la durée de l'enquête pénale pour maltraitements infantiles⁶⁵. Cette solution semble insuffisante dans la mesure où l'absence de poursuites pénales, comme l'ordonnance de non-lieu ou la relaxe de l'inculpé, ne signifie aucunement que le signalement du médecin était injustifié. Au demeurant, le médecin ne peut être sanctionné pour un signalement infondé, sauf à l'avoir effectué de mauvaise foi dans l'intention de nuire aux intéressés. Le dénouement de l'enquête pénale n'a donc aucune incidence sur les éventuelles poursuites disciplinaires pour manquement aux devoirs déontologiques du médecin. De surcroît, les poursuites disciplinaires sont indépendantes des poursuites pénales. Par suite, les juridictions ordinales peuvent sanctionner un médecin pour des faits qui auront conduit à sa relaxe par le juge pénal. La suspension invoquée par la CIIVISE aurait, pour seul effet, de retarder une potentielle condamnation disciplinaire. Cependant, d'autres solutions aux sanctions ordinales peuvent être présentées.

32. Afin d'échapper à de possibles poursuites disciplinaires, le médecin peut effectuer un signalement en conservant son anonymat. Effectivement, il peut adresser un courrier anonyme aux autorités compétentes ou procéder à une dénonciation téléphonique des présomptions de maltraitements auprès du Service national d'accueil téléphonique de l'enfance en danger (SNATED). Toutefois, ce remède s'avère imparfait. D'une part, une faible minorité des appels anonymes passés au SNATED provient de professionnels⁶⁶. Il apparaît que ce service est

62 ALT-MAES (Françoise), art. cit.

63 CE, 9 mars 1951 : n° 3851, *Sieur Hay, Leb.*, 1951 ; CE, 20 juin 1980 : n° 04397, *Mazouz, Leb.*, 1980.

64 Cf. § 19 et § 20 de cet article.

65 CIIVISE, rapport cité, p. 38.

66 La CIIVISE rapporte qu'en 2020 seuls 5,7 % des appels aux 119 provenaient de professionnels exerçant au contact des enfants : CIIVISE, rapport cité, p. 34.

davantage destiné aux mineurs en danger et à leur entourage. D'autre part, il est opportun que le médecin ayant révélé des présomptions de maltraitements se tienne à la disposition des autorités compétentes afin de pouvoir apporter des suppléments d'information à son signalement⁶⁷. En tout état de cause, un signalement doit pouvoir être effectué sans que le médecin n'ait à cacher son identité par crainte d'être sanctionné par ses pairs pour avoir participé à la protection d'un enfant en danger.

33. L'option de conscience est particulièrement complexe à mettre en œuvre. Tandis que les signes de la maltraitance infantile sont difficiles à détecter, l'ambiguïté de la procédure de signalement la rend compliquée à respecter. Face à des suspicions de violences infligées au mineur, le médecin se trouve alors prédisposé à l'erreur. Afin de pallier les transgressions aux dispositions juridiques et disciplinaires, il convient de renforcer ses connaissances relatives aux modalités du signalement⁶⁸. À cet effet, un module dédié aux maltraitements infantiles, validé par diplôme, devrait être intégré à la formation initiale du professionnel médical⁶⁹. Ensuite, la formation continue du médecin viendrait consolider ses acquis. En complément de ces enseignements, il devrait être continuellement sensibilisé à la mise en œuvre de la protection de l'enfant maltraité. À l'instar des recommandations de la HAS⁷⁰, des informations portant sur les conduites à adopter en cas de suspicions de violences et sur

les règles applicables à leur signalement pourraient être régulièrement diffusées aux professionnels concernés.

34. Alors que le médecin n'est pas théoriquement armé pour gérer une situation de maltraitements infantiles, il se trouve abandonné à sa liberté de conscience. C'est pourquoi tout médecin les suspectant devrait être accompagné dans la résolution du dilemme éthique auquel il est soumis et, le cas échéant, dans la réalisation de leur signalement auprès des autorités compétentes. À cet égard, chaque professionnel ayant de telles présomptions devrait pouvoir saisir le médecin départemental référent en protection de l'enfance⁷¹. En prime, la CIVISE suggère la création d'une Cellule nationale de conseil et de soutien aux professionnels confrontés à des situations de violences sexuelles sur mineur⁷², qui pourrait être élargie aux maltraitements infantiles de toute nature. En préservant l'anonymat de la victime, le médecin pourrait ainsi exposer ses constatations médicales, partager les doutes relatifs à ses suspicions, discuter de la pertinence d'une dénonciation et se faire assister dans la formalisation du signalement. Sans conteste, l'intervention de ces experts sécuriserait la pratique professionnelle du médecin et constituerait un remède à la profusion des condamnations ordinaires. Il en advient que cette étape préalable pourrait opportunément s'ajouter aux conditions du signalement.

35. Malgré une clarification de la procédure de signalement des suspicions de maltraitements infantiles⁷³, leur dénonciation conduit toujours à de nombreuses condamnations disciplinaires qu'une obligation légale ne saurait dénouer. Cette insécurité tient davantage à l'application des devoirs déontologiques du médecin qu'à l'interprétation des

67 CARRÈRE (Maryse), DEROCHÉ (Catherine), MERCIER (Marie), MEUNIER (Michelle), rapport cité, p. 22.

68 Art. 2 de la loi n° 2015-1402 du 5 novembre 2015 tendant à clarifier la procédure de signalement de situations de maltraitance par les professionnels de santé, *JORF*, 6 novembre 2015, texte n° 1.

69 CIVISE, rapport cité, p. 68.

70 HAS, fiche mémo : « Maltraitance chez l'enfant : repérage et conduite à tenir », octobre 2014, actualisée en juillet 2017.

71 Art. L. 221-2, al. 4, du CASF.

72 CIVISE, rapport cité, p. 34.

73 Loi n° 2015-1402, *loc. cit.*

dispositions encadrant la dérogation au secret professionnel. En effet, les juridictions ordinaires se livrent à une appréciation rigoriste de devoirs généraux sans considérer, *in concreto*, la singularité des situations de signalement. De surcroît, l'insuffisance des réformes du Code de déontologie médicale ne permet pas de tenir compte des évolutions législatives et réglementaires. Les règles morales qui y sont consacrées se révèlent désuètes et inadaptées aux récentes stratégies de lutte contre les violences faites aux enfants. Partant, les représentants syndicaux des médecins dénoncent l'absence de cohérence entre le respect de la déontologie médicale édictée par le Conseil national de l'Ordre des médecins et la mise en œuvre de la protection de l'enfant maltraité. La solution ultime

à la responsabilité disciplinaire du médecin protecteur résiderait dans l'évolution du Code de déontologie médicale. Assurément, il apparaît indispensable d'uniformiser l'ensemble des conditions juridiques et déontologiques auxquelles le médecin devrait obligatoirement satisfaire lorsqu'il procède à un signalement. Indépendamment du respect des conditions propres au signalement, aucune faute déontologique ne pourrait plus être reprochée au médecin. Si l'enfant maltraité doit être impérieusement protégé, il convient également de sauver celui qui œuvre à sa mise en sécurité.

L'OBLIGATION DE
SIGNALEMENT :
UNE SOLUTION
À LA
RESPONSABILITÉ
DISCIPLINAIRE
DU MÉDECIN
ET À LA
PROTECTION
DU MINEUR
MALTRAITÉ ?

Sous la direction de :

C. COLLET, doctorante en Droit, université de Lorraine, IFG, EA 7301

1

RESPONSABILITÉS

1 Défaut de scolarisation et absence d'exonération de responsabilité pour l'État

Lack of schooling and absence of exemption from responsibility for the State

CE, 19 juillet 2022 : n° 428311

Julie CHMARGOUNOF, doctorante en Droit, UR-UM 206, université de Montpellier, juriste à l'agence régionale de santé Occitanie

Mots-clés : médico-social – prise en charge – autisme – responsabilité – État – agence régionale de santé

Keywords: medico-social – care – autism – responsibility – State – regional health agency

L'engagement de la responsabilité de l'État pour défaut de scolarisation d'un enfant en situation de handicap ne surprend plus, il en devient même regrettablement classique. Les défaillances de l'État à assurer ce droit suscitent un abondant contentieux. Pour autant, il peut arriver que les juges rejettent la requête de parents qui ne démontrent pas « avoir sollicité en vain l'admission de leur enfant dans l'un des autres établissements » (TA Versailles, 21 février 2019 : n° 1601067). Dans cette affaire, c'est toute la question de l'impact du comportement des parents sur la responsabilité de l'État qui a été analysée par le Conseil d'État.

Une fois de plus, l'État a failli dans sa mission d'assurer le droit à l'éducation. L'enfant E. C., atteint de troubles cognitifs et psychomoteurs évalués à 80 %, a souffert d'une absence de scolarisation de la rentrée scolaire 2011 à janvier 2013. Après plusieurs orientations inadaptées

dans différents types d'établissements (instituts médico-pédagogiques, milieu scolaire ordinaire, classes pour l'inclusion scolaire, unités localisées pour l'inclusion scolaire), la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées du Rhône a décidé, le 9 septembre 2011, d'orienter l'enfant en centre d'éducation motrice. Deux établissements au choix ont été désignés. Tandis que le premier a refusé d'accueillir l'enfant, le second n'a accepté de l'accueillir qu'à compter de 2013.

Les parents ont alors saisi le tribunal administratif de Lyon pour se voir indemniser de leur préjudice estimé à hauteur de 111 226 euros. Le tribunal administratif tout comme la cour administrative de Lyon rejettent leur demande. Cette dernière motive le rejet de la requête au regard du comportement des responsables légaux de l'enfant, lesquels n'avaient pas pris l'attache de l'ensemble

des établissements désignés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) du Rhône. Pour autant, le Conseil d'État va considérer que, même s'ils n'ont pas immédiatement contacté les établissements, ils ont saisi les structures désignées les unes après les autres et procédés à de multiples signalements auprès de l'ARS, la MDPH (Maison départementale pour les personnes handicapées) ou encore l'académie du Rhône. Aussi, « *leur comportement n'est pas de nature à exonérer l'État de sa responsabilité* ». Le Conseil reconnaît la faute de l'État pour l'absence de scolarisation de l'enfant du 9 septembre 2011 au 8 janvier 2013 et leur indemnisation à hauteur de 27 000 euros. Néanmoins, il ajoute que l'État peut engager une action récursoire à l'encontre du ou des établissements fautif(s) ayant refusé d'accueillir un enfant orienté par la CDAPH. Une fois l'indemnisation des victimes déterminée vient l'enjeu de la recherche de la responsabilité. Dans sa décision, le Conseil d'État se livre à une appréciation *in concreto* où l'ensemble des actions menées par les parents sont analysées aux fins de déterminer si celles-ci sont,

ou non, de nature à exonérer l'État de sa responsabilité. Cette analyse ne saurait se limiter à la sollicitation des établissements par les parents. Si cette solution est manifestement protectrice pour les familles, le faible montant des indemnisations allouées continue d'interroger quant à son impact sur les choix politiques en matière de prise en charge des enfants atteints de troubles autistiques (CHMARGOUNOF [Julie], « Il est des carences qui ne cessent de récidiver », *RDS*, n° 98, 2020, p. 1102-1103). De plus, ce contentieux est marqué par la rareté du recours à l'appel. Si la compassion permet d'expliquer ce choix, elle « *dénote un paradoxe révélateur du malaise suscité par ce contentieux* » (KLAUSSER [Nicolas], « Brèves réflexions sur le contentieux de la non-prise en charge des enfants concernés par des syndromes autistiques », *RDSS*, n° 4, 2022, p. 734).

2 Tant que le juge du fond ne s'est pas prononcé, les conclusions de l'expertise ne suffisent pas à exclure toute responsabilité

Until the judge pronounces, the expert's conclusions are not sufficient to exclude any liability

CAA Bordeaux, 8 août 2022 : n° 22BX01010

Jean-Philippe VAUTHIER, maître de conférences, université de Guyane, laboratoire MINEA, UR 7485, chercheur associé à l'institut François-Gény, EA 7301

Mots-clés : établissement public de santé – expertise – responsabilité – procédure de référé

Keywords: public health institution – expertise – liability – proceedings for interim measures

Le 18 janvier 2015, un enfant âgé de 13 mois était victime d'une brûlure accidentelle par eau bouillante, notamment au cou et à la main. Lors de sa prise en charge par le SMUR de Pointe-à-Pitre, puis dans le service de réanimation « adultes » du CHU de Pointe-à-Pitre, il a fait l'objet de plusieurs repositionnements de la sonde trachéale entraînant diverses infections nécessitant un traitement antibiotique. Le 21 janvier, l'enfant était transféré dans le service pédiatrique du CHU de la Martinique (CHUM) où, le 23 janvier, il faisait un arrêt cardio-circulatoire avec hémorragie pulmonaire extériorisée par la sonde d'intubation. Malgré les soins de réanimation, il était mis sous osmothérapie à visée anti-œdème cérébral, et une IRM cérébrale montrait des lésions cortico-sous-corticales. Le 11 mars, l'enfant fut de nouveau adressé au CHU de Pointe-à-Pitre, avec une gastrostomie.

Au regard des séquelles subies par l'enfant, ses parents ont sollicité et obtenu du juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe qu'il soit procédé à une expertise médicale. En janvier 2017 l'expert rendait son rapport aux termes duquel il concluait que les soins dispensés à Pointe-à-Pitre du 18 au 21 janvier 2015 n'avaient pas été conformes aux règles de l'art et étaient seuls à l'origine des séquelles neuromotrices et psycho-intellectuelles observées, même si celles-ci étaient dues à la période de bas débit sanguin cérébral prolongée de plusieurs minutes, malgré les soins engagés par le CHU de Fort-de-France, qui avait entraîné des lésions cérébrales destructrices *post* anoxo-ischémiques irréversibles. Compte tenu de l'âge de la victime et de l'absence de consolidation avant sa majorité, l'expert recommandait en outre une évaluation médico-légale intermédiaire au début de l'année 2022.

C'est dans ce contexte qu'est né le contentieux ayant donné lieu à la décision de la cour administrative d'appel de

Bordeaux rendue le 8 août 2022. En effet, suivant les recommandations de l'expert, les parents et grands-parents de l'enfant ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe la nouvelle expertise, qu'il ordonna le 22 mars 2022, aux fins d'apprécier la réalité des lésions initiales et de l'état séquellaire, l'imputabilité des lésions et d'évaluer les préjudices. La mesure ayant été ordonnée au contradictoire des deux établissements de santé ayant pris en charge l'enfant, le CHU de Pointe-à-Pitre et le centre hospitalier universitaire de la Martinique, ce dernier releva appel de l'ordonnance du 22 mars 2022 en tant qu'elle ne l'avait pas mis hors de cause. Il arguait que le premier expert avait conclu à l'imputabilité des séquelles subies par l'enfant à la seule prise en charge au sein du CHU de Pointe-à-Pitre et, donc, que la participation du CHU de la Martinique à l'expertise intermédiaire n'apparaissait pas utile.

Pour déterminer s'il était opportun, ou non, de mettre hors de cause le CHUM lors de la mesure d'expertise, la cour administrative d'appel se fonde sur l'article R. 532-1 du Code de justice administrative, lequel dispose en son alinéa premier : « *Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction.* » Pour l'appréciation de cette utilité, la cour rappelle la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 14 février 2017 : n° 401514, *Mme Bernard, Recueil Lebon*, « Tables », p. 731) selon laquelle « *l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés d'ordonner sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure*

présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher. À ce dernier titre, il ne peut faire droit à une demande d'expertise permettant d'évaluer un préjudice, en vue d'engager la responsabilité d'une personne publique, en l'absence manifeste, en l'état de l'instruction, de fait générateur, de préjudice ou de lien de causalité entre celui-ci et le fait générateur. »

Rapportés aux faits de l'espèce commentée, ces critères d'appréciation de l'utilité de l'expertise invitaient la cour administrative d'appel à préciser si les constats effectués lors de la première expertise, qui concluait que seuls les soins dispensés au CHU de Pointe-à-Pitre étaient à l'origine des séquelles subies par l'enfant, permettaient de caractériser une absence manifeste de lien de causalité entre les soins dispensés au CHU de la Martinique et ces mêmes séquelles, donc de considérer que la nouvelle mesure d'expertise n'était pas justifiée à l'égard du CHUM. Les juges administratifs de Bordeaux répondent par la négative et considèrent que « *la circonstance que l'expert a conclu, lors de sa première expertise, à l'imputabilité de l'état de l'enfant à des fautes du CHU de Pointe-à-Pitre ne permet pas en l'état d'écarter toute imputabilité des séquelles de l'enfant, dont il reste à mesurer l'ampleur et la cause, aux soins dispensés au CHU de la Martinique, où l'arrêt cardiorespiratoire est survenu. Dans ces conditions, l'absence de lien de causalité avec le préjudice à évaluer, qui n'a été actée par aucune décision au fond à caractère définitif, n'apparaît pas manifeste au sens de ces principes.* » Partant, l'engagement de la responsabilité du CHU de la Martinique n'était pas exclu, et l'établissement de santé n'avait donc pas à être mis hors de cause à l'occasion de la nouvelle expertise.

La solution adoptée dans cet arrêt n'est pas surprenante et doit être approuvée. La cour rappelle que, aussi importante,

voire essentielle, qu'elle soit (voir, par exemple, PORTE-FAURENS [Annabelle], « L'expertise judiciaire toujours et encore la preuve maîtresse », *RDS* n° 91, septembre 2019, p. 734), l'expertise reste une mesure d'instruction destinée à éclairer le juge, ce dernier étant le seul à pouvoir en tirer les conséquences juridiques, notamment en matière de responsabilité. « *L'expert exprime la "vérité" scientifique sans jamais pouvoir affirmer la "vérité" judiciaire* » (PY [Bruno], « Expert : un métier, une fonction, une adulation », *Médecine & Droit*, n° 120, 2013, p. 53). Aussi, dès lors que les conclusions de la première expertise n'ont pas été entérinées par une décision définitive au fond – rappelons que le juge des référés ne prononce que des mesures conservatoires et provisoires et qu'il ne tranche aucune contestation au fond –, rien n'est encore joué ni décidé et d'autres éléments peuvent conduire le juge à opter pour une « *"vérité" judiciaire* » différente de la « *"vérité" scientifique* » adoptée par le premier expert.

3 Élémentaire, docteur Watson ? La faute médicale ne se déduit pas !

1 Elementary, Doctor Watson? Medical malpractice cannot be deducted!

CAA Paris, 12 août 2022 : n° 20PA03708

Julien FAURE, avocat au barreau de Lille, docteur en Droit, université Montpellier

Mots-clés : indemnisation – préjudice – opération chirurgicale – séquelles – dommage – douleur – trouble fonctionnel – centre hospitalier – responsabilité – faute

Keywords: compensation – prejudice – surgery – injuries – damage – pain – functional disorder – hospital center – liability – malpractice

En octobre 2009, un patient victime d'une chute dans les escaliers de son domicile était transporté au centre hospitalier Marc-Jacquet de Melun (77), devenu depuis le « groupe hospitalier Sud-Île-de-France ». Une fracture du condyle externe du genou lui fut alors diagnostiquée. Fut alors pratiquée une ostéosynthèse avec triple vissage du fémur distal, opération qui eut pour suite immédiate l'apparition de vives douleurs au genou.

Du fait de la persistance de ces douleurs et de l'apparition d'abord d'une fissure, puis d'une escarre talonnière, furent successivement réalisés, début 2010, une radiographie, une scintigraphie, le retrait des vis et un échodoppler des membres inférieurs mettant en évidence une occlusion étendue de l'artère poplitée gauche, qualifiée de thrombose de l'artère fémorale par suite d'un angioscanner. En 2013, le patient dut finalement subir une thrombectomie du trépied fémoral permettant la désobstruction de l'artère fémorale profonde ainsi qu'une récupération du pontage prothétique fémoro-tibial postérieur.

N'ayant pu obtenir amiablement indemnisation des préjudices subis et soutenant qu'une faute avait été commise par le chirurgien lors de la pose d'un garrot, à l'origine de ses difficultés vasculaires ultérieures, le patient attrayait devant le tribunal administratif de Melun le groupe hospitalier et son assureur.

Par jugement du 2 octobre 2020, la juridiction avait écarté la faute du praticien et condamné l'hôpital à verser au patient, en réparation des préjudices causés par diverses fautes dans la prise en charge médicale, une somme de 11 465,33 euros alors même que le plaignant sollicitait initialement plus de 500 000 euros. Ce dernier avait interjeté appel de la décision, faisant notamment grief à cette dernière d'être insuffisamment motivée.

La cour confirme le jugement déféré. Elle estime en effet que la faute du chirurgien doit être démontrée positivement et ne saurait être déduite par exclusion des autres causes potentielles.

La cour constate en conséquence qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'un manquement fautif aux règles de l'art aurait été commis lors de l'intervention chirurgicale et retient donc comme seul grief, comme l'avaient fait les juges de première instance, un retard de diagnostic – non contesté – dont elle porte l'indemnisation à 14 973 euros.

En effet, l'établissement hospitalier avait insuffisamment recherché les causes de la souffrance.

Notons enfin que la cour précise que l'assistance de la victime par une tierce personne à son domicile pour les actes de la vie courante doit être indemnisée, et ce, que cette personne soit ou non un membre de la famille de ladite victime.

Sous la direction de :

A. PONSEILLE, maîtresse de conférences, HDR, université de Montpellier, CERCOP, EA 2037

DROIT PÉNAL DE LA SANTÉ

1 Exercice illégal et pratique de la médecine du travail par un étudiant en médecine

Illegal exercise and practice of occupational medicine by a medical student

Cass. crim., 21 juin 2022 : n° 21-86.825

Anne PONSEILLE, maîtresse de conférences, HDR, université de Montpellier, CERCOP, EA 2037

Mots-clés : médecine du travail – pratique par étudiant en médecine – exercice illégal de la médecine – société employeuse – responsabilité pénale (oui) – complicité (oui) – fait principal punissable – fait justificatif – autorisation de la loi (non)

Keywords: occupational medicine – practice by medical student – illegal practice of medicine – employing company – criminal liability (yes) – complicity (yes) – main punishable fact – justifying fact – legal authorization (no)

La recherche de la responsabilité pénale de personnes morales ne constitue pas le contentieux le plus important du droit pénal de la santé. De même en est-il de la mise en cause pénale d'une personne morale au titre de la complicité. L'arrêt commenté nous en offre pourtant une illustration dans le domaine de l'exercice illégal de la médecine du travail.

Une société emploie de novembre 2011 à décembre 2012 un étudiant en doctorat de médecine en tant que médecin du travail et elle est poursuivie comme complice d'un délit d'exercice illégal de l'art médical. L'affaire est portée devant un tribunal correctionnel, qui rend une décision dont le sens n'est pas précisé. Sur appel, la cour de Paris rend en date du 8 novembre 2021 un arrêt par lequel elle retient la culpabilité de la société, mais la dispense de peine pour l'une des raisons

prévues à l'article 132-59 du Code pénal (reclassement du coupable acquis, cessation du trouble causé à l'ordre public ou réparation du préjudice), laquelle qui n'est pas communiquée. Elle la condamne au versement de dommages et intérêts au bénéfice de l'Ordre des médecins qui n'est cependant pas partie au procès devant la Cour de cassation. En effet, le pourvoi est formé seulement par la société.

Pour rappel, une personne morale peut être déclarée responsable pénalement sous réserve que les conditions posées par l'article 121-2 du Code pénal soient remplies.

En l'espèce, la condition relative à la personnalité juridique du groupement ne pose pas de difficultés, pas plus que l'imputation des faits aux représentants de

cette société qui ont fourni à l'étudiant les moyens d'accomplir des actes de médecine, comme l'indique l'arrêt commenté.

C'est plus précisément une des conditions de la complicité punissable qui a été discutée devant les juridictions du fond, puis devant la Cour de cassation : celle de l'exigence d'une infraction principale constituée ou au moins tentée.

Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué [...] une infraction ou donné des instructions pour la commettre.* »

La condition relative au fait principal punissable fait défaut dès lors notamment que les faits reprochés ne répondent pas à la définition d'une infraction pénale ou encore que les faits reprochés n'ont pas le caractère d'une infraction en raison d'un fait justificatif. Ce sont tour à tour ces deux arguments qui ont été avancés par la société mise en cause pour échapper à sa responsabilité pénale. Cependant, la Cour de cassation est venue préciser que les faits poursuivis étaient bien constitutifs d'une infraction (I) et que la cause d'irresponsabilité pénale objective invoquée ne pouvait jouer en l'espèce (II).

I. Des faits reprochés constitutifs du délit d'exercice illégal de la médecine

La société fait valoir devant la Cour de cassation que le délit d'exercice illégal de la médecine n'est pas constitué, et ce, dans la mesure où « *le rôle du médecin du travail est exclusivement préventif et consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant leurs conditions d'hygiène au travail, les risques de*

contagion et leur état de santé ». Selon elle, « *les avis médicaux d'aptitude de salariés à leur poste de travail établis par un médecin du travail* » ne constituent pas des actes médicaux au sens de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique (CSP), c'est-à-dire ne constituent ni l'établissement d'un diagnostic ou la prescription d'un traitement de manière habituelle ou par direction suivie ni un acte réservé aux seuls médecins par voie réglementaire.

La cour d'appel de Paris n'est pas de cet avis. En se fondant sur la liste des missions dévolues aux médecins du travail et fixées par l'article R. 4623-1 du Code du travail, elle considère que « *M. [V.] a notamment procédé à des examens médicaux, afin de conseiller son employeur, les salariés et représentants du personnel et des services sociaux, sur l'adaptation des postes de travail et la protection des travailleurs contre les nuisances et risques d'accidents du travail* », que « *deux certificats médicaux en date des 27 février et 6 mars 2012 signés par ce dernier attestent de la réalité des diagnostics effectués à l'occasion de ces examens* » et que le médecin du travail établit « *des avis médicaux d'aptitude ou d'inaptitude des salariés à leur poste de travail, certificats qui ne peuvent procéder que de l'analyse, dans le cadre d'une consultation médicale, des pathologies dont ils sont porteurs et des éventuels liens de ces dernières avec les risques professionnels auxquels ils sont exposés* ». Dès lors, « *les examens médicaux pratiqués relèvent de l'action de diagnostic réservée aux médecins par l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique* ».

La Cour de cassation se range à cette analyse en reprenant les motifs des conseillers parisiens. « *Si le rôle du médecin du travail est exclusivement préventif au sens de l'article L. 4622-3 du Code du travail, ce texte lui confie le rôle de surveiller l'état de santé des travailleurs du fait de leur travail, et [...] les*

dispositions de l'article R. 4623-1 du même Code le chargent de procéder, selon la fréquence et les modalités prévues par l'article R. 4624-10, à des examens médicaux pour exercer ces missions ». Il accomplit ainsi des actes relevant de l'art médical au sens de l'article L. 4161-1 du CSP, notamment « *la réalisation de diagnostics dans le cadre de l'exercice de la médecine du travail* ».

La Cour de cassation considère donc que l'infraction reprochée est bien constituée et donc la condition relative au fait principal punissable remplie pour retenir la complicité de la société. Elle écarte l'autre argument développé par la société pénalement condamnée, qui avait tenté la carte du fait justificatif, argument qui ne convainc pas davantage les juges du quai de l'Horloge.

II. L'inapplicabilité du fait justificatif tenant à la qualité d'étudiant en médecine

L'autre argument présenté repose, selon la demanderesse au pourvoi, sur l'existence d'un fait justificatif. En l'espèce, il s'agirait de l'autorisation de la loi définie à l'article 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.* » Une illustration est donnée au dernier alinéa de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique, qui prévoit que « *les dispositions du présent article ne s'appliquent pas [c'est-à-dire le délit d'exercice illégal de l'art médical n'est pas constitué] aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes ni aux pharmaciens biologistes pour l'exercice des actes de biologie médicale [...]* ». La société soutient devant la Cour de cassation que l'étudiant qui rédige une thèse de doctorat en médecine possède la qualité d'étudiant en médecine, ce qui lui permet de réaliser des actes médicaux

sans se voir reprocher le délit d'exercice illégal de la médecine.

Par cet arrêt, la Cour de cassation vient apporter des précisions bienvenues pour l'application du dernier alinéa de l'article L. 4161-1, qui reprend la position des juges du fond : le délit ne peut être reproché aux étudiants en médecine « *que dans les cas où ceux-ci sont expressément autorisés à en pratiquer l'exercice dans les conditions strictement définies dans ce Code* ». Or, ajoute la haute juridiction, selon les modalités fixées par l'article L. 4131-2 du Code de la santé publique, ce fait justificatif aurait pu jouer si l'étudiant avait été employé comme remplaçant et non comme médecin, ce qu'il n'était pas encore à l'époque de son embauche. En effet, cet article précise que « *peuvent être autorisées à exercer la médecine à titre de remplaçant d'un médecin les personnes remplissant les conditions suivantes* :

- 1° avoir suivi et validé la totalité du deuxième cycle des études médicales en France ou titulaires d'un titre sanctionnant une formation médicale de base équivalente, délivré par un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;
- 2° avoir validé au titre du troisième cycle des études médicales en France un nombre de semestres déterminé, en fonction de la spécialité suivie, par le décret mentionné au dernier alinéa.

Ces autorisations sont délivrées pour une durée limitée par le conseil départemental de l'ordre des médecins qui en informe l'agence régionale de santé [...]. »

Ainsi, le dernier alinéa de l'article L. 4161-1 du CSP constitue une disposition générale prévoyant un fait justificatif qui ne peut s'appliquer que sous réserve de conditions particulières posées par des dispositions spécifiques.

Dès lors, le fait justificatif ne pouvant être retenu, le caractère illégal des faits commis n'est pas neutralisé. Un délit d'exercice illégal de la médecine a bien été commis, ce qui constitue un fait principal punissable au sens de l'article 121-7 du Code pénal : la complicité de la société pour exercice illégal de la médecine est donc constatée.

Nous nous permettrons une précision et une remarque en guise de conclusion à ce commentaire.

Premièrement, une précision : il importe peu, pour que la complicité soit réprimée, que l'auteur de l'infraction principale soit poursuivi ni même qu'il soit condamné, la lettre des dispositions de l'article 121-7 du Code pénal ne visant que la condition relative à l'existence d'une infraction et non l'identification ou la mise en cause de

son auteur. En l'espèce, il n'est pas précisé dans l'arrêt commenté si l'étudiant en médecine a lui-même été condamné pour exercice illégal de la médecine, mais ceci est sans incidence sur la complicité de la société qui a été retenue.

Secondement, une remarque : il n'est pas fait état de l'élément moral de l'infraction commise qui consiste en une faute intentionnelle. L'étudiant, auteur des faits, avait-il l'intention d'exercer de manière illégale la médecine ? De même, la société avait-elle l'intention de s'associer à la commission d'un délit d'exercice illégal de la médecine ? La discussion judiciaire ne s'est pas transportée sur ce terrain complexe qu'il aurait peut-être été cependant intéressant d'explorer.

② Menaces proférées contre le personnel soignant

Threats against health workers

Cass. crim., 28 juin 2022 : n° 21-85.321

Anne PONSEILLE, maîtresse de conférences, HDR, université de Montpellier, CERCOP, EA 2037

Mots-clés : menaces – paroles constitutives de menaces (oui) – destinataires – professionnels de santé – victimes – circonstance aggravante

Keywords: threats – words constituting threats (yes) – recipients – health professionals – victims – aggravating circumstance

Au cœur de l'été, il y a quelques semaines, un quotidien régional relatait des violences perpétrées par l'entourage d'un patient pris en charge par le CHU Lapeyronie de Montpellier contre deux infirmières en raison d'une prise en charge trop lente à son goût. Relayés par la presse nationale, ces comportements ont fait l'objet d'une condamnation par le ministre de la Santé. Il s'agit d'un fait parmi tant d'autres qui, ces dernières

années, émaillent l'activité des professionnels de santé et semblent être en augmentation constante. Ce phénomène est pourtant ancien et a conduit le législateur – par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure – à faire de la qualité de professionnel de santé une circonstance aggravante dans nombre d'infractions. Ces actes répétés ont en 2005 également conduit à la création de l'Observatoire des violences

en milieu de santé, qui recense les différentes infractions dont sont victimes les personnels soignants et propose des mesures préventives en appuyant la mise en place de politiques pour garantir leur sécurité.

Ces faits trop fréquemment perpétrés consistent principalement en des violences physiques ou verbales. Ils peuvent également prendre la forme de menaces. Ce sont d'ailleurs des menaces qui ont été jugées dans l'affaire dont la décision de la Cour de cassation fait l'objet du présent commentaire.

En février 2017, un homme est hospitalisé dans un établissement de santé où il décède. Le fils de ce patient se rend au chevet de ce dernier et, à l'occasion de ses visites, tient divers propos à l'adresse des personnels de santé présents : « *Je crois que vous n'avez pas compris. Je travaille pour Daesh, moi* », « *je repars en Syrie. Je fais partie de Daesh si vous n'avez pas compris* », « *je vais reprendre du service et reprendre contact avec Daesh* ». Ce comportement conduit le directeur de l'établissement à demander l'intervention des services de police et à déposer plainte.

Cet individu fait l'objet d'une citation pour apologie d'actes de terrorisme et est renvoyé devant un tribunal correctionnel. Par jugement du 29 juin 2017, il est condamné à dix mois d'emprisonnement avec sursis, mais relaxé pour une partie des faits. Le prévenu et le ministère public font appel. Aux termes d'un arrêt en date du 3 juillet 2018, les conseillers de la cour d'appel saisie retiennent sa culpabilité pour l'ensemble des faits reprochés et révisent à la baisse la peine prononcée en décidant d'un emprisonnement de six mois assorti d'un sursis.

À la suite d'un premier pourvoi en cassation, la décision est cassée le 4 juin 2019, et la Haute Cour renvoie l'affaire devant la cour d'appel de Lyon, qui, le 2 septembre 2021, condamne à son tour le prévenu à

six mois d'emprisonnement avec sursis et au versement de dommages et intérêts, et ce, après requalification des faits en menaces de commettre un crime ou un délit à l'encontre de professionnels de santé. Un second pourvoi est formé par le prévenu, et l'arrêt commenté vient donner raison aux juges lyonnais qui avaient appliqué le concernant l'infraction définie à l'article 433-3 du Code pénal qui dispose en son deuxième alinéa « *[qu']est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférée à l'encontre [...] d'un professionnel de santé, dans l'exercice de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur* ». Aux termes du quatrième alinéa de la même disposition, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'une menace de mort ou d'une menace d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes.

Devant la Cour de cassation, le demandeur au pourvoi fait valoir que les faits reprochés ne constituent pas des menaces au sens de l'article précité et que les propos tenus ne s'adressaient pas spécifiquement aux professionnels de santé présents.

La Cour de cassation n'est pas de cet avis et estime, pour rejeter le pourvoi, que les faits constituent bien des menaces (I) adressées à des professionnels de santé (II).

I. Des propos constitutifs de menaces au sens de l'article 433-3 alinéa 2 du Code pénal

De manière très pédagogique, la Cour de cassation reprend les motifs les juges du fond. Elle considère que les propos tenus s'apparentent aux menaces telles qu'incriminées à l'article 433-3 du Code pénal.

Elle estime « *qu'en se prévalant de son appartenance personnelle à une organisation terroriste responsable de plusieurs attentats récemment commis en France et de son intention de la rejoindre, le prévenu avait pour objectif d'intimider et de menacer ses interlocuteurs par l'annonce de possibles actions de la nature de celles que cette organisation conduit et promeut habituellement, constitutives de crimes ou de délits contre les personnes ou les biens, s'agissant d'homicides ou de destructions* ».

L'article 433-3 du Code pénal n'exige pas davantage lorsqu'il impose, pour que soit vérifiée la présence de l'élément matériel de l'infraction par le constat d'une menace (dont les modalités ne sont pas précisées et, qui dès, lors peut être une menace exprimée oralement), de commettre des infractions portant atteinte aux personnes ou aux biens. Si dans la plupart des cas, les propos tenus évoquent clairement les actes projetés, la Cour de cassation considère qu'il n'est pas nécessaire que le prévenu ait clairement exprimé qu'il entendait tuer les soignants auxquels il s'adressait ou faire exploser une bombe causant des dommages matériels. Appliquant une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation estime « *[qu']il appartient aux juges du fait de rechercher le véritable sens des propos qui leur sont dénoncés comme constituant une menace et d'en déterminer la portée ; leur pouvoir d'interprétation est soumis au contrôle de la Cour de cassation* » (Cass. crim., 4 juillet 1963). Par la décision commentée, la Haute Cour a retenu que les juges du fond avaient correctement interprété les menaces proférées, qui plus est dans un contexte de perpétrations répétées d'attentats commis sur le territoire national et qui ont endeuillé la France.

II. Des propos adressés à des professionnels de santé

S'il n'est pas exigé que les destinataires des menaces soient présents, celles-ci ne peuvent être répréhensibles que si elles sont parvenues à leur connaissance (Cass. crim., 25 juin 1997, *Droit pénal*, 1997, comm. n° 151, obs. VÉRON [M.]), mais, dans tous les cas, il est exigé que soit visée par ces menaces une personne identifiée ou au moins identifiable (T. corr. Paris, 16 février 1973, *RSC*, 1973, obs. LEVASSEUR [G.], p. 903). En l'espèce, la haute juridiction indique que « *tous ces propos avaient été tenus devant des professionnels de santé nommément désignés* ».

Par ailleurs, ces menaces ont été proférées à l'encontre de professionnels de santé dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui impose de retenir spécifiquement l'article 433-3 du Code pénal et d'écarter l'application des articles 222-17 et 222-18 du même Code qui les répriment également. En effet, ces derniers textes incriminent les menaces faites en direction de personnes *lambda* et non de celles qui exercent des professions dont la liste limitative est fixée par l'article 433-3. On notera que l'incrimination prévue par cette disposition est définie de manière plus large que les autres textes incriminant des menaces : pour retenir celles de l'article 433-3, nul besoin de démontrer qu'elles sont réitérées ou matérialisées par un écrit, une image ou tout autre objet ou encore faites avec l'ordre de remplir une condition. La qualité de professionnel de santé du destinataire des menaces – telles qu'incriminées à l'article 222-17 du Code pénal – envers lequel est commis un délit ou un crime contre des personnes constitue une circonstance aggravante, et ce, dans la mesure où elle est punie de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende. Cependant, les peines encourues par le prévenu dans l'affaire étudiée sont les

mêmes que celles prévues pour une menace de mort (art. 222-17, alinéa 2, du C. pén.) ou une menace faite avec l'ordre de remplir une condition (art. 222-18, alinéa 1^{er}, du C. pén.). Le législateur a créé une deuxième circonstance aggravante : les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'une menace de mort ou d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes. Si l'arrêt commenté n'apporte pas de précisions sur ce point, il est possible de penser que cette aggravation a en l'espèce été retenue. La cohérence dans l'échelle des peines établie pour la répression de ces différents délits de menace est donc respectée.

Pour que soit retenue la qualification pénale de l'article 433-3 du Code pénal, il faut également que les menaces visent des professionnels de santé « **dans l'exercice de leurs fonctions** ». Cette exigence à la fois temporelle et matérielle concerne les agents d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, les enseignants ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire ou toute autre personne chargée d'une mission de service public, lesquels sont visés à l'alinéa 2 de l'article 433-3 du Code pénal. On remarquera que l'alinéa premier de cet article réprime la même infraction à l'endroit d'autres catégories socio-professionnelles (magistrats, policiers, gendarmes, avocats, inspecteurs du travail, sapeurs-pompiers, concierges, etc.) qui bénéficient d'une protection élargie, puisque l'infraction peut être relevée dans l'exercice de leurs fonctions, mais aussi « *du fait de leurs fonctions* », c'est-à-dire même lorsque l'infraction est commise en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Sans doute, un alignement législatif sur ce point, pour une distinction qui ne trouve pas de justification convaincante, serait le bienvenu.

Enfin, le texte incriminateur exige, pour être applicable, que « **la qualité de la**

victime [soit] apparente ou connue de l'auteur » (art. 433-3, al. 1 et 2, *in fine*, du C. pén.). La Cour de cassation reprend les motifs de l'arrêt des juges du fond, qui ont précisé sur ce point que « *le prévenu a agi en pleine connaissance de la qualité de professionnels de santé des personnes devant qui il proférait ces menaces* ».

Ces comportements de menaces et de violences contre le personnel soignant sont pris très au sérieux par les tribunaux, et les peines prononcées sont à la hauteur de la gravité des faits. Ici, c'est une peine d'emprisonnement avec sursis pour menaces qui a été prononcée. Tout récemment, estimant que son intervention avait été tardive, un homme a menacé de mort à l'aide d'un fusil à pompe un jeune médecin du SOS Médecins de Mulhouse pour ensuite lui tirer dans la cuisse : en état de récidive, il a été jugé en comparution immédiate le 29 août dernier et condamné à cinq ans d'emprisonnement avec mandat de dépôt pour une incarcération immédiate.

Il n'est en effet pas acceptable que des professionnels de santé – tout comme ceux exerçant d'autres métiers –, dont les conditions de travail se sont dégradées depuis plusieurs années et dont la situation s'est aggravée pendant la crise sanitaire, ne puissent pas exercer leurs missions sans craindre pour leur sécurité.

3 L'acupuncture, pratique autrefois exotique et empirique devenue acte médical

3 Acupuncture, formerly exotic and empirical practice turned medical procedure

Cass. crim., 10 août 2022 : n° 22-80.673

Bruno PY, professeur de droit privé et sciences criminelles, université de Lorraine, faculté de Droit de Nancy, IFG, EA 7301

Mots-clés : acupuncture – exercice illégal de la médecine

Keywords: acupuncture – illegal practice of medicine

Une pratique exotique

Selon le *Nei Jing*, ouvrage attribué au XXVIII^e siècle avant J.-C., les Chinois avaient observé que les troubles fonctionnels des organes internes s'accompagnaient toujours d'une sensation douloureuse en certains points du revêtement cutané : points très localisés dont la série est toujours la même pour une affection déterminée. Ils découvrirent alors que l'excitation de ces quelques points apportait un soulagement à des algies préexistantes. De là est né le traitement de certaines affections par l'acupuncture (CORVISIER [Robert], *Soigner avec l'acupuncture*, Dunod, 2017, chapitre « Histoire de l'acupuncture », p. 25-54). Après un engouement sans précédent du Paris médical pour l'acupuncture entre 1820 et 1825, l'intérêt est rapidement retombé (GUILLOUX [Ronald], *De l'exotique au politique : la réception de l'acupuncture extrême-orientale dans le système de santé français (XVII^e-XX^e siècles)*, thèse de science politique, IEP Lyon, université Lyon 2, 2006, p. 130-137). L'histoire retient le nom de George Soulié de Morant (1878-1955), premier Français à s'être concrètement intéressé à l'acupuncture en Occident après l'avoir vue pratiquée dans le contexte de la médecine autochtone chinoise. Il importe cette technique en France en 1929. Soulié de Morant n'est pas médecin, ce qui explique qu'il sera poursuivi pour exercice illégal de

la médecine. En 1951, Roger de la Fûye, docteur, médecin homéopathe et acupuncteur, porte plainte contre George Soulié de Morant et tente de le faire poursuivre en correctionnelle pour exercice illégal de la médecine. L'affaire se conclut par un non-lieu, mais laisse durablement des traces (NGUYEN [Johan], *La réception de l'acupuncture en France. Une biographie revisitée de George Soulié de Morant (1878-1955)*, L'Harmattan, 2012 et « La légende du consul acupuncteur », congrès : « L'acupuncture, hier, aujourd'hui et demain », FAFORMEC, Strasbourg, 2012, <https://acupuncture-medic.fr/wp-content/uploads/2018/09/06-La-l%C3%A9gende-du-consul-acupuncteur-NGUYEN.pdf>). L'acupuncture reste une pratique exotique, hors champ des facultés de médecine. Un tournant dans la définition du *corpus* théorique de l'acupuncture française se produit lors de la traduction, parue en France en 1969, du *Zhongyixue gailun*, texte rédigé en 1958 par l'académie de Nankin et fruit d'une politique d'institutionnalisation de la médecine chinoise en Chine mise en place par Mao Zedong. Entre 1970 et 1980, les travaux des médecins militaires Georges Cantoni et Jean Borsarello visent à fournir une justification aux perspectives thérapeutiques de l'acupuncture (HSU [Elisabeth], « La médecine chinoise traditionnelle en république populaire de Chine : d'une "tradition inventée" à une "modernité alternative" », *in*

CHENG [Anne], dir., *La pensée en Chine aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2007, p. 214-238).

Une pratique médicale

La reconnaissance du caractère scientifique et médical de l'acupuncture s'est construite en réaction au développement de pratiques empiriques incontrôlées. « En offrant, dès 1947, un remboursement de l'acte d'acupuncture, le ministère de la Santé français semble avoir été sensible à l'argument des médecins acupuncteurs sur la nécessité de protéger l'acupuncture de la pratique des "charlatans" » (PARENT [Fanny], « Le lent processus d'intégration de la médecine chinoise en France, Les apports d'une sociologie des groupes professionnels aux *policy transfer studies* », *Gouvernement & action publique*, vol. 8, n° 3, Presses de Sciences Po, 2019, p. 59-82).

Au début des années 1980, les praticiens et professionnels de santé formés à l'acupuncture à l'étranger ou dans des écoles privées se réunissent au sein du Syndicat des acupuncteurs traditionnels (SAT) afin de faire reconnaître par les pouvoirs publics l'existence d'une pratique de l'acupuncture qu'ils revendiquent comme étant plus « traditionnelle » et qui ne serait pas réservée aux docteurs en médecine. Face à cette concurrence, plusieurs médecins se mobilisent et critiquent à la fois la dimension mercantile et l'influence des acteurs gouvernementaux chinois. En 1993, par une action en justice, ils obtiennent la dissolution du SAT (Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1993 : n° 90-13.453). Cette victoire des médecins acupuncteurs dans l'arène juridique est le résultat du compromis institutionnel établi entre ce segment de la profession médicale, les institutions légitimes du champ médicale (Ordre des médecins, Académie) et le ministère de la Santé dans les années 1980. À cette époque, Edmond Hervé (ministre de la

Santé de mai à juin 1981) promet aux représentants de lancer une commission d'enquête sur l'organisation d'un enseignement universitaire (Arrêté du 26 décembre 1991 portant nomination à la commission chargée d'étudier les modalités de reconnaissance de l'exercice et de l'enseignement de l'acupuncture). Malgré la reconnaissance de l'acupuncture par l'État et par l'Ordre des médecins, la pratique de la médecine chinoise reste dominée et contestée dans le champ médical (ROUSSET [Léa], *Comment allier médecine conventionnelle et acupuncture ? Étude qualitative chez les médecins généralistes à orientation acupuncture de l'île de La Réunion*, thèse, université de Bordeaux, 2019). Aujourd'hui, le Conseil national de l'Ordre des médecins reconnaît officiellement l'homéopathie, l'acupuncture, la mésothérapie et l'ostéopathie. Les médecins qui les exercent peuvent apposer leur spécialité sur leur plaque et leur ordonnance après avoir obtenu leur titre universitaire (<https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/webzine/2015-07/www/index.html#/page-2>). En 2003, neuf facultés proposaient le DIU d'acupuncture médicale (ENSANYAR [Éva], MANIERE [Romain], *Acupuncture et médecine générale : représentations et relations entre patients, acupuncteurs et généralistes, Une étude qualitative*, thèse, Aix-Marseille université, 2019).

Une pratique monopolistique

Dès le dernier tiers du XX^e siècle, de nombreux procès pour exercice illégal de l'acupuncture ont été portés devant la Cour de cassation. La Cour régulatrice a toujours fait preuve d'une extrême sévérité à l'égard des acupuncteurs non-médecins, et ce, en rejetant les pourvois formés contre les arrêts de condamnation ou en cassant les arrêts de relaxe. En 1982, M. P. L., qui pratiquait l'acupuncture sans diplôme de médecin et argumentait d'un diplôme d'acupuncture

obtenu à l'étranger, vit son pourvoi rejeté et fut condamné, car « *le prévenu n'[était] pas titulaire du diplôme de docteur en médecine ou d'un diplôme assimilé et que, s'il se prévalait de diplômes étrangers, aucun de ceux qu'il invoquait ne figurait [...] sur la liste de ceux devant autoriser l'exercice de la médecine dans chacun des territoires des États membres de la Communauté économique européenne* » (Cass. crim., 30 novembre 1982). Dans un arrêt rendu le 3 février 1987 (Cass. crim., 13 février 1987 : n° 86-92954, *Bull. crim.*, n° 56, 1987), la Cour de cassation énonça l'attendu suivant : « *Constitue l'exercice illégal de la médecine le fait par une personne non diplômée de prendre part habituellement à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement des maladies, quels que soient les procédés employés ; il en est ainsi de la pratique de l'acupuncture.* » M. C. M. avait reconnu qu'il pratiquait l'acupuncture et qu'il traitait par semaine huit à douze personnes souffrant de stress, d'angoisse ou de rhumatismes et qui lui étaient adressées par des relations, des médecins ou des kinésithérapeutes. Attaqué par le conseil départemental de l'Ordre des médecins de la ville de Paris, il fut condamné à 15 000 francs d'amende et à des réparations civiles. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris fut rejeté par la Cour de cassation ; depuis cette date, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante.

La Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) fut parfois invoquée par les acupuncteurs non-médecins qui se déclaraient diplômés d'une école chinoise. Néanmoins, l'article 8 de la Conv. EDH prévoit et reconnaît le principe de l'ingérence de l'autorité publique, lorsque celle-ci constitue une mesure... nécessaire... à la protection de la santé ; et donc, le droit interne n'interdisant pas l'exercice de l'acupuncture, mais le soumettant – pour éviter d'évidents excès – à la possession du diplôme de docteur en médecine ou d'un diplôme assimilé

ne viole pas l'article 8 de la Conv. EDH. Ainsi, le pourvoi des acupuncteurs R. et G. V. fut rejeté, et ils furent déclarés coupables d'exercice illégal de la médecine en dépit de la possession d'un diplôme d'acupuncture chinois. (Cass. crim., 15 mars 1990 : n° 88-82535).

En 2016, une femme, titulaire d'un diplôme du collège de médecine traditionnelle chinoise de Montréal et d'un diplôme national d'acupuncteur traditionnel obtenu à Paris en 1994, pratique l'acupuncture dans des locaux sous-loués à un médecin, dans le cabinet médical occupé par ce dernier à Paris (Cass. crim., 28 juin 2016 : n° 15-83.587). Le conseil départemental de l'Ordre des médecins de cette ville les fait citer devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'exercice illégal de la médecine et complicité. Ils sont tout d'abord relaxés. Bien qu'il soit établi que l'acupuncteur a pris part au traitement de patients malades, l'élément intentionnel du délit fait défaut dès lors que, titulaire de diplômes d'acupuncture, ayant obtenu une assurance professionnelle et recevant nombre de patients adressés par des médecins, il a exercé l'acupuncture dans l'ignorance de l'illégalité de son activité. Il en est de même du médecin qui avait déclaré être convaincu qu'il existait une tolérance concernant la pratique de l'acupuncture par un non-médecin. L'arrêt est cassé au visa des articles 121-3 du Code pénal, L. 4161-1 et L. 4161-5 du Code de la santé publique. La pratique habituelle de l'acupuncture, tant à raison du diagnostic qu'elle implique que des moyens qu'elle utilise et des réactions organiques qu'elle est susceptible d'entraîner, constitue un acte médical dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine, et il appartient à celui qui entend exercer une profession réglementée de se renseigner sur les conditions d'exercice (PARENT [Fanny], « *“Seuls les médecins se piquent d'acupuncture ?”* » Le rôle des associations professionnelles de

praticiens dans la régulation de pratiques professionnelles de médecine chinoise en France », *Terrains & travaux*, n° 25, 2014/2, p. 21-38).

Une pratique évidemment exclusivement médicale

Lorsqu'un acupuncteur non-médecin présente, par mémoire spécial reçu le 16 mai 2022, une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion du pourvoi formé par lui contre du 5 janvier 2022 de la cour d'appel de Rennes (11^e chambre), qui, pour exercice illégal de la médecine, l'a condamné à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et à une interdiction professionnelle définitive, la Cour de cassation a l'occasion de répondre clairement à la question de savoir si l'acupuncture est une pratique exclusivement médicale. La rédaction de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique définissant l'exercice illégal de la médecine ne laisse place à aucune ambiguïté :

« Exerce illégalement la médecine :

1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou 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 [...] exigé pour l'exercice de la profession de médecin. » L'acupuncture est désormais validée comme un acte de traitement médical.

La cotation de l'acte d'acupuncture et le remboursement de cet acte prévu dans la nomenclature médicale confortent la jurisprudence constante de la Cour. « La prise en charge [de] ces séances

d'acupuncture figure bien dans la Classification commune des actes médicaux (CCAM), laquelle constitue la réforme des actes techniques des médecins qui est partie intégrante de la liste des actes ou prestations pris en charge ou remboursés par l'Assurance maladie, mentionnée à l'article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale. Ces séances sont affectées du Code QZRB001, et leur tarification est égale à 11,54 euros par séance » (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, réponse à la question au Sénat de n° 11019 de SAUNIER [Claude], JO, 6 avril 2006, p. 1025).

L'acupuncture n'est plus une discipline exotique pratiquée par des individus au parcours empirique. Elle est une discipline médicale, enseignée, reconnue et protégée par le monopole de l'article L. 4161-1. Celui qui, en 2022, conteste cette exclusivité médicale se voit répondre par la Cour de cassation : « La question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que le texte est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour que son interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire, sous le contrôle de la Cour de cassation dont la jurisprudence sur les actes relevant de l'acupuncture est constante, sans risque d'arbitraire » (Cass. crim., 10 août 2022 : n° 22-80.673).

« D'abord ils vous ignorent. Puis ils vous ridiculisent. Et alors ils vous attaquent et veulent vous jeter au bûcher. Et enfin ils construisent des monuments en votre honneur » (discours de KLEIN [Nicholas], avocat du premier syndicat américain du textile, l'Amalgamated Clothing Workers of America, 1918, <https://www.shivpreetsingh.com/2021/02/first-they-ignore-you-then-they-laugh.html>).

Sous la direction de :

L. LAMBERT-GARREL, *maîtresse de conférences, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé*

BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIE

① Des modalités précisées en matière de don et de conservation des gamètes

Specified procedures for the donation and conservation of gametes

Pauline CASSAN, juriste auprès du président du tribunal judiciaire de Béziers

Mots-clés : don – donneur – gamètes – procréation médicale assistée (PMA) – droit de procréer

Keywords: gift – donor – gametes – medical assistance in procreation (MAP) – right to procreate

Face à l'essor des problèmes de fertilité masculine et féminine, la première loi de bioéthique de 1994 a mis en place la PMA pour les couples hétérosexuels vivants et en âge de procréer. Ses modalités d'application et d'encadrement ont connu de nombreux changements afin de s'adapter aux évolutions sociétales. C'est ainsi notamment que les méthodes d'assistance à la procréation sont devenues accessibles aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Depuis le début, le Code civil et le Code de la santé publique consacrent l'anonymat du don de gamètes, tout comme celui de tout élément et produit du corps humain. Les enfants nés d'un don de sperme ou d'ovocytes ignoraient donc leurs origines génétiques, sauf nécessité thérapeutique.

Toutefois, face à l'évolution des mœurs, mais aussi scientifique et technique, les règles encadrant la mise au monde d'un enfant doivent aujourd'hui, plus que jamais, se définir dans un cadre distinct

de celui de la biologie et tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Le juge judiciaire et le législateur ont dû ainsi se positionner, le premier ayant dû réaffirmer le cadre du droit de procréer (I) et le second répondre aux enfants issus de PMA désireux de connaître leur histoire (II).

I. Pas d'héritiers pour les gamètes conservés

Après avoir vu sa requête refusée par le tribunal administratif de Paris, le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'Homme, invoquant l'existence d'une voie de fait, Mme Lanzmann a saisi l'ordre judiciaire d'une demande de restitution des gamètes conservés à l'AP-HP de son fils décédé. Par arrêt du 6 avril 2021, la cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état par laquelle celui-ci a déclaré incompétente la juridiction de l'ordre judiciaire, en l'absence de voie de fait.

La requérante saisit alors la Cour de cassation en expliquant que l'article R. 2141-18 du Code de la santé publique, qui prévoit la destruction des gamètes conservés en cas de décès, est contraire au premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, car elle estime que, en sa qualité de mère, elle doit récupérer la propriété des gamètes de son fils décédé. De plus, elle indique que le juge judiciaire est compétent pour statuer sur une voie de fait, lorsque celle-ci résulte d'une décision prise par l'administration qui a porté atteinte à la liberté individuelle. Elle fait valoir que, de son vivant, son fils n'a eu de cesse de vouloir concevoir un enfant, y compris *post mortem*, dès lors qu'il s'est vu atteint d'une maladie incurable et fatale et que sa démarche ne s'inscrit que dans la continuité de cette volonté exprimée devant plusieurs témoins et tenant à la liberté individuelle d'assurer sa descendance.

Par arrêt du 15 juin 2022 (n° 21-17.654), la Cour de cassation commence par rappeler que toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée peut bénéficier du recueil ou du prélèvement et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, de la préservation et de la restauration de sa fertilité et que, en cas de décès de la personne, il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux (articles L. 2141-11 et R. 2141-18 du Code de la santé publique). Elle continue en indiquant que la juridiction administrative est compétente pour connaître des demandes dirigées contre un établissement de santé public au titre notamment du transfert et de l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux et juge qu'il n'y a pas de voie de fait au sens de l'article 66

de la Constitution. Enfin, elle conclut en affirmant que les gamètes n'ont pas un aspect économique et patrimonial au sens de l'article premier du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qu'ils ne sont donc pas transmissibles au moment du décès, que seule la personne concernée peut disposer de son droit à procréer et que, en l'absence de voie de fait, la Cour d'appel s'était à bon droit déclarée incompétente sans procéder à une quelconque recherche.

En décidant cela, la Cour de cassation ne fait qu'entériner les jurisprudences antérieures. En effet, les conditions de la voie de fait ont été modifiées depuis le 17 juin 2013 (décision du Tribunal des conflits, n° C3911, *M. Bergoend*). Elles sont à présent au nombre de deux et cumulatives. Pour accueillir une demande de voie de fait, l'action de l'administration doit avoir porté atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale et être manifestement illégale au point d'être manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative. Cette définition restreint le champ de la voie de fait, cette dernière n'étant possible que dans le cas d'une extinction du droit de propriété et non plus d'une atteinte grave à celui-ci ou d'une atteinte à la liberté individuelle et non plus à une liberté fondamentale au sens de l'article 66 de la Constitution, soit l'extinction d'un droit de propriété, c'est-à-dire une privation définitive de ce droit. En l'espèce, la Cour de cassation ne considérant pas les gamètes, produits du corps humain, comme des biens au sens de l'article premier du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (« *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi*

et les principes généraux du droit international. »), il ne peut être reproché aux juridictions administratives d'avoir porté atteinte au droit de propriété ou à une liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Le rejet de la voie de fait est donc logique. Dans l'arrêt *Parrillo c/ Italie* du 27 août 2015, la CEDH avait déjà, à propos d'embryons humains, décidé que, si ces derniers renfermaient le patrimoine génétique de la personne et représentaient à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique, eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'y attache, ils ne sauraient être réduits à des biens au sens de l'article premier du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ici, la Cour de cassation s'en tient donc à donner la même définition aux gamètes, qui recèlent eux aussi le patrimoine génétique de leur propriétaire, et représentent également une partie qui lui est consubstantielle. De plus, en se positionnant ainsi, la Cour de cassation affirme que le droit de procréer, à savoir celui de décider de quelle manière et à quel moment on souhaite devenir parent, concerne un individu et ne relève pas de la catégorie des droits transférables, et ce, même si la personne décédée avait exprimé à plusieurs reprises lors de son vivant souhaiter avoir un enfant. Ainsi, les gamètes étant un attribut de la personnalité, ils s'éteignent au décès de leur propriétaire et ne peuvent être cessibles à quiconque. Dès lors, la personne décédée n'ayant pas utilisé son droit de propriété sur les gamètes, l'article R. 2141-18 du Code de la santé publique ne peut pas non plus être considéré comme contraire à l'article premier du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Cet arrêt s'inscrit dans la pérennité de la jurisprudence administrative. Dans l'affaire *Dalleau/ France* (n° 57307/18),

la CEDH avait déjà décidé que le refus des juridictions françaises d'accéder à la demande de Mme Dalleau d'exporter en Espagne les gamètes de son époux décédé ne constituait pas une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée et familiale. Les juridictions administratives françaises avaient refusé ce transfert au motif de l'absence de volonté expresse du partenaire décédé que ses gamètes soient utilisés après son décès et de tout lien entre la requérante et l'Espagne. Ainsi, comme l'interdiction de l'insémination *post mortem* relève de la marge d'appréciation dont dispose un État dans l'application de la Convention, il n'existe pas d'incompatibilité entre la législation française et le droit à la vie privée et familiale de la requérante.

En conséquence, et même si l'arrêt du 15 juin 2022 n'est pas sur le fond innovant, il a été publié au *Bulletin*, de telle sorte qu'il apparaît que la Cour de cassation souhaite porter à la connaissance de tous sa position sur ce sujet précis. En effet, il était opportun que, en qualité de juridiction judiciaire, la Cour délimite le cadre et les compétences de chacun dans la procédure relative au droit de procréer et en rappelle les principes.

II. Levée de l'anonymat du don gamètes en PMA : les modalités précisées

La dernière loi de bioéthique n° 2021-1017 du 2 août 2021 a levé l'anonymat du donneur de gamètes. Plus précisément, au moment de la PMA, le donneur reste anonyme, mais à la majorité de l'enfant né de cette assistance, ce dernier peut demander la levée de l'anonymat. Au moment du don, les donneurs de spermatozoïdes ou d'ovocytes doivent à présent faire part des informations relatives à leur identité et à leurs données non identifiantes. Pour ce faire, ils doivent donner leur consentement avant le don de gamètes en remplissant un formulaire

spécial. Cette levée de l'anonymat est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2022 grâce au décret du 25 août 2022 et à l'arrêté du 29 août 2022 et ne concerne pas les personnes ayant fait un don avant cette date, sauf si elles le souhaitent.

Les informations demandées au donneur concernent l'âge, l'état général physique et psychologique, la taille, le poids, la couleur des yeux et des cheveux, la situation familiale et professionnelle, le niveau d'étude, le pays de naissance ainsi que les raisons à l'initiative du don de gamètes (décret n° 2022-1187 du 25 août 2022 et article 5 de la loi du 2 août 2021). Ces informations sont placées sous l'autorité du ministère de la Santé et de la Prévention et sont confiées à la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur qui devra accompagner les enfants issus d'une PMA lors de leur demande et en informer le donneur. Lors d'une demande d'information concernant un don antérieur au 1^{er} septembre 2022, ladite Commission devra contacter le donneur et lui demander s'il souhaite porter son identité et ses données non identifiantes à la connaissance de l'enfant. Que les informations soient données pour des dons antérieurs ou postérieurs au 1^{er} septembre 2022, la Commission devra obtenir le consentement des donneurs *via* un formulaire de consentement mis en place par l'arrêté du 29 août 2022. Il est important de préciser que, la levée de l'anonymat étant aujourd'hui le principe, le consentement du donneur est irrévocable et que son identité sera donnée à chaque enfant né de son don qui la demandera.

Quid des spermatozoïdes et ovocytes donnés, mais non utilisés avant le 1^{er} septembre 2022 ? La réponse est claire : si les donneurs ne se manifestent pas pour revenir sur leur anonymat, ils seront détruits.

Si cette réforme crée des différences entre les enfants issus d'un don de gamètes collectés avant le 1^{er} septembre 2022 et ceux d'un don postérieur, elle a le mérite de répondre favorablement à la quête d'identité des jeunes majeurs issus d'une PMA et de leur apporter un soutien. De plus, rien n'empêche les enfants nés d'un don de gamètes antérieur de solliciter la Commission concernée pour demander des informations sur son donneur, ce dernier ayant pu faire les démarches nécessaires ou accepter la levée de son anonymat lors du contact avec la Commission spécialisée. Il est important de noter que les enfants pourront demander à avoir accès seulement aux données non identifiantes du donneur sans prendre connaissance de son identité.

Enfin, si tout change pour le jeune majeur en ce qui concerne l'accès à ses origines, il est essentiel de rassurer les parents et les donneurs en précisant que cette réforme n'a évidemment aucune incidence sur les liens de filiation. L'enfant issu d'une PMA n'aura jamais aucun lien légal avec son ou ses « géniteur(s) donneur(s) ».

En conséquence, si cette réforme peut paraître choquante ou inquiétante pour certains et interroger sur l'état futur des stocks des établissements de collecte de gamètes, elle permet toutefois d'avoir accès à des informations médicales et factuelles qui peuvent s'avérer essentielles. De plus, il serait démesuré de considérer qu'elle est à l'origine de la fin définitive du secret, étant donné qu'il y a fort à parier que tous les enfants issus d'une PMA ne souhaiteront pas accéder à ces données.

Sous la direction de :

G. ROUSSET, maître de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS, CRDMS

C. COLLET, doctorante en Droit, université de Lorraine, IFG, EA 7301

ORGANISATION DES PROFESSIONS ET DÉONTOLOGIE

1 Maintien de l'interdiction des dons et legs au professionnel de santé qui prodigue des soins à une personne au cours de sa dernière maladie

Continued prohibition of donations and bequests to health care professionals who care for a person during their last illness

Cons. const., 29 juillet 2022 : QPC n° 2022-1005

Gilles RAOUL-CORMEIL, professeur de droit privé, université de Caen, membre de l'ICREJ (ancien institut Demolombe), directeur du master « Droit civil », parcours « Protection des personnes vulnérables »

Mots-clés : incapacité – libéralités – dernière maladie

Keywords: disability – donations – last illness

Contribution du Conseil constitutionnel à l'organisation juridique des professions de santé

Après la décision du conseil constitutionnel du 12 mars 2021 abrogeant¹

l'interdiction faite aux auxiliaires de vie de recevoir un bien à titre gratuit des

1 Sur laquelle, voir déjà : ALIDOR (Bastien), « Le propriétaire âgé peut (à nouveau) disposer de ses biens en faveur de l'aide à domicile », *Deffrénois*, 15 avril 2021, n° 200a5, p. 13 ; CASEY (Jérôme), « Des réalités de terrain oubliées », *AJ Famille*, n° 4, avril 2021, p. 231 ; COTTET (Marion), « Qui dit âgé ne dit pas nécessairement vulnérable », *Dalloz actualité*, 25 mars 2021 ; GRIMALDI (Michel), « Le droit d'être généreux envers ceux qui vous assistent à domicile », *RTD civ.*, n° 3, 2021/2, p. 464 ; NICOD (Marc), « Les aides à domicile peuvent de nouveau recevoir des libéralités », *Droit de la famille*, 2021, « Comm. 75 », p. 32 ; NOGUÉRO (David), « Incapacité de recevoir une libéralité, atteinte au droit de disposer librement du patrimoine, vul-

néralité et inconstitutionnalité de l'article L. 116-4, I, du Code de l'action sociale et des familles », *LPA*, n° 231, 1^{er} juin 2021, p. 38 ; PETERKA (Nathalie), « L'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels accomplissant des services d'aide à la personne à domicile : le Conseil constitutionnel censure l'article L. 116-4 du CASF ! », *JCP N*, n° 12, 2021, p. 5 ; POLLET (Diego), « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ Famille*, n° 4, avril 2021, p. 230 ; REBOUL-MAUPIN (Nathalie), « Vulnérabilité versus propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *D.*, 2021, « Point de vue », p. 750 ; REYNIS (Bernard), « Les incapacités de recevoir dans le viseur du Conseil constitutionnel », *Deffrénois*, 25 mars 2021, n° 170c8, « Éditorial », p. 1 ; *addendum* : RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Levée de l'interdiction des dons et legs aux professionnels de l'aide à domicile », *RDS*, n° 102, 2021, p. 571.

personnes dépendantes qu'elles assistent sur leur lieu de vie², celle du 29 juillet 2022 est de nature à dissiper une grande part des incertitudes provoquées par l'abrogation partielle de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles³. Il demeure interdit aux infirmiers, comme à tous les autres membres des professions médicales et de la pharmacie, qui ont prodigué des

soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt de profiter d'une disposition entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faite en leur faveur pendant le cours de celle-ci. En jugeant le 29 juillet 2022 que la règle énoncée à l'alinéa premier de l'article 909 du Code civil est jugée conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel arrête, pour un temps, l'effet domino qu'a suscité sa décision du 12 mars 2021.

2 Le lieu de vie n'est pas nécessairement le domicile (art. 102 du C. civ.). Toute personne n'a qu'un domicile, mais peut résider, au cours de l'année, dans divers établissements ou immeuble d'habilitation. Le domicile est établi pour assurer la sécurité juridique avec les tiers (administration, créanciers), alors que la résidence est le lieu où s'assure le respect de la vie privée. Un lieu d'habitation peut confusément constituer le domicile et la résidence. Celle-ci et celui-là peuvent aussi se distinguer, comme l'illustre le cas de la personne en tutelle domiciliée chez son tuteur (art. 108-3 du C. civ.), ce qui ne signifie nullement qu'elle réside chez lui ou avec lui.

3 Art. L. 116-4, I, du CASF (loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015) : « *Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent Code [ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2° de l'article L. 7231-1 du Code du travail (abrogé par Cons. const., 12 mars 2021 : n° 2021-888)] ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, sous réserve des exceptions prévues aux 1° et 2° de l'article 909 du Code civil. L'article 911 du même Code est applicable aux libéralités en cause* » ; « *L'interdiction prévue au premier alinéa du présent article est applicable au couple ou à l'accueillant familial soumis à un agrément en application de l'article L. 441-1 du présent Code et à son conjoint, à la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité ou à son concubin, à ses ascendants ou descendants en ligne directe, [ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du Code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2° de l'article L. 7231-1 du même Code (abrogé par Cons. const., 12 mars 2021 : n° 2021-888)], s'agissant des dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes qu'ils accueillent ou accompagnent pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement.* »

Une affaire emblématique

Née le 24 août 1932, une femme est décédée le 13 avril 2014 en laissant pour lui succéder son frère en l'état d'un testament olographe daté du 5 octobre 2012, par lequel elle a légué à une jeune infirmière libérale divers biens : maison située à Suresnes, parts dans une SCI, liquidités déposées sur des comptes bancaires et un véhicule automobile. « *Le motif*⁴ » du legs ou, disait-on naguère, la cause impulsive et déterminante de cette libéralité apparaît à la lumière d'un examen chronologique des faits.

D'abord, l'infirmière a soigné un homme, le mari de la testatrice, hospitalisé à domicile dès l'année 2002 et jusqu'à son décès survenu le 10 février 2003. Au cours de cette première séquence, l'infirmière, alors en stage, s'est installée dans la propriété du couple pour se voir confier la prise en charge complète du patient, puis elle a continué, dans un deuxième temps, à résider au domicile de la veuve, lui témoignant ainsi soutien et réconfort par sa présence⁵. La troisième et dernière séquence débute

4 Voir ainsi : art. 1135 du C. civ. (ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, en vigueur le 1^{er} octobre 2016) qui vise « *l'erreur sur le simple motif* » applicable aux libéralités.

5 Devant le Conseil constitutionnel, M^e Ronald Maman, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour la requérante, dira, au cours de sa plaidoirie « *[qu']elle est la fille que la testatrice n'a jamais eue* ».

lorsque la veuve rencontre des soucis au niveau d'un œil en 2009, aggravés au cours de l'été 2012 par des saignements de nez récurrents. Les examens passés les 2 et 4 octobre 2012, spécialement le scanner des sinus et l'IRM, ont objectivé un volumineux syndrome de masse au niveau du sinus maxillaire et de la fosse nasale droite, laissant penser à un « papillome inversé ». Sans savoir si la tumeur était bénigne ou maligne, la veuve a rédigé le 5 octobre 2012, à son domicile, le testament instituant les legs à titre particulier litigieux, puis elle a été hospitalisée du 9 au 18 octobre 2012 avant d'être, de nouveau, soignée à domicile par l'infirmière jusqu'à son décès consécutif à un cancer le 13 avril 2014.

Pour sauver la libéralité bénéficiant à l'infirmière et ordonner la délivrance du legs, la cour d'appel⁶ a jugé que la personne gratifiée avait la capacité de recevoir les legs. Les conditions de l'article 909, alinéa premier, du Code civil n'étaient pas réunies, parce que, au jour où le testament a été rédigé, son auteur ignorait la nature de la maladie dont elle est décédée. Le raisonnement des juges du fond prend appui sur le déroulement des faits : l'examen tomodensitométrique, réalisé le 8 octobre, et l'exérèse de la biopsie, pratiquée le lendemain, ont été nécessaires pour poser le diagnostic du caractère malin de la masse, les symptômes apparus avant la rédaction du testament ne permettant pas de le suspecter. Les juges se sont aussi fondés sur le fait que la libéralité trouve sa cause « *dans des liens affectifs anciens et libres de toute emprise* » noués entre la testatrice et l'infirmière de son mari.

Cependant, le pourvoi en cassation, formé par le frère de la défunte, héritier universel et constitué d'un moyen unique, a été accueilli le 16 septembre 2020 par

la Cour de cassation. Au visa de l'article 909, alinéa premier, du Code civil, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles est cassé pour violation de la loi. En jugeant que le testament avait été rédigé avant de connaître le diagnostic tout en constatant qu'elle était déjà malade au jour de la rédaction du testament, l'arrêt critiqué a ajouté une condition à la loi⁷. L'incapacité de recevoir un legs qui frappe le professionnel de santé n'est subordonnée qu'à l'existence, au jour de la rédaction du testament, de la dernière maladie, celle dont est décédé le disposant.

La cassation entraîne ici un renvoi de l'affaire devant la cour d'appel de Paris⁸.

Devant la cour d'appel de renvoi, statuant après cassation, l'infirmière gratifiée a posé une question prioritaire de constitutionnalité que la Cour de cassation a transmise au Conseil constitutionnel⁹. Avec habileté, la requérante ne visait pas l'interdiction de recevoir à titre gratuit imposée à tout professionnel de santé, mais celle de disposer à titre gratuit qui frappe les personnes mortellement malades. À leur égard, l'interdiction établie à l'article 909, alinéa premier, du Code civil ne devrait pas, selon la requérante, être « *formulée de façon générale, sans que soit prise en compte la capacité de la personne malade à consentir une libéralité ni que puisse être apportée la preuve de son absence de*

7 Cass. 1^{re} civ., 16 septembre 2020 : n° 19-15.818, FS-PB, AJ Famille, 2021, note HOUSIER (Jérémy), p. 599 ; D., 2020, « Panorama », obs. GODECHOT-PATRIS (Sarah), p. 2206 et p. 2021, « Jurisprudence », note RAOUL-CORMEIL (Gilles) et LE PLUARD (Quentin), p. 509 ; Droit de la famille, 2020, comm. n° 151, note TANI (Alex), p. 44 ; JCP N, 2021, comm. n° 1113, note PETERKA (Nathalie) ; Solution notaire hebdo, n° 31, 2020, « Inf. 1 », obs. YILDIRIM (Gulsen).

8 CA Paris, pôle 3, chambre 1, 23 Février 2022 : n° 21/00199.

9 Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2022 : n° 22-40.005, Droit de la famille, 2022, comm. n° 128, note TANI (Alex), p. 29.

6 Versailles, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 15 février 2019 : n° 17/06523.

vulnérabilité ou de dépendance ». Ainsi libellé, le texte porterait atteinte au droit de disposer de la personne soignée et, partant, méconnaîtrait le droit de propriété que la Constitution garantit.

Une décision claire qui ne referme pas la boîte de Pandore

Les Sages de la rue Montpensier ont répondu à la question prioritaire de constitutionnalité et jugé les dispositions de l'article 909, alinéa premier, du Code civil conformes à la Constitution, ce qui permettra, en l'espèce, à la cour d'appel de renvoi d'annuler le legs sur le fondement du texte critiqué.

D'emblée, il faut souligner que cette décision du Conseil constitutionnel est importante, claire et soutenue par une motivation pleine de fermeté. Significative, la conformité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit qui frappe l'infirmière et la prive d'être gratifiée de la personne qu'elle soigne au cours de sa dernière maladie, celle dont elle est décédée, s'explique par le but et les conditions encadrant cette atteinte au droit de propriété de la personne malade (I).

Cela dit, la portée de la décision du 29 juillet 2022 est incertaine : la motivation ciselée sur la relation entre le professionnel de santé et la personne soignée de la maladie dont elle est décédée n'est pas transposable à la relation du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de la personne bénéficiant de la mesure de protection juridique ni à celle liant le ministre du culte à l'un de ses fidèles. Partant, la constitutionnalité des alinéas 2 et 4 de l'article 909 du Code civil, discutable depuis la décision du 12 mars 2021, le restera tant que le Conseil constitutionnel ne se sera pas prononcé (II).

I. Constitutionnalité de l'incapacité de disposer à titre gratuit du professionnel de santé

Analyse de la *ratio decidendi*

La conformité à la Constitution de l'article 909, alinéa premier, du Code civil réside dans le bien-fondé de l'incapacité de disposer à titre gratuit du professionnel de santé (A). Elle se justifie aussi par le caractère proportionné de l'atteinte au droit de propriété du disposant (B). Chacun des arguments sera exposé et critiqué.

A. Le bien-fondé de l'incapacité de disposer

L'incapacité de disposer du professionnel de santé fondée sur la protection de la vulnérabilité de la personne soignée de sa dernière maladie

La réponse à la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 909, alinéa premier, du Code civil est structurée, dans ses premières étapes, suivant le même plan que celle qui déboucha sur l'inconstitutionnalité partielle de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles.

Tout d'abord, le raisonnement part du principe selon lequel le droit de propriété des personnes privées est protégé par les articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, dont la valeur est constitutionnelle depuis une décision du 16 juillet 1971. Le principe, toutefois, n'est pas absolu et peut être limité : ces textes prévoient que le législateur peut apporter à l'exercice du droit de propriété des limitations si elles sont justifiées par l'intérêt général et qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard

de l'objectif poursuivi¹⁰. La décision QPC du 29 juillet 2022 se poursuit en caractérisant l'atteinte au droit de propriété (§ 4). L'article 909, alinéa premier, du Code civil interdit aux « *membres des professions médicales et de la pharmacie ainsi [qu'aux] auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt [...] [de] profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites pendant le cours de celle-ci* ».

Ensuite, le Conseil constitutionnel recherche le fondement de l'atteinte au droit de propriété. La restriction à la liberté de disposer de ses biens qui résulte de cette incapacité de disposer à titre gratuit est le moyen choisi par le législateur pour atteindre un but d'intérêt général (§ 5). L'objectif poursuivi est d'assurer la protection de personnes « *placées dans une situation de particulière vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur prodiguaient des soins* » (§ 5).

Si l'atteinte au droit de propriété est justifiée par la référence à l'intérêt général, il faut maintenant vérifier que le moyen est proportionné au but visé. C'est sous cet angle que le Conseil constitutionnel poursuit une analyse différente de celle entreprise dans la décision du 12 mars 2021, mais, avant d'exposer ce raisonnement sur le caractère justifié et proportionné de l'atteinte au droit de propriété, il convient de revenir sur la protection de la vulnérabilité de la personne malade dans sa relation avec le professionnel de santé qui lui prodigue des soins pour la maladie dont elle meurt.

¹⁰Voir déjà : Cons. Const., 12 octobre 2010 : n° 2010-60 QPC, *D.*, 2011, note CHEYNET de BEAUPRÉ (Aline), p. 652 ; *RTD civ.*, 2011, obs. REVET (Thierry), p. 144 : à propos de la constitutionnalité de la cession forcée de la mitoyenneté prévue par l'article 661 du Code civil ; sur la protection constitutionnelle du droit de propriété, *addendum* : COTTET (Marion), voir note 1.

La situation de vulnérabilité entendue *in abstracto*

« *Eu égard à la nature de la relation entre un professionnel de santé et son patient atteint d'une maladie dont il va décéder, l'interdiction est bien fondée sur la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le donateur ou le testateur à l'égard de celui qui lui prodigue des soins* » (§ 7). Le Conseil constitutionnel vise ici la personne malade soignée de la maladie dont elle va mourir ; les circonstances font donc qu'elle est, dans sa relation au professionnel de santé, dans une « *situation de particulière vulnérabilité* ».

Si la formule fait écho à de nombreux textes du Code pénal¹¹, au sein duquel la particulière vulnérabilité est due à l'âge de la victime, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, elle s'en distingue ici en ce qu'elle vise une situation analysée *in abstracto* : toute personne qui, quels que soient son âge, sa profession, son niveau de diplôme, est réputée être en situation de particulière vulnérabilité lorsqu'elle est soignée pour la maladie dont elle va mourir, et ce, même si elle ignore au jour elle rédige son testament qu'elle est atteinte d'une maladie mortelle. La situation de vulnérabilité est caractérisée par la relation entre le soigné et le soignant, sans qu'il soit nécessaire de distinguer

¹¹ Sur l'introduction de cette formule par une loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et des infractions sexuelles et qui connaît de nombreuses entrées dans le Code pénal (notamment art. 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-24, 222-29, 222-4-2, 225-7, 225-12-1, 225-12-6, 225-12-9, 225-16-2, 311-5, 312-2, 313-2, 314-2 et 322-3 du C. pén.), voir GHICA-LE-MARCHAND (Claudia), « La vulnérabilité en droit pénal », in DEBOVE (Frédéric), dir., *Magistrat*, Sirey, 7^e éd., 2017, p. 292-299 ; *addendum* : ROUX-DEMARE (François-Xavier), « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 619-630.

entre le médecin, le chef de service d'un CHU, le cadre de santé, l'infirmier ou un aide-soignant. Rien dans la décision prise à la demande d'une infirmière ne se limite à cette profession et à son exercice libéral. Tout professionnel de santé est visé, tout mode d'exercice confondu.

Née dans un contexte de soin, la vulnérabilité est propice à dégénérer en maltraitance¹² et justifie l'incapacité contractuelle du soignant, et ce, dans le but de prévenir cette maltraitance : l'interdiction qui lui est faite d'accepter un legs de la personne soignée ou de consentir à un acte de donation émanant de celle-ci. L'analyse *in abstracto* valide le mécanisme aveugle de la présomption irréfragable de « captation » d'héritage et, partant, cette incapacité spéciale de jouissance dite de suspicion ou de défiance¹³. Les débats

devant le Conseil constitutionnel ont montré le développement de la législation protégeant les personnes en situation de grande vulnérabilité, spécialement celles qui doivent bénéficier d'une mesure de protection juridique des majeurs¹⁴.

B. Le caractère proportionné de l'atteinte au droit de propriété du disposant

La recherche d'un effet domino

L'infirmière requérante à la QPC n° 2022-1005 cherchait à obtenir le même résultat produit dans la décision favorable à l'auxiliaire de vie et ayant abrogé, en partie, l'article L. 116-4, I, du Code de l'action sociale et des familles. Dans sa décision du 12 mars 2021, le Conseil constitutionnel a jugé que l'atteinte au droit de propriété ne saurait être justifiée par la seule référence à l'intérêt général. Il faut encore que le moyen soit proportionné au but visé. Or, on ne peut déduire du fait que les personnes âgées, handicapées ou dans un état de dépendance ont besoin d'une assistance que « leur capacité à consentir est altérée » (§ 8). De surcroît, les incapacités de disposer qui sont censées les protéger contre elles-mêmes s'appliquent dans le cas où pourrait être apportée la preuve de l'absence de vulnérabilité ou de dépendance du disposant à l'égard du gratifié (§ 10). Par sa nature de règle de fond, la présomption irréfragable est aveugle et, partant, excessive. Or, en jugeant que des dispositions de l'article L. 116-4, I, sont contraires à la Constitution, le Conseil constitutionnel a invité le législateur à assouplir la protection des personnes vulnérables et à substituer à l'incapacité de disposer à titre gratuit une règle de preuve plus proportionnée, telle une présomption

12 Voir la définition que donne le législateur sur la maltraitance : art. L. 119-1 du CASF (loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants) : « La maltraitance au sens du présent Code vise toute personne en **situation de vulnérabilité** lorsqu'un geste, une parole, une action ou un défaut d'action compromet ou porte atteinte à son développement, à ses droits, à ses besoins fondamentaux ou à sa santé et que cette atteinte intervient dans une relation de confiance, de dépendance, de soin ou d'accompagnement. Les situations de maltraitance peuvent être ponctuelles ou durables, intentionnelles ou non. Leur origine peut être individuelle, collective ou institutionnelle. Les violences et les négligences peuvent revêtir des formes multiples et associées au sein de ces situations. »

13 Sur le recours ponctuel aux incapacités de défiance, voir DUGNE (Juliette), *La vulnérabilité de la personne majeure, Essai en droit privé*, thèse, sous la direction de VIALLA (François), université de Montpellier, 2020, Dalloz, 2022, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 216, p. 231-285, spéc. § n° 360 à propos de la considération de la vulnérabilité relationnelle ; *addendum* : NOGUÉRO (David), *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse, sous la direction de DURRY (Georges), Paris 2, 2000 et du même auteur : « Vulnérabilité et aptitude en France », in *La vulnérabilité*, tome LXVIII, Journées québécoises, 2018 (Montréal et Ottawa : 27 mai au 1^{er} juin 2018), Bruylant, 2020, coll. « Travaux de l'Association Henri-Capitant », p. 173-213.

14 Sur la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, voir la présentation de HAUSER (Jean), « Des incapables aux majeurs vulnérables », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2007, p. 14.

simple qui pourrait être renversée par la preuve contraire.

Souhaitant s'engager dans cette brèche et encourager le Conseil constitutionnel à abroger d'autres incapacités de recevoir des libéralités, l'avocat de la requérante a montré en juillet 2022 que le dispositif abstrait et aveugle de protection de la vulnérabilité permettait exceptionnellement à une personne soignée de disposer en faveur d'un parent jusqu'au quatrième degré, mais pas en faveur d'une amie ou d'une personne qu'elle considérait comme sa fille. Par ailleurs, pourquoi la règle frappant les professionnels de santé ne mériterait-elle pas également d'être abrogée pour être remplacée, si le législateur souhaite protéger la vulnérabilité des personnes âgées ou soignées de leur dernière maladie, par un mécanisme plus souple leur permettant, devant notaire, de manifester une volonté ferme, réfléchie, délibérée, libre et éclairée et soutenue par un motif écrit pour dissiper tous les doutes et lever le risque de captation d'héritage ?

Une atteinte au droit de propriété proportionnée au but d'intérêt général en raison d'une double limite

Le Conseil constitutionnel retient cependant deux arguments pour juger l'atteinte légale au droit de propriété proportionnée au but d'intérêt général que s'est fixé le législateur : protéger la vulnérabilité de la personne qui va mourir dans sa relation avec le soignant. *« D'une part, l'interdiction contestée ne vaut que pour les libéralités consenties pendant le cours de la maladie dont le donateur ou le testateur est décédé. D'autre part, elle ne s'applique qu'aux seuls membres des professions médicales, de la pharmacie et aux auxiliaires médicaux énumérés par le Code de la santé publique, à la condition qu'ils aient dispensé des soins en lien avec la maladie dont est décédé le patient. »*

Le premier argument est temporel : la mort du patient permet d'établir la maladie dont il est mort et, à rebours, la période pendant laquelle il a été soigné contre le développement de celle-ci. *A contrario*, le professionnel de santé qui apporte des soins au cours de la vie du patient avant le début de cette maladie mortelle n'est pas visé par l'incapacité de recevoir à titre gratuit.

Le second argument est substantiel : le professionnel de santé qui est en cause est celui qui soigne la maladie mortelle ; s'il apporte des soins au patient pour le soulager d'un autre mal ou le soigner d'autres maux non mortels, il conserve une capacité de recevoir à titre gratuit¹⁵. Le Conseil constitutionnel fait ici référence à la jurisprudence de la Cour de cassation ayant relevé que l'article 909 du Code civil est, comme tout texte qui fonde une incapacité, d'interprétation étroite. Cela dit, la réécriture de l'article 909, alinéa premier, du Code civil et son interprétation à la lumière de l'article 52 du Code de déontologie médicale¹⁶ sont de nature à étendre le domaine de l'incapacité spéciale de jouissance du professionnel de santé : la substitution au « *traitement* » médical des « *soins prodigués* » ne justifierait plus

¹⁵ En l'espèce, dans cet arrêt de cassation pour défaut de base légale, le médecin gratifié avait soigné le disposant, en qualité de mésothérapeute, pour des douleurs rhumatismales, alors qu'il est décédé d'une hémorragie digestive : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2003 : n° 00-15.786, *D.*, 2003, avis SAINTE-ROSE (Jerry), p. 2404 ; *Defrénois*, 2004, note PETERKA (Nathalie), p. 31 ; *RGDA*, 2004, note MAYAUX (Luc), p. 157 ; *addendum* : Cass. 1^{re} civ., 15 janvier 2014 : n° 12-22.950, *Defrénois*, 2014, note AUTEM (Delphine), p. 982.

¹⁶ Art. R. 4127-52 du CSP : « *Le médecin qui aura traité une personne pendant la maladie dont elle est décédée ne pourra profiter des dispositions entre vifs et testamentaires faites par celle-ci en sa faveur pendant le cours de cette maladie que dans les cas et conditions prévus par la loi* » ; et l'alinéa 2 ajoute : « *Il ne doit pas davantage abuser de son influence pour obtenir un mandat ou contracter à titre onéreux dans des conditions qui lui seraient anormalement favorables.* »

de distinguer les soins prodigués **pendant** la maladie et ceux dispensés **pour** la maladie dont est mort le disposant.

Quoi qu'il en soit, l'article 909, alinéa premier, du Code civil est conforme à la Constitution. Non seulement l'infirmière ne peut recevoir une libéralité consentie en sa faveur par la personne qu'elle soigne pendant sa dernière maladie, mais tout professionnel de santé est soumis à cette même interdiction. La décision du 29 juillet 2022 ne scelle cependant pas la constitutionnalité du texte, tant sa motivation suscite des interrogations au regard des règles contenues dans les alinéas 2 et 4.

II. Les insuffisances de la motivation de conformité à la Constitution

Critique de la *ratio decidendi*

La réponse apportée par le Conseil constitutionnel à la QPC valide l'incapacité de disposer à titre gratuit des personnes soignées au profit des professionnels de santé qui les soignent pour la maladie dont elles meurent. La motivation développée au soutien de la décision du 29 juillet 2022 n'est cependant pas transposable aux autres incapacités établies par l'article 909 du Code civil (A). Les incertitudes qui en résultent auraient pu être comblées et anticipées par une analyse plus approfondie du bien-fondé de l'article 909, alinéa premier, du Code civil et de l'exigence de probité qui s'impose aux professionnels assermentés (B).

A. Les faiblesses de la motivation

De l'incapacité de recevoir des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

Institués par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection

juridique des majeurs, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) reçoivent les mesures de protection juridique des personnes qui ne peuvent être confiées à leur famille. Leur désignation est subsidiaire en raison du principe de préférence familiale. Trois modes d'exercice de cette profession ont été maintenus par la loi de 2007, mais toutes les personnes physiques et morales qui sont inscrites sur la liste des MJPM tenue par le préfet de département sont concernées par l'interdiction de recevoir une libéralité. Selon l'article 909, alinéa 2, du Code civil, « *les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires [...]* ». Ainsi, même les salariés des associations tutélaires sont visés par cette règle moralisatrice¹⁷.

Cela dit, aux termes de l'article 909, alinéa 2, du Code civil, la loi précise que l'interdiction de recevoir à titre gratuit des mandataires judiciaires à la protection des majeurs est applicable « *quelle que soit la date de la libéralité* ». En clair, les professionnels de la protection juridique des majeurs sont traités plus sévèrement que les professionnels de santé. Aucune des deux bornes qui limitent

17 Sur laquelle, voir PETERKA (Nathalie) et CARON-DÉGLISE (Anne), *Protection des personnes vulnérables*, Dalloz, 5^e éd., 2020, coll. « Dalloz action », § n° 335.52, p. 639 : l'incapacité de recevoir à titre gratuit du MJPM n'est pas étudiée dans cet ouvrage de référence dans les règles communes à tous les modes d'exercice de cette profession (chapitre 312, p. 442-475), mais dans les limites à la liberté de disposer de ses biens du majeur protégé au titre des sanctions spécifiques aux libéralités. L'incapacité de recevoir des MJPM fonde l'existence du principe de probité ; sur la démonstration, voir RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 463-500, spéc. n° 8.

dans le temps l'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels de santé n'est reprise par l'alinéa 2 de l'article 909 du Code civil.

Le jour où un mandataire judiciaire à la protection des majeurs soulèvera une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne pourra pas juger l'atteinte au droit de propriété proportionnée à son but, car il n'y a ni l'argument du soin de la dernière maladie ni la possibilité d'être gratifié avant que celle-ci ne se déclare. La faiblesse de la motivation ciselée au soutien de la décision de conformité du 29 juillet 2022 peut cependant être comblée en donnant à l'incapacité de jouissance un fondement complémentaire.

De l'incapacité de recevoir des ministres du culte

Tout en sobriété, l'article 909 du Code civil énonce que « *les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte* ». Le pluriel évoquait en 1804 l'interdit de recevoir à titre gratuit et les exceptions relatives aux libéralités intrafamiliales ou rémunératoires. « *Le pouvoir sur l'âme, autant que le pouvoir sur le corps, fait craindre la suggestion ou la captation au point de les présumer*¹⁸. »

Cela dit, il n'est pas certain que les arguments qui fondent l'atteinte proportionnée au droit de propriété du disposant dans sa relation avec un professionnel de santé soient transposables au ministre du culte dans la relation qu'entretiennent les prêtres, pasteurs, rabbins et imams avec leurs fidèles. Le doute est d'autant plus grand que depuis que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ont été introduits à l'alinéa 2 de l'article 909

18 Sur cette incapacité de recevoir à titre gratuit, voir GRIMALDI (Michel), *Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 1^{re} éd., 2000, coll. « Manuel », n° 1085, p. 78, où l'éminent auteur ajoute : « *Aussi cette incapacité obéit-elle aux mêmes règles que celle du médecin.* »

du Code civil, il n'y a plus de lien direct entre les professionnels de santé et les ministres du culte¹⁹. Pourquoi ceux-ci ne seraient-ils pas traités comme les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ?

Quels que soient nos doutes, l'analyse ne manque pas de pistes de réflexion pour réduire ces faiblesses et donner du sens et un fondement aux dispositions de l'article 909 du Code civil qui ont échappé au contrôle de constitutionnalité.

B. Le renfort de l'exigence de probité

De l'incapacité de disposer à celle de recevoir

L'argumentation menée par le Conseil constitutionnel est claire et ferme ; elle paraît solide et implacable. Pour l'être cependant, elle aurait pu répondre à la requérante que « *l'incapacité est à deux têtes*²⁰ ». L'article 909, alinéa premier, du Code civil interdit moins à la personne soignée de sa dernière maladie de disposer de ses biens au profit de son soignant qu'à celui-ci de tirer profit de sa situation et de recevoir une libéralité de la personne traitée. Les incapacités de défiance ont ainsi été instituées par le législateur, à titre de prévention, pour décourager les professionnels de la prise en charge des personnes vulnérables de susciter chez eux une intention libérale à leur profit ou à celui de leurs proches, et ce, grâce aux présomptions d'interposition

19 Sur cette incapacité de recevoir à titre gratuit, voir TERRÉ (François), LEQUETTE (Yves), GAUDEMET (Sophie), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^e éd., 2014, coll. « Précis », § n° 323, p. 308.

20 CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 1 : « [...] Les personnes, [...] », PUF, 2003, coll. « Quadrige », § n° 321, spéc. p. 624 : « *L'incapacité est à deux têtes : le médecin est tout autant incapable de recevoir que le malade : celui-ci de donner, celui-là de recevoir.* »

de personne²¹. Radicale et efficace, l'interdiction de contracter concerne toutes les personnes soignées dans leur relation à leur soignant pendant le traitement de la maladie dont elles vont mourir : autant la personne affaiblie par l'âge, un handicap ou la maladie que celle qui ne souffre pas, qui est saine d'esprit et résolue à gratifier un ami.

L'incapacité de disposer entraîne une incapacité de recevoir et réciproquement, mais des deux interdictions, quelle est la cause et quelle est la conséquence ? Dans sa décision du 29 juillet 2022, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé disproportionnée la protection de la personne vulnérable, et cela, même si la preuve contraire ne peut être rapportée. L'analyse n'aurait-elle pas été plus convaincante si elle avait été menée sous l'angle d'une incapacité de recevoir, établie dans un but de moralisation d'une profession et conséquence d'une incapacité de disposer ? Pourquoi le Conseil constitutionnel n'a-t-il rien dit du statut des professionnels de santé ? Pourquoi n'a-t-il pas relevé l'article 52 du Code de déontologie médicale ?

La distinction entre les professions assermentées et les autres

Le Conseil constitutionnel a levé l'incapacité de disposer au profit des auxiliaires de vie et des services à la personne de type ADMR (aide à domicile en milieu rural [réseau associatif de services à la personne]) dans sa décision du 12 mars 2021. En revanche, il a maintenu celle des professionnels de santé établie à l'article 909, alinéa premier, du Code civil, sans entrer dans le détail des différences statutaires propres aux médecins, aux infirmiers et aux aides-soignants. La moralisation des professionnels de la santé et l'accompagnement des personnes vulnérables sont deux objectifs d'intérêt

général, mais que la législation poursuit en introduisant des mécanismes diversifiés et gradués.

À ce titre, la présomption irréfragable de captation d'héritage est un effet du statut des professionnels assermentés. L'incapacité de recevoir des médecins²² et celle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs²³ sont ainsi fermement fondées. Celle des ministres du culte l'est également, même si les conditions de cette incapacité sont difficiles à cerner depuis qu'elles ne sont plus définies en référence aux médecins, mais, suivant la lettre du texte²⁴, par rapport aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs. En revanche, pour les autres professionnels que sont les aides-soignants et les employés d'un établissement hébergeant des personnes handicapées ou âgées soumis à autorisation ou déclaration en application du Code de l'action sociale et des familles, il est plus difficile de justifier l'interdiction de recevoir à titre gratuit. Il en est de même, à plus forte raison, des bénévoles qui interviennent dans les EHPAD et sont frappés de cette même incapacité depuis la loi du 5 mars 2007²⁵.

À l'endroit des professionnels qui ne prêtent pas serment, l'incapacité de jouissance pourrait donc être remplacée par une technique juridique plus souple. Cette différence de traitement existe déjà entre les curateurs ou tuteurs professionnels, d'une part, et les curateurs ou tuteurs familiaux, d'autre part²⁶. Les premiers sont soumis à une incapacité de jouissance et les seconds à la prohibition de l'opposition d'intérêts qui est

22 Art. R. 4127-109 du CSP.

23 Art. R. 471-2 du CASF.

24 Art. 909, *in fine*, du C. civ.

25 Ancien art. L. 331-4 du CASF, devenu art. L. 116-4.

26 Voir, par exemple, Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2018 : n° 16-24.331, *Droit de la famille*, 2018, « Comm. 287 », note MARIA (Ingrid), p. 37 ; D., 2019, note RAOUL-CORMEIL (Gilles), p. 682.

21 Art. 911 du C. civ.

présumée²⁷ ou facile à prouver lorsque la personne en charge de la protection juridique d'une personne vulnérable a détourné son pouvoir d'assistance ou de représentation à son profit ou à celui d'autrui²⁸. Enfin, la personne vulnérable est protégée par toutes les dispositions pénales qui sanctionnent l'abus de faiblesse²⁹.

L'esprit de modération qui présidait déjà à l'organisation de la protection juridique

des personnes vulnérables ne demande qu'à se développer. Il est temps que le législateur reprenne la main et sécurise la législation. Un contrôle de constitutionnalité *a priori* pourrait même permettre, à cette occasion, d'asseoir le bien-fondé des incapacités de recevoir des libéralités qui auront été maintenues, et cela, plus sûrement qu'au gré des contentieux constitutionnels à venir dérivant d'un litige successoral.

27 Art. 470, al. 3, C. civ.

28 Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2009 : n° 08-16.153, *Droit de la famille*, 2009, « Comm. 114 », note MARIA (Ingrid), p. 35.

29 Art. 223-15-2 du C. pén. : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse [...] d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire [...] cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.* »

② Il n'y a pas lieu de distinguer les modalités d'exercice de la médecine générale pour appréhender l'insuffisance professionnelle d'un praticien

There is no need to distinguish the exercising conditions of general medical practice to take better account of the lack of professionalism by an authorized health care professional

CE, 2 août 2022 : n° 466066

Rémy MEBARKI, doctorant contractuel en droit public, IRENEE, EA 7303

Mots-clés : médecine générale – suspension pour insuffisance professionnelle

Keywords: general medicine – suspension for work deficiency

En l'espèce, un médecin généraliste a fait l'objet, de la part du Conseil national de l'Ordre des médecins, d'une décision de suspension de ses fonctions pour insuffisance professionnelle pour une durée d'un an, assortie d'une obligation de formation visant, pour l'essentiel, à une remise à niveau en médecine générale.

Souhaitant faire annuler cette décision qu'il considère comme illégale, le médecin a intenté un recours pour excès de pouvoir contre cette décision, préalable obligatoire à l'exercice de tout référé-suspension (voir article L. 521-1 du Code de justice administrative). Ce dernier a saisi directement le Conseil d'État en application de l'article R. 4124-3-3 du Code de la santé publique, lequel affirme la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressorts lorsque la décision contestée a été prise par le Conseil national de l'Ordre des médecins. Autrement dit, le Conseil d'État était saisi de deux recours s'agissant de cette affaire : un recours au fond, visant à faire annuler la mesure de suspension infligée ; un recours d'urgence, visant à faire suspendre sans délai cette décision (article L. 521-1 du Code de justice administrative). C'est à propos de ce dernier recours – le référé-suspension – qu'a été rendue l'ordonnance commentée.

L'analyse du Conseil d'État se concentre, en l'espèce, sur l'une des deux conditions prévues par le Code de justice administrative pour faire droit à une demande de suspension : l'existence d'un « *doute sérieux quant à la légalité de la décision* » (voir article L. 521-1 du Code de justice administrative). Pour démontrer que cette condition est remplie, le requérant invoquait plus précisément deux moyens principaux. D'une part, la décision de suspension serait entachée d'un vice de procédure tenant au fait que ledit médecin n'aurait pas été invité à désigner l'expert de son choix. D'autre part, elle serait entachée d'une erreur d'appréciation en ce que le Conseil national

a estimé que la poursuite de son activité était dangereuse, et ce, en ce que l'interdiction d'exercice aurait dû se limiter à ses activités de garde.

Le Conseil d'État répond par la négative en procédant à la technique de l'ordonnance de tri prévue à l'article L. 522-3 du Code de justice administrative. Il considère, à ce titre, que la demande de suspension était manifestement mal fondée, car il apparaissait manifeste qu'aucun des moyens invoqués par le médecin n'était propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision de suspension (voir CE, réf., 16 novembre 2001 : n° 239977, *Aubry*, *Recueil Lebon*, 2001, « Tables », p. 1092).

Si l'absence d'un vice de procédure n'appelle pas, en l'espèce, de développement particulier dans la mesure où le médecin avait été effectivement invité à désigner un expert d'après les termes de la décision de suspension, tel n'est pas le cas de la question de la qualification juridique des faits qui mérite ici de retenir l'attention. La décision est intéressante à un double titre : d'abord, elle apprécie globalement la dangerosité de l'insuffisance professionnelle d'un médecin généraliste (I) ; ensuite, elle appréhende de manière générale l'activité de médecine générale (II).

I. L'appréciation globale de la dangerosité de l'insuffisance professionnelle

L'insuffisance professionnelle du praticien est avérée (A), mais la dangerosité qui en découle s'avère discutable (B).

A. Une insuffisance professionnelle avérée

L'insuffisance professionnelle peut se définir comme l'inaptitude d'une personne occupant un emploi à remplir les missions qui lui sont affectées. Une telle insuffisance peut, par exemple, se manifester

par un manque de connaissances ou encore par des malfaçons répétées. Quoi qu'il en soit, une telle donnée se démontre par rapport aux obligations qui incombent aux professionnels. Pour revenir sur l'activité de médecine générale, l'insuffisance professionnelle peut se caractériser par un manque de connaissances conduisant le praticien à être dans l'incapacité de respecter le serment d'Hippocrate. Ce serment que prêtent les médecins avant d'entrer en fonction les amène notamment à jurer que leur premier souci sera de « rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux » et qu'ils feront tout « pour soulager les souffrances ». Cependant, pour un spécialiste, produire des prescriptions médicales erronées, avoir de graves lacunes dans sa propre spécialité conduit nécessairement ces praticiens à ne pas pouvoir rétablir la santé de leurs patients.

Au cas d'espèce, le Conseil d'État (point 5) dit que le rapport d'expertise sur lequel se fonde la décision de suspension énonce que l'intéressé possède de « nombreuses lacunes dans ses connaissances médicales », qu'il se borne à prescrire des arrêts de travail ou encore, « dans une moindre mesure », des renouvellements d'ordonnances. Ainsi, l'insuffisance professionnelle du médecin est avérée pour deux raisons principales : d'une part, le contenu du rapport d'expertise et, d'autre part, par le fait qu'il ne conteste pas son insuffisance professionnelle. Néanmoins, pour qu'une mesure de suspension pour insuffisance professionnelle respecte les dispositions de l'article R. 4124-3-5 du Code de la santé publique, encore faut-il que cette insuffisance professionnelle constitue un danger pour la santé publique.

B. Une dangerosité discutable

La dangerosité de la poursuite de l'activité professionnelle doit être démontrée

et renvoie aux risques auxquels s'exposeraient les patients en sollicitant une consultation du médecin. Cette dangerosité à l'égard des patients peut être démontrée, par exemple, pour un chirurgien lorsque celui manque significativement de pratique quant à certains actes de chirurgie générale et de chirurgie vasculaire (voir CE, 13 février 2019 : n° 414252, *AJDA*, 2019, p. 1619) tout comme pour le cas de prescriptions médicales erronées constatées par l'Assurance maladie (voir CE, 30 mai 2022 : n° 456439). Un manque de connaissances caractérisé en soins premiers de pédiatrie, de gynécologie et de médecine de l'adulte peut aussi caractériser la dangerosité du praticien (voir CE, 24 décembre 2019 : n° 427109). L'enseignement à tirer de tels exemples est qu'un manque de pratique ou de connaissances théoriques peut amener le praticien à faire des erreurs chirurgicales, de diagnostic médical pouvant avoir de graves conséquences sur les patients, telles qu'une infirmité ou des complications imprévisibles.

Ces considérations appliquées à la présente ordonnance peuvent susciter des interrogations quant à la dangerosité véritable du requérant. En effet, *de facto*, ce dernier exerçait la médecine en connaissance de cause en ne se bornant notamment qu'à prescrire des renouvellements d'ordonnances ou des arrêts de travail. La prise de risque du médecin étant minimale en matière d'exercice libéral de la profession, sa dangerosité ne semble pas être si avérée que cela. À ce titre, un autre élément peut mener à cette conclusion. Le requérant, lorsqu'il n'était pas en mesure de prodiguer les soins nécessaires dans son cabinet, renvoyait ses patients vers « des confrères généralistes ou spécialistes » (point 5). Une telle pratique est d'ailleurs nécessairement en adéquation avec le serment d'Hippocrate, lequel énonce que le médecin n'entreprendra rien qui dépasse ses connaissances. Il était alors judicieux, pour le médecin,

de s'appuyer sur le rapport qui énonçait bien que, dans son activité de médecine libérale, la poursuite de son activité n'était pas dangereuse. Ainsi, si son activité de médecine libérale n'était pas dangereuse – contrairement à son activité de garde –, la décision de suspension n'aurait pas dû être générale. Cependant, le Conseil d'État a accueilli (point 6) le moyen tiré de l'erreur d'appréciation tenant au fait que la poursuite de son activité n'était pas dangereuse comme étant manifestement insusceptible de créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision de suspension.

II. L'appréhension générale de l'activité de médecine générale

Une mesure de suspension pour insuffisance professionnelle se doit être proportionnée (A), proportionnalité révélée par le fait qu'il n'y a pas lieu, par principe, de distinguer les modalités d'exercice de la profession de médecin généraliste (B).

A. La nécessaire proportionnalité de la mesure de suspension

Une décision de suspension pour insuffisance professionnelle constitue une décision de police (CE, 7 juin 2017 : n° 403567, *M. Bunier, Recueil Lebon*, 2017, « Tables », p. 766-779). Elle n'est en aucun cas de nature juridictionnelle (CE, 13 juillet 1968 : n° 73461, *Ledoux, Recueil Lebon*, 1968, p. 435) ou une sanction (CE, 13 juillet 1968 : n° 73461, *Ledoux, Recueil Lebon*, 1968, p. 435). Il s'agit d'une décision administrative prise par l'Ordre en vue d'assurer la bonne organisation du service public qu'il assure. Plus précisément, l'objet de cette mesure est de tirer les conséquences d'une insuffisance professionnelle en vue de protéger la santé publique. En effet, son objectif est de protéger les patients de l'incompétence professionnelle des praticiens. Comme il s'agit d'une mesure de police, il est de jurisprudence

constante qu'elle doit être proportionnée (CE, 19 mai 1933, n° 17413 et n° 17520, *Benjamin, Recueil Lebon*, 1933, p. 541). Ainsi, le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir sur une décision de suspension pour insuffisance professionnelle est un contrôle entier (CE, 7 juin 2017 : n° 403567, *M. Bunier, Recueil Lebon*, « Tables », p. 766-779, préc.). Pour autant, en matière de référé-suspension, il n'est question que de « *créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ». Il s'agit alors d'un contrôle plus souple qu'en matière d'excès de pouvoir. Plus loin encore, en usant de l'ordonnance de tri, le Conseil d'État se borne à démontrer que les moyens ne permettent manifestement pas de créer un tel doute, ce qui rend ce contrôle encore plus souple.

Pour qu'une décision administrative soit proportionnée, cette dernière doit être en adéquation avec les faits reprochés. En d'autres mots, il ne faut pas qu'une décision moins restrictive permette d'arriver au même résultat. Appliqué au cas d'espèce, il ne faut pas que des modalités de suspension moins restrictives permettent de protéger tout autant la santé des patients. Tout le questionnement repose ici sur le fait de savoir si la suspension totale constituait une mesure proportionnée. Le rapport d'expertise, sur lequel le médecin appuie sa défense, mentionne que l'exercice de son activité en cabinet libéral n'était « *actuellement* » pas dangereux pour ses patients. La solution retenue par les experts est cependant contraire concernant son activité de médecine de garde en maison médicale, ces derniers recommandant (point 5) « *qu'il cesse cette activité qui l'amène à intervenir en première ligne* ». Dès lors, il n'est pas impossible de penser que la décision aurait pu être proportionnée si elle s'était bornée à ne suspendre le médecin que là où sa pratique était dangereuse, autrement dit, si elle ne s'était bornée qu'à le suspendre de son activité de garde.

Pour autant, la suspension émise est générale, car le Conseil d'État considère (point 7) qu'il n'y a pas lieu de distinguer les modalités d'exercice de l'activité de médecine.

B. L'absence de distinction quant aux modalités d'exercice de l'activité de médecine

Le Conseil d'État, pour considérer qu'il n'y a pas de doute sérieux quant à la légalité de la décision de suspension, appréhende l'activité de la médecine générale dans son ensemble. En effet, en estimant (point 7) que « *les situations cliniques que l'intéressé est susceptible de rencontrer dans son exercice libéral de médecine générale ne sauraient être distinguées, par principe, de celles qu'il peut connaître lorsqu'il assure une permanence en maison médicale* », le Conseil d'État considère que, sauf circonstances particulières, la pratique de la médecine générale est une pratique globale. En d'autres termes, il n'y a pas

lieu de distinguer les conditions dans lesquelles la médecine générale se pratique. Par ailleurs, il semble cohérent d'estimer qu'il n'y a aucune différence dans le traitement de patients atteints d'une même maladie – attendant un même diagnostic – entre celui qui se rend dans un cabinet d'exercice libéral de la médecine générale et celui qui obtient une consultation de la part d'un médecin de permanence dans une maison médicale.

S'il n'y a pas lieu de distinguer les conditions d'exercice de la médecine générale, la décision de suspension contestée apparaît comme proportionnée, quand bien même elle serait générale. Ainsi, il apparaissait manifeste que la poursuite de l'activité du requérant était dangereuse en toutes circonstances, ce qui explique le rejet de la demande de suspension de la décision.

3 Collaboration libérale et indépendance d'exercice : les précisions de la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre national des infirmiers (CDNONI)

Liberal collaboration and independence of practice: clarifications from the disciplinary chamber of the National Disciplinary Chamber of the National Order of Nurses

CDNONI, 12 septembre 2022, aff. n° 314 et CDNONI, 12 septembre 2022, aff. n° 359, n° 359-1 et n° 359-2

Guillaume ROUSSET, maître de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS, CRDMS

Mots-clés : infirmier – cabinet libéral – collaborateur libéral – commerce – redevance – déontologie
Keywords: nurse – private practice – freelance collaborator – trade – royalty fee – deontology

De quelle indépendance bénéficie un professionnel de santé, ici infirmier, dans le cadre d'une collaboration libérale qui l'unit à des confrères au sein d'un cabinet ? La question est simple à formuler, mais il n'est pas toujours aisé d'y répondre, ce que montrent assez bien les deux affaires ici commentées. Cette interrogation est soumise à l'instance ordinaire, ce point étant peu traité dans le cadre du contentieux judiciaire classique. En effet, la seule décision identifiée est celle dans laquelle la Cour de cassation a pu juger qu'il y a délit de travail dissimulé lorsqu'un infirmier censé être collaborateur libéral perçoit en réalité une somme fixe mensuelle connue d'avance et ne jouit d'aucune indépendance économique ni technique vis-à-vis de l'infirmier titulaire, en particulier lorsque ce dernier fixe la nature et le volume des soins à apporter par le collaborateur à ses propres patients (Cass. crim., 31 octobre 2017 : n° 16-86.948).

La chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des infirmiers a rendu, en formation d'appel, deux décisions en date du 12 septembre 2022. À chaque fois, le contentieux se fonde sur notamment l'article R. 4312-88 du Code de la santé publique (CSP), issu du Code de déontologie des infirmiers, disposition selon laquelle, rappelons-le, « *l'infirmier peut s'attacher le concours d'un ou plusieurs confrères collaborateurs libéraux, dans les conditions prévues par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Chacun d'entre eux exerce son activité en toute indépendance, sans lien de subordination, et dans le respect des règles de la profession, notamment le libre choix de l'infirmier par les patients, l'interdiction du compérage et la prohibition de la concurrence déloyale.* »

Les deux cas sont convergents, mais méritent d'être distingués en ce que les faits n'ont pas la même ampleur et, surtout, ne connaissent pas la même issue.

Dans le premier contentieux (aff. n° 314), un infirmier libéral est gérant d'une société d'exercice travaillant sur deux sites, mais avec une seule plaque indiquant la société et sans aucun nom de personne physique indiqué. Il n'exerce l'activité d'infirmier que de manière résiduelle, consacrant l'essentiel de son temps à la gestion organisationnelle du cabinet, ce dont le juge a déduit qu'il n'exerçait plus la profession. Il a recours à jusqu'à deux cents collaborateurs, avec en moyenne entre soixante-deux et quatre-vingts exerçant simultanément et une répartition des zones d'intervention pour un total de neuf cents patients. Chaque collaborateur libéral doit verser une redevance de 700 euros TTC par mois en contrepartie de la mise à disposition des moyens matériels et de communication du cabinet.

Que pense de tout cela le juge disciplinaire ? En première instance, une radiation est prononcée, ce qui sera confirmé dans la présente décision (même si cela est finalement sans effet réel, l'infirmier s'étant radié volontairement du fait de la réussite obtenue dans le cadre des études de médecine qu'il suivait par ailleurs). Comment en arrive-t-on à cette sanction ? Le juge se fonde notamment sur deux points clés. Le premier porte sur le caractère excessif du recours aux collaborateurs libéraux, mais sur la base d'un raisonnement nuancé. En effet, quant à l'appréciation de savoir s'il existe un chiffre précis constituant le maximum de collaborateurs qu'un infirmier peut avoir, le juge constate qu'aucun texte ne le prévoit explicitement, même si la piste d'un maximum de cinq a été imaginée lors de la rédaction du projet de Code de déontologie des infirmiers ; ce qui donne une idée de l'ampleur de ce qui est perçu comme normal et montre nettement le décalage avec le cas ici étudié. Pour autant, le juge disciplinaire s'estime incompétent pour apprécier le nombre maximum de collaborateurs que l'on peut avoir et renvoie la question de la fixation précise de ce nombre aux

pouvoirs législatif et réglementaire. Il en déduit que l'argument est inopérant. Cela ne l'empêche cependant pas de conclure que les conditions d'exercice en cause ne respectent pas l'obligation déontologique de ne pas exercer ce métier comme un commerce.

Le second point a trait à la redevance. Son principe n'est pas en soi interdit, car il ne correspond pas à un partage d'honoraires (interdit par l'article R. 4312-30 du CSP dans sa version applicable à l'époque des faits) ou à un système de commissions (lui aussi interdit par l'article 4312-29 du CSP). Le juge estime que cette redevance doit être invalidée du fait de son caractère disproportionné aux services rendus et aux charges occasionnées.

Dans le second contentieux, les faits sont proches, mais d'une ampleur moindre, ce qui justifiera une décision différente. Une société exploite un cabinet unique composé d'une salle de soins accolée à des locaux administratifs, sans aucune plaque de personne physique, seule celle de la

société étant prévue, comme dans la première affaire. De vingt-cinq à trente-cinq collaborateurs libéraux exercent simultanément, ce qui pose la question d'un recours excessif à la collaboration libérale. Là encore, le gérant n'exerce plus réellement la profession d'infirmier. Différence importante cependant : la redevance prévue connaît un autre mode de calcul et correspond à 20 % de la valeur des actes réalisés le mois précédent. Au vu de tous ces éléments, le juge porte une appréciation différente. Il prononce certes une sanction, mais d'une ampleur moindre, puisqu'elle correspond à une interdiction temporaire d'exercer de trois ans avec sursis (la première instance ayant abouti au rejet de la plainte). Pour le recours excessif aux collaborateurs, le raisonnement est identique, car il se fonde non pas sur un maximum qui n'est pas fixé, mais sur une dérive commerciale. Quant à la redevance, la conclusion est identique, mais sur un fondement différent, puisqu'elle est jugée ici comme un partage d'honoraires, lequel correspond à une pratique interdite.

Sous la direction de :

M. GIRER, maîtresse de conférences, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS
J. DUGNE, maîtresse de conférences, université de Haute-Alsace, CERDACC

DROIT DES PATIENTS

1 La réalisation de tests génétiques par le candidat à l'assurance reste sans effet sur les garanties de décès et d'invalidité

The carrying out of genetic tests by the insurance applicant has no effect on the death and disability guarantees

Cass. 2^e civ., 31 août 2022 : n° 20-22.317

Bruna DE SOUZA MOULIN, doctorante en Droit, laboratoire de droit privé de la faculté de Droit de Montpellier

Mots-clés : tests génétiques – assurance

Keywords: genetic testing – insurance

L'assureur garantissant les risques d'invalidité et de décès peut-il se prévaloir des explorations génétiques réalisées par l'assuré dans la phase précontractuelle pour lui refuser la garantie conventionnelle ? Est-ce le candidat à l'assurance tenu de l'informer de la réalisation d'explorations génétiques avant la souscription de l'assurance vie ? À l'ensemble de ces questions la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a répondu par la négative dans une décision du 31 août 2022 (REDON [Margaux], « Déclaration du risque et assurance prévoyance : l'impossible évaluation du risque à partir des résultats de tests génétiques », *JCP G*, n° 37, 2022, p. 1014 ; *D.*, 2022, p. 1517).

En l'espèce, la demanderesse faisait l'objet d'explorations génétiques depuis juin 2012. Afin de bénéficier d'un contrat d'assurance, l'intéressée remplit

le 1^{er} septembre 2013 un questionnaire de santé en répondant « non » à la question : « Êtes-vous actuellement sous traitement ou surveillance médicale (y compris dans le cadre d'une grossesse pathologique) ? » Le 2 septembre, la candidate à l'assurance est informée des résultats de ses tests génétiques : la maladie de Steinert lui est diagnostiquée. La demanderesse adhère au contrat d'assurance de groupe « Attol professions paramédicales » et à l'assurance « La Retraite » respectivement le 5 et le 10 septembre 2013.

À la suite d'un arrêt de travail intervenu entre le 13 avril 2015 et le 29 février 2016, l'assurée demande le bénéfice des garanties contractuelles, ce qui est refusé par l'assureur, lequel se sert des tests génétiques pour lui opposer une omission de ses antécédents médicaux et la

conséquent annulation de deux contrats d'assurance.

La cour d'appel de Douai prononce la nullité des contrats litigieux, rejetant ainsi l'intégralité des demandes de l'assurée. Les juges du fond considèrent que la demanderesse a commis une fausse déclaration en omettant la réalisation des explorations génétiques.

La Cour de cassation casse et annule partiellement la décision des juges du fond. Au visa des articles L. 113-2 et L. 113-8 du Code des assurances et des articles L. 133-1 et L. 1141-1 du Code de la santé publique, les hauts magistrats affirment que l'assureur garantissant des risques d'invalidité et de décès ne peut poser des questions sur la réalisation de tests génétiques ni tenir compte de ses résultats – même si ces derniers lui sont communiqués de gré par l'assuré – lors de la conclusion du contrat.

La lutte contre les discriminations du fait des caractéristiques génétiques est au cœur de cette décision. Les assureurs proposant des contrats d'assurance sur la vie seraient les premiers intéressés à prodiguer l'utilisation des tests génétiques pour l'appréciation du risque de décès et d'invalidité.

Si les tests génétiques, antérieurement utilisés pour expliquer une maladie, sont devenus un instrument de médecine probabiliste, incapables de tenir compte de la complexité biologique non entièrement soumise au déterminisme génétique (CCNE, Avis n° 124, 21 janvier 2016), il en demeure que la prédisposition génétique peut influencer sur le risque assuré et éventuellement supprimer l'aléa (EWALD [François], « À quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », in *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 167 ; MARTHA-MALAUZAT [Marie-Isabelle], « La finalité des tests génétiques et le droit des assurances », in *Le Lamy droit*

de la santé, Paris, Wolters Kluwer, 30 septembre 2020, n° 360 : « Examen des caractéristiques génétiques d'une personne »).

En 1994, la Fédération française des sociétés d'assurance adopte un moratoire s'engageant à ne pas tenir compte du résultat des tests génétiques pour la conclusion des contrats d'assurance sur la vie durant une période de cinq ans. En 1999, ce moratoire a été renouvelé pour la même durée. Entre-temps, le législateur s'est emparé de la question pour interdire l'utilisation de tests génétiques dans le domaine des assurances (FARNOS [Claire], *Les tests génétiques à la lumière des principes de bioéthique*, LEH Édition, 2013, p. 63-64).

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 consacre ainsi le principe de non-discrimination du fait de ses caractéristiques génétiques dans l'art. 16-3 du Code civil. L'effectivité de cette disposition est complétée par l'interdiction des tests génétiques dans le domaine des assurances à l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique. Ce principe s'inscrit également dans le prolongement de l'interdiction de discriminations de l'article 14 de la CEDH et de l'article 21 de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'application du principe de non-discrimination en droit des assurances permet, d'une part, de ne pas tenir compte d'une maladie non encore avérée et, d'autre part, de contrer l'exclusion du marché de la consommation, dont on sait que la conclusion d'un grand nombre de contrats dépend d'une assurance sur la vie.

Dans l'horizon, la réduction des coûts des tests génétiques et sa mise à disposition dans le marché de la consommation dans de nombreux pays risquent encore de susciter des débats quant à l'utilisation à des fins non médicales, notamment au nom du droit à l'accès à ses origines (PERBAL [Bernard], « Pour une liberté surveillée des tests génétiques », *LPA*, n° 179, 2015, p. 10).

2 Θάνατον έπεκαλειτο (Il appelle la mort)

He called death

Comité consultatif national d'éthique, avis n° 139 : « Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité », 13 septembre 2022

Conseil d'État, 19 août 2022 : n° 466082

François VIALLA, professeur des universités, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & santé, université de Montpellier, UR-UM 206

Mots-clés : fin de vie – suicide assisté – assistance au suicide – euthanasie – directives anticipées

Keywords: end of life – assisted suicide – euthanasia – advance directives

Les fabulistes nous auraient-ils trompés ? Ésope, dans *Le vieillard et la mort*, comme La Fontaine, avec *La mort et le bûcheron*, parviennent à une même conclusion. Si nous appelons parfois la mort de nos vœux, lorsqu'elle se présente, nous tentons de lui échapper :

« *Le trépas vient tout guérir ;
Mais ne bougeons d'où nous sommes.
Plutôt souffrir que mourir,
C'est la devise des hommes.* »

Lassantes, les prises de position des thuriféraires comme des opposants à l'acte médico-létal ou thanato-légal (VIALLA François, « Le refus de soins », in FORTIER [Vincente] et VIALLA [François], dir., *La religion dans les établissements de santé*, LEH Édition, 2013, coll. « À la croisée des regards », p. 382 ; VIALLA [François], « *Cupio dissolvi* », in VIELFAURE [Pascal], VIALLA [François] et JOLY [Sophie], dir., *Le suicide, De l'antiquité au XXI^e siècle*, LEH Édition, 2022, coll. « À la croisée des regards », p. 366 et suivantes) ont cette particularité d'être toujours ancrées sur les notions de dignité et de liberté ! Pour les uns, le principe cardinal de dignité justifie qu'existent des limites à la liberté individuelle ; Pour les autres, la dignité ne peut être imposée à la personne : « [...] Deux approches radicalement différentes peuvent être retenues suivant que l'on envisage la dignité exigée

par la personne et la dignité attendue d'elle » (DREYER [Emmanuel], « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, p. 2730 ; MOUTOUH [Hugues], « La dignité de l'homme en droit », *RDP*, 1999, p. 161 ; MATHIEU [Bertrand], « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie, Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion des témoins de Jéhovah », *RGDM*, n° 9, 2009, p. 101).

Sauf à verser dans le manichéisme absolu ou dans un angélisme de façade, on doit admettre que les questionnements soulevés sont singulièrement complexes et qu'ils méritent une réflexion apaisée qui dépasse les prises de position individuelles, si respectables soient-elles : « *La comédienne Line Renaud assure, jeudi 15 septembre sur France inter, avoir convaincu Emmanuel Macron d'aller plus loin que la loi Claeys-Leonetti pour une fin de vie dans la dignité. "Il a dit lui-même que ça allait changer." [...] Line Renaud a affirmé faire confiance au président de la République pour faire voter une loi en 2023. "Emmanuel [Macron] est quelqu'un qui va jusqu'au bout. Il ira jusqu'au bout", estime la comédienne [...]* » (https://www.francetvinfo.fr/societe/euthanasie/loi-sur-la-fin-de-vie-je-pense-que-j-ai-convaincu-emmanuel-macron-d-aller-plus-loin-assure-line-renaud_5362006.html, date de consultation : 11 octobre 2022).

La place faite à la volonté est au cœur du débat. Si la volonté de mourir semble occuper tout l'espace médiatique, on se doit aussi de s'interroger sur l'expression d'une volonté, acharnée ou obstinée, de vivre.

Volonté de mourir ?

Les mêmes constats sont incessamment dressés : persistance du « mal-mourir » dans notre pays, insuffisance des structures de soins palliatifs, imparfaite connaissance des dispositions légales et réglementaires, rareté des directives anticipées. Confrontés à ces réalités, nous envisageons d'y apporter une réponse par le recours à... la loi, mais, conscients du caractère pour le moins sensible des questions soulevées, les responsables politiques multiplient les précautions afin que ni la conduite ni la conclusion des débats ne puissent leur être reprochées.

Une énième convention citoyenne sur la fin de vie nous est donc promise. Elle sera organisée par le Conseil économique social et environnemental (CESE). On se souviendra qu'en 2018 le CESE avait déjà pris position en faveur d'une « *sédation profonde explicitement létale* » (CESE, « Fin de vie : la France a l'heure des choix », avis présenté par M. GAILLY [Pierre-Antoine], rapporteur au nom de la commission temporaire « Fin de vie », 10 avril 2018 https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2018/2018_10_fin_vie.pdf : « *La législation en vigueur pourrait être amendée sur les points suivants : les dispositions relatives au droit de la personne malade de "refuser ou ne pas recevoir un traitement" pourraient inclure également la possibilité de demander au médecin de se voir administrer, sous conditions définies par la loi, une sédation profonde explicitement létale. Un tel amendement, qui réaliserait une dépénalisation conditionnelle de l'aide à mourir,*

devrait préciser la définition de ce soin ainsi que les modalités de l'acte, selon que celui-ci est réalisé par le médecin (et donc assimilable à une euthanasie) ou par la personne elle-même (et donc assimilable à un suicide assisté). Cela induit une révision des règles éthiques définies par l'Ordre des médecins pour éviter qu'un acte "dépénalisé" puisse faire l'objet de sanctions professionnelles [...] »).

Dans ce contexte, le CCNE a souhaité se prononcer dans le cadre d'une autosaisine (juin 2021). L'avis n° 139 « Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité » succède notamment à l'avis n° 121 « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir » (13 juin 2013), à l'avis n° 63 « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie » (27 janvier 2000) ou à l'avis n° 26 intitulé « Avis concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs » (24 juin 1991).

L'avis n° 139 a été fortement relayé dans la presse qui y a majoritairement vu une porte ouverte, ou entre-ouverte, à l'aide médicale à mourir, à l'assistance au suicide, au suicide assisté, voire à l'euthanasie (LE DRÉAU [Alice], « Fin de vie : le Comité d'éthique dit "oui" à l'assistance au suicide », *La croix*, 13 septembre 2022, <https://www.la-croix.com> ; FAVEREAU [Éric], « Aide médicale à mourir : un tournant majeur », *Libération*, 13 septembre 2022, <https://www.liberation.fr> ; LECLAIR [Agnès], « Fin de vie : le Comité d'éthique ouvre la voie au suicide assisté », *Le Figaro*, 13 septembre 2022, <https://www.lefigaro.fr>). Il convient toutefois de se pencher sur les termes mêmes de cet avis pour tempérer quelque peu l'analyse qui nous en est communément proposée.

Le CCNE souligne tout d'abord que son avis, qui n'a d'autre vocation que « *[d']éclairer le débat citoyen, les pratiques des professionnels de santé et le législateur [...], a fait débat entre les membres du CCNE et a conduit le Comité à publier, joint à l'avis majoritaire, une opinion différente portée par un certain nombre de ses membres* ».

Il aborde ensuite les questions éthiques soulevées par l'application du droit positif dans les diverses situations de fin de vie. Sur ces différents points, le CCNE « *[...] observe une évolution positive du droit des personnes à la fin de leur existence depuis une vingtaine d'années, en particulier grâce à la loi Claeys-Leonetti de 2016 [...]* ». Il constate cependant la persistance « *[d']un décalage entre la loi et son application. De ce point de vue, il regrette qu'il n'y ait pas eu de réelles évaluations de l'impact des différentes lois* ». Pareillement, il pointe du doigt l'insuffisance des plans successifs en faveur des soins palliatifs. Plus généralement, le CCNE remarque que nos concitoyens peinent à s'approprier les mécanismes mis à leur disposition (personne de confiance, directives anticipées). Toutefois, pour le Comité « *le cadre juridique actuel est satisfaisant lorsqu'un pronostic vital est engagé à court terme, "offrant des dispositifs respectueux de la dignité des personnes atteintes de maladies graves et évoluées"* ».

Le CCNE, toutefois, constate que l'actuel dispositif légal ne permet pas d'apporter de réponses adaptées à certaines situations peu fréquentes, ce qui peut justifier la réouverture des débats (personnes souffrant de maladies graves et incurables provoquant des souffrances réfractaires, dont le pronostic vital n'est pas engagé à court terme, mais à moyen terme ; situations de dépendance à des traitements vitaux dont l'arrêt, décidé par la personne lorsqu'elle est consciente et sans altération de ses

fonctions cognitives, n'entraîne pas un décès à court terme).

Pour le CCNE, dès lors que le législateur viendrait à s'emparer de ce sujet, « *il existe une voie pour une application éthique d'une aide active à mourir, à certaines conditions strictes, avec lesquelles il apparaît inacceptable de transiger* ». Le Comité précise quels repères éthiques devraient guider les parlementaires s'ils envisageaient de légiférer sur « *la possibilité d'un accès légal à une assistance au suicide [...] ouverte aux personnes majeures atteintes de maladies graves et incurables, provoquant des souffrances physiques ou psychiques réfractaires, dont le pronostic vital est engagé à moyen terme* ». Si l'assistance au suicide est évoquée, le suicide assisté (VIALLA [Français], « *Cupio dissolvi* », *op. cit.*), voire l'euthanasie, sont aussi envisagés pour les personnes qui ne sont pas physiquement aptes à un tel geste (suicide) : « *C'est pourquoi certains proposent que ces patients puissent disposer en outre d'un accès légal à l'euthanasie sous la même condition d'un pronostic vital engagé à un horizon de moyen terme. D'autres estiment que la loi ne doit pas établir d'exception à l'interdit de donner la mort et souhaitent que les décisions médicales face à des cas exceptionnels soient laissées, le cas échéant, à l'appréciation du juge. Le CCNE laisse au législateur, s'il s'emparait du sujet, la responsabilité de déterminer alors la démarche la plus appropriée pour encadrer ces situations.* »

Les repères éthiques « *en cas de dépenalisation de l'aide active à mourir* » sont précisés par le Comité :

« *La demande d'aide active à mourir devrait être exprimée par une personne disposant d'une autonomie de décision au moment de la demande, de façon libre, éclairée et réitérée, analysée dans le cadre d'une procédure collégiale.*

La décision de donner suite à une demande d'aide active à mourir devrait faire l'objet d'une trace écrite argumentée et serait prise par le médecin en charge du patient à l'issue de la procédure collégiale définie à l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique. Cette procédure permettrait notamment de s'assurer que les souffrances physiques et/ou psychiques de la personne sont réfractaires.

Le médecin en charge du patient et les autres professionnels de santé participant à la procédure collégiale devraient pouvoir bénéficier d'une clause de conscience, accompagnée d'une obligation de référer le patient à un praticien susceptible de donner suite à la demande du patient.

La loi telle que reformée par les dispositions envisagées aux points précédents devrait faire l'objet d'une évaluation dans un délai maximum de cinq ans après sa mise en œuvre et être réévaluée ultérieurement. »

Il convient d'observer que, dans ses recommandations, le CCNE souligne qu'il « ne comprendrait ni l'absence d'engagement des acteurs politiques en faveur de mesures de santé publique dans le domaine des soins palliatifs ni la limitation du débat à celles-ci. Les propositions du CCNE sont ainsi développées en deux volets d'égale importance, et leur complémentarité doit guider la réflexion du législateur. Elles reposent sur la conciliation de deux principes fondamentaux : le devoir de solidarité avec les personnes les plus fragiles et le respect de l'autonomie de la personne. » Dès lors, l'éventuelle évolution de la législation ouvrant la possibilité d'une aide active à mourir ne peut être envisagée sans un « renforcement des mesures de santé publique dans le domaine des soins palliatifs ». L'accès effectif aux soins palliatifs semble bien érigé en

prérequis indispensable, mais le législateur l'entendra-t-il ?

Enfin, le Comité souligne qu'il « privilégie le débat public à un référendum en raison de l'extrême complexité du sujet, de l'importance des nuances qui existent derrière chaque possibilité analysée ».

La volonté de mourir pourrait bien être légalement consacrée dans un prochain avenir, mais on se doit de rappeler, avec le CCNE (dans son avis n° 121), que « déplacer la frontière de l'interdit ne supprimerait pas cette frontière : quelle que soit la limite, il existera toujours des situations limites qui la rencontreront et l'interrogeront ».

La plupart des contributions au débat semblent présumer, voire faire accroire, que tout un chacun souhaiterait, en dernière extrémité, bénéficier d'une aide active à mourir, mais la volonté est parfois capricieuse et nous réserve quelques surprises inattendues.

Volonté de vivre ?

C'est une situation pour le moins inhabituelle qui a conduit le Conseil d'État à saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Une personne est victime, le 18 mai 2022, d'un polytraumatisme grave compliqué par un arrêt cardiorespiratoire après son écrasement par un véhicule utilitaire sur lequel il effectuait des réparations. Le patient est admis au centre hospitalier de Valenciennes et pris en charge par le service de réanimation, au sein duquel il est placé dans un coma afin de stabiliser son état de santé. À l'issue de nombreux examens réalisés entre le 20 et le 30 mai 2022 et « après étude du dossier par les équipes neuro/radio et éthique du centre hospitalier et le recueil de l'avis de réanimateurs extérieurs, relevant du centre hospitalier universitaire de Lille, l'état de M. D... a été

considéré comme insusceptible d'amélioration. Dans ces conditions, l'équipe médicale a considéré que la poursuite des thérapeutiques invasives constituerait une obstination déraisonnable dans des traitements apparaissant inutiles, disproportionnés ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. Ainsi a été engagée la procédure collégiale prévue à l'article R. 4127-37-2 du Code de la santé publique, conduisant à la décision, le 1^{er} juin 2022, de procéder à l'arrêt des soins et des traitements le 9 juin suivant ».

Cependant, la décision médicale a été suspendue par une ordonnance du 8 juin 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Lille. En effet, dans une lettre manuscrite (datée du 5 juin 2020) adressée à son médecin traitant, le patient faisait connaître « son souhait, dans l'hypothèse où il ne serait plus en mesure de s'exprimer, d'être maintenu en vie, même artificiellement, en cas de coma prolongé jugé irréversible ». Ces « directives anticipées », émises par lettre manuscrite, « n'ava[en]t pas été portées[s] auparavant à la connaissance des équipes du centre hospitalier de Valenciennes, et [...] il résulte de l'audience publique que [leur] validité n'est pas critiquée ».

Après de nombreux examens et au terme d'une deuxième procédure collégiale, « une nouvelle décision d'arrêt des soins, écartant les directives anticipées de M. D... comme manifestement inappropriées ou non conformes à sa situation médicale, a été prise le 15 juillet 2022 [...] ».

Le juge des référés du tribunal administratif de Lille, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, a rejeté la demande de suspension de cette décision. L'affaire est alors portée devant le Conseil d'État.

Les requérantes contestent notamment les dispositions de l'alinéa 3 de l'article

L. 1111-11 du Code de la santé publique (les directives anticipées s'imposent au médecin, sauf si elles « apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »).

La haute juridiction administrative considère que les dispositions litigieuses « n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, la décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 du Conseil constitutionnel, si elle les mentionne dans ses motifs, ne les ayant pas déclarées conformes à la Constitution dans son dispositif et ne pouvant dès lors, contrairement à ce qui est soutenu en défense, être considérée comme ayant déjà statué sur la question. Les moyens tirés de la méconnaissance par le troisième alinéa de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique des droits et libertés garantis par la Constitution qu'invoquent les requérantes présente un caractère sérieux et soulève, au regard des droits constitutionnels en cause et de la portée d'une décision d'arrêter un traitement médical, une question nouvelle au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée. »

Conséquemment, « eu égard à la portée de la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée au Conseil constitutionnel et aux conséquences de la décision d'arrêt de soins en litige », le Conseil d'État ordonne « à titre conservatoire au centre hospitalier de Valenciennes de ne pas exécuter la décision du 15 juillet 2022 d'arrêt des soins prodigués à M. E... D... avant qu'il ne soit statué sur la présente requête en référé. Par suite, il est sursis à statuer sur la requête en référé dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel, sans qu'il y ait lieu d'examiner immédiatement les autres moyens de la requête. »

6

La décision QPC du Conseil constitutionnel est attendue : elle permettra de préciser à quelles conditions un médecin peut écarter des directives anticipées.

Elle devrait apporter d'utiles précisions sur ce qu'il convient d'entendre par « *manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* ».

Mais le point le plus délicat à trancher, comme le relèvent les requérantes, sera de savoir si les dispositions légales qui permettent d'écarter les directives anticipées, et donc de mettre un terme à la vie du patient contre sa volonté, « *méconnaissent le principe de sauvegarde*

de la dignité de la personne humaine ainsi que la liberté de conscience et la liberté personnelle, garanties par le Préambule de la Constitution et les articles 1, 2, 4 et 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ».

À l'issue de ces quelques développements, on ne peut que s'interroger sur la place qui doit être faite à la volonté. Peut-on l'ériger sur un piédestal lorsqu'elle consiste à vouloir mourir et en réduire l'intensité lorsqu'elle conduit « *déraisonnablement* » à vouloir vivre à tout prix et « *quoi qu'il en coûte* » ?

Sous la direction de :

B. APOLLIS, maître de conférences, université Panthéon-Assas

ÉTABLISSEMENTS

① Rappel par le Conseil d'État du régime d'autorisation pour les activités ayant recours au secteur opératoire

Reminder by the Council of State of the authorization system for activities using the operating sector

CE, 2 août 2022 : n° 466117

Quentin BLUCHE, doctorant, Centre européen d'Études et de Recherche en Droit & Santé, université de Montpellier, UM-UR 206

Mots-clés : autorisation – agence régionale de santé – chirurgie

Keywords: authorization – regional health agency – surgery

Par une décision en date du 02 août 2022, le Conseil d'État a confirmé que la chirurgie de la cataracte demeurait une intervention soumise à autorisation de l'agence régionale de santé et se distinguait donc d'une simple prestation pratiquée au cours d'une consultation.

Le 14 juin 2022, le directeur de l'agence régionale de santé de Provence-Alpes-Côte-d'Azur a mis en demeure un praticien libéral de cesser son activité de chirurgie ambulatoire de la cataracte au motif qu'il ne disposait pas de l'autorisation nécessaire.

Par suite, le professionnel de santé a déposé un référé-suspension devant le tribunal administratif de Nice, qui s'est vu rejeté. C'est pourquoi le Conseil d'État a été saisi afin d'annuler l'ordonnance.

Démarche réalisée en vain : le Conseil d'État a également rejeté la requête.

Il a été rappelé que sont soumis à autorisation les actes chirurgicaux qui, se distinguant des prestations délivrées lors de consultations ou de visites à domicile, nécessitent une anesthésie au sens de l'article D. 6124-91 du Code de la santé publique ou le recours à un secteur opératoire, lequel doit être conforme à des caractéristiques fixées par arrêté du ministre chargé de la Santé, et ce, en vertu de l'article D. 6124-302 du même Code, prévoyant notamment une zone opératoire protégée propre à garantir la réduction maximale des risques de nature infectieuse. Ces actes peuvent être pratiqués dans le cadre d'une activité alternative à l'hospitalisation au sein de structures qui ne sont pas nécessairement des établissements de santé, à la condition toutefois que cette activité ait été autorisée par l'agence régionale de santé et satisfasse aux conditions

précisées notamment par les articles D. 6124-301-1 et suivants du Code de la santé publique.

Pour une parfaite compréhension de la décision faut-il encore préciser que l'autorisation mentionnée à l'article L. 6122-1 du Code de la santé publique (« *les projets relatifs à la création de tout établissement de santé, la création, la conversion et le regroupement des activités de soins, y compris sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation ou d'hospitalisation à domicile, et l'installation des équipements matériels lourds* ») ne peut être délivrée qu'à, selon l'article L. 6122-3 du Code de la santé publique, « *un ou plusieurs médecins, éventuellement associés pour leur exercice professionnel ou pour la mise en commun de moyens nécessaires à cet exercice ; un établissement de santé ; une personne morale dont l'objet porte, notamment, sur l'exploitation d'un établissement de santé, d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd mentionnés à l'article L. 6122-1 ou la pratique des activités propres aux laboratoires de biologie médicale* ». Il en est de même pour l'autorisation mentionnée à l'article R. 6122-5 du Code de la santé publique, à savoir pour les alternatives à l'hospitalisation (médecine, chirurgie). L'article R. 6121-4 du Code de la santé publique précise, à ce titre, que les prestations

ainsi dispensées se distinguent de celles qui sont délivrées lors de consultations ou de visites à domicile.

Dès lors, l'activité pratiquée par le professionnel de santé libéral relevait d'un régime d'autorisation et devait respecter des conditions techniques de fonctionnement.

C'est pourquoi le Conseil d'État ne pouvait que rejeter son recours au motif que la chirurgie de la cataracte, qui implique d'inciser l'œil pour en extraire le cristallin, ne peut être regardée comme une prestation délivrée lors d'une consultation, mais nécessite le recours à un secteur opératoire, quand bien même elle serait pratiquée sous anesthésie topique et non sous anesthésie générale ou locorégionale.

2 La personne du titulaire des autorisations sanitaires dans le contexte de la réforme applicable à l'imagerie médicale

The person allowed to hold the health autorizations in the context of the health autorisations reform applicable to medical imaging

Jean-Pierre VIENNOIS, agrégé des facultés de Droit, professeur à l'université Lyon 3

Mots-clés : autorisation – imagerie médicale

Keywords: authorization – medical imaging

L'actualité du droit des autorisations sanitaires est marquée par l'adoption de quatre décrets et de deux arrêtés qui modifient le régime des autorisations sanitaires dans le domaine de l'imagerie¹.

À la manière des décrets n° 2007-388 du 21 mars 2007 et n° 2008-588 du 19 juin 2008, qui avaient substitué au régime des autorisations de matériel lourd de cancérologie un régime d'autorisation d'activité de traitement du cancer, les textes récents remplacent pour les uns (imagerie nucléaire) en totalité, pour l'autre (radiodiagnostic) en partie, le régime d'autorisation de matériel lourd par un régime d'autorisation d'activités de soins.

Les nouvelles règles entrent en vigueur le 1^{er} juin 2023. D'ici là, et plus précisément d'ici le 1^{er} novembre 2022, les schémas régionaux de santé devront prendre en compte ces changements. Les titulaires d'autorisations d'exploitation d'équipements matériels lourds d'imagerie, délivrés sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur du nouveau décret et encore en cours au moment de la première fenêtre qui sera ouverte après le 1^{er} juin 2023, devront déposer, dans cette première fenêtre,

une demande d'autorisation pour l'activité de soins de médecine nucléaire, de radiologie interventionnelle, pour l'exploitation des équipements de matériels lourds d'imagerie en coupes (scanner et IRM) ou pour plusieurs de ces modalités. Cette demande répondra à une procédure spécifique selon les modalités restant à fixer par arrêté du ministre chargé de la Santé. Les demandeurs pourront poursuivre leur activité jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande.

L'objet de la présente analyse n'est pas de détailler dans leur ensemble les nouveaux régimes. On indiquera seulement que les principaux changements consistent à soumettre à une autorisation d'activités de soins, y compris lorsqu'elles sont exercées sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation, les activités de médecine nucléaire et de radiologie interventionnelle². De manière moins importante, le régime d'octroi des autorisations de scanner et d'IRM est également modifié.

L'une des questions que posent les acteurs des activités d'imagerie nucléaire ou d'imagerie interventionnelle, appelés à formuler dans l'avenir une demande d'autorisation d'activités de soins, porte sur le point de savoir si des exigences particulières sont attachées à ce nouveau régime du point de vue des personnes habilitées à demander et obtenir ces autorisations. C'est à ce sujet que la présente étude est consacrée.

Le sujet peut sembler complexe à première vue, car il mêle des aspects de droit de la santé publique, de droit civil et de droit des sociétés. En réalité, les

1 Décret n° 2021-1930 du 30 décembre 2021 relatif aux conditions d'implantation de l'activité de médecine nucléaire ; décret n° 2022-114 du 1^{er} février 2022 relatif aux conditions techniques de fonctionnement de l'activité de médecine nucléaire ; décret n° 2022-1237 du 16 septembre 2022 relatif aux conditions d'implantation des équipements matériels lourds d'imagerie et de l'activité de soins de radiologie interventionnelle ; décret n° 2022-1238 du 16 septembre 2022 relatif aux conditions de fonctionnement des équipements matériels lourds d'imagerie et de l'activité de soins de radiologie interventionnelle ; arrêté du 1^{er} février 2022 fixant pour un site autorisé le nombre d'équipements de médecine nucléaire en application du II de l'article R. 6123-136 du Code de la santé publique ; arrêté du 16 septembre 2022 fixant, pour un site autorisé, le nombre d'équipements d'imagerie en coupes en application du II de l'article R. 6123-161 du Code de la santé publique.

2 « L'activité interventionnelle sous imagerie médicale en cardiologie » et « l'activité interventionnelle sous imagerie médicale en neuroradiologie » sont également soumises à autorisation, alors que le texte mentionnait jusqu'alors respectivement les « activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie » et les « activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie ».

choses sont plus simples qu'il ne paraît, puisque si la réforme touche le régime des autorisations nécessaires pour exercer la médecine nucléaire comme l'imagerie diagnostique interventionnelle, les règles qui gouvernent la personne des titulaires potentiels d'autorisations ne sont pas modifiées. Cela ne signifie pas que ces règles sont parfaitement limpides, et il n'est pas inutile d'en faire l'analyse précise en vue de comprendre leur application dans le nouveau contexte.

Pour avoir une vue claire du cadre juridique, il faut distinguer le cas général (I) de celui des groupements de coopération sanitaire, dont la complexité et le caractère dérogatoire engendrent un régime propre à ce type de groupements qui commande d'en isoler l'étude (II).

I. Cas général

Le sujet est régi, d'un côté, par le droit de la santé publique, tel qu'il résulte de la réforme, mais aussi et surtout tel qu'il se perpétue sur le plan des grands principes, non affectés par la réforme (A) et, de l'autre, par le droit des sociétés et des autres groupements, y compris la loi du 29 novembre 1966³ et la loi du 31 décembre 1990⁴, lesquelles régissent respectivement les sociétés d'exercice et les sociétés civiles de moyens (B).

A. Prescriptions du droit de la santé publique

La loi énonce le principe suivant lequel « *les projets relatifs à la création de tout établissement de santé, ceux relatifs à la création, à la conversion et au*

*regroupement des activités de soins y compris sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation ou d'hospitalisation à domicile ou encore les projets relatifs à l'installation des équipements matériels lourds, sont soumis à l'autorisation de l'agence régionale de santé*⁵ ».

Elle précise⁶ que l'autorisation peut être accordée à trois types de bénéficiaires :

- les médecins (un ou plusieurs médecins, éventuellement associés) ;
- les établissements de santé ;
- les personnes morales « *dont l'objet porte, notamment, sur l'exploitation d'un établissement de santé, d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd* ».

Reprenons tour à tour les trois cas de figure, pour nous arrêter sur le troisième, qui est le plus sollicité dans le nouveau contexte réglementaire.

Le cas des médecins pose à première vue, ici comme en d'autres matières, la question de la portée de l'anthropomorphisme juridique introduit par les textes ayant consacré les sociétés d'exercice de la médecine (société d'exercice libéral [SEL] ou société civile professionnelle [SCP]), mais s'en tenir à une lecture purement littérale du texte s'impose rapidement : dotée ou non de la personnalité morale, une société de médecins n'est pas un médecin ni plusieurs médecins ; si elle est dotée de la personnalité morale (condition pour être titulaire d'une autorisation), elle est juridiquement et de manière indiscutable une entité distincte de la personne des associés qui la composent. Quoique la solution paraisse bien peu pertinente⁷, il

3 Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

4 Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

5 Art. L. 6122-1 du CSP.

6 Art. L. 6122-3 du CSP.

7 Notamment car elle engendre la difficulté de la qualification et du contenu des relations entre le ou les médecins titulaires de l'autorisation et la société dans laquelle, le cas échéant, il exerce.

ne semble donc pas incorrect d'écarter les SEL et les SCP de la première catégorie de la liste... pour les retrouver dans la troisième.

Le cas des établissements de santé ne soulève pas d'interrogations particulières dans le contexte spécifique de cette étude, si l'on fait abstraction de l'incohérence de construction de texte qui met sur le même plan la personne physique, la personne morale et l'établissement de santé, alors que l'établissement de santé est une notion du droit de la santé publique qui se caractérise par l'octroi d'une autorisation (d'exploiter un établissement de santé) à une personne physique médecin ou à une personne morale dont l'objet le permet⁸.

La notion de « *personnes morales dont l'objet porte, notamment (...)* » mérite un développement qui détaille les deux conditions imposées par le texte : une personne morale (1) dont l'objet porte notamment sur l'exploitation d'une autorisation (2).

1. La notion de personne morale est l'une des notions les mieux établies de notre Droit. Toute société régulièrement immatriculée en France est dotée de la personnalité morale. Les sociétés civiles comme les sociétés commerciales sont donc dans le champ d'application du texte, qu'elles soient d'exercice professionnel ou non. Il en va de même des groupements d'intérêt économique. Pour leur part, les associations relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901 régulièrement déclarées sont également des personnes morales. De ce point de vue,

le texte ne comporte aucune restriction, car il ne fait pas de doute que, en dehors d'une personne physique et de cas spécifiques à l'ordre international, seule une entité dotée de la personnalité morale peut être titulaire de droits.

2. La condition relative à l'objet de la personne morale n'est pas non plus restrictive, quoique plus originale. Le texte vise, rappelons-le, les personnes morales « *dont l'objet porte, notamment, sur l'exploitation d'un établissement de santé, d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd* ». On se concentrera, pour les besoins du raisonnement, sur la notion d'exploitation d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd.

La notion d'exploitation se définit comme une mise en valeur⁹, c'est-à-dire essentiellement l'accomplissement des actions nécessaires à l'obtention d'une rémunération par l'utilisation du bien exploité. Il est bien évident que la notion d'exploitation n'implique aucunement que le titulaire du bien exploité accomplisse personnellement les actions nécessaires à la mise en valeur du bien. L'exploitant pourra avoir recours à des employés, des partenaires contractuels, etc. Ainsi, l'exploitant d'un fonds de commerce recourt généralement à des salariés, des agents, etc. pour la mise en valeur du fonds. Exploiter une autorisation sanitaire d'équipements lourds ou de soins consiste donc à accomplir, personnellement ou *via* des tiers, les actes impliqués par cette autorisation.

Pour avoir une vue claire du sujet, il convient de s'arrêter un instant sur le

8 Autrement dit, en logique, la catégorie des établissements de santé pourrait être supprimée de la liste sans que cela n'ait une conséquence, puisqu'une personne physique et une personne morale peuvent être bénéficiaires de plusieurs autorisations, dont une autorisation d'exploitation d'un établissement de santé (en ce sens également : APOLLIS [B.], note sous CE, 22 juillet 2020 : n° 423313, *JCP A*, n° 1, 6 janvier 2021, p. 20-21).

9 CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitant, PUF, 2001, voir « Exploitation » : « *Mise en valeur d'une source de richesse. Ex. exploitation d'un domaine rural, d'une usine, d'un fonds de commerce – Plus généralement, activité consistant à faire valoir un bien, à accomplir les actions nécessaires, selon sa nature et sa destination, à sa mise en valeur : cultiver, louer, placer, etc.* »

cas de l'autorisation de l'activité de soins. La notion d'exploitation d'une activité de soins commande en effet – du point de vue de cette notion et du point de vue conceptuel – de distinguer l'exploitant (celui qui détient l'autorisation et les droits d'exploitation attachés) de celui qui exerce les soins. L'exploitation d'une autorisation d'activités de soins ne se confond pas juridiquement avec l'exercice d'une activité de soins. L'exploitant n'est pas nécessairement celui qui exerce les soins et réciproquement. La distinction est fondamentale, car l'exercice des soins suppose une qualité supplémentaire : celle de professionnel de santé (médecin, biologiste, etc.). Par exemple, dans le cas de l'autorisation d'activités de soins d'imagerie interventionnelle, l'**exercice** des soins sous-tendus par l'autorisation ne peut être le fait que d'un médecin spécialiste en « *radiologie et imagerie médicale*¹⁰ ». Que ces personnes soient **exploitantes** de l'autorisation n'est que l'une des possibilités ouvertes par le texte. En somme, la réunion des qualités pour exploiter et pour exercer est une éventualité, non une exigence des textes¹¹.

Si l'exploitant n'a pas intrinsèquement les qualités pour exercer les soins couverts par l'autorisation, il devra « *en*

disposer »¹² par le moyen de conventions ou autres moyens de nature à assurer que l'autorisation soit exploitée conformément aux règles d'exercice de la médecine et des autres disciplines régies par le droit de la santé publique.

Pour les mêmes raisons et sous réserve des restrictions susceptibles d'y faire obstacle par ailleurs en droit de la santé publique, notamment dans l'autorisation elle-même, rien dans les textes susvisés ne s'oppose donc, semble-t-il, à ce que le titulaire du droit d'exploitation concède ce droit à une autre personne¹³, du moment que le concessionnaire « dispose » directement ou indirectement d'un lien avec une personne habilitée par le droit de la santé publique à **exercer** l'activité de soins en vue de la mise en valeur de l'autorisation.

B. Exigences du droit des sociétés et autres groupements

Rapportons les exigences du droit de la santé publique à celles du droit des groupements en distinguant celles relatives à la notion de personnalité morale, d'une part (1), de celles propres à une forme de société ou de groupement, d'autre part (2).

1. On enseigne classiquement que la personnalité morale, à la différence de la personnalité physique, engendre une capacité limitée à l'objet de la personne morale, chaque personne morale étant constituée pour exercer une ou plusieurs activités limitativement énumérées. C'est le fameux principe de spécialité des personnes

10 Art. D. 6124-235-1 CSP

11 Certains font une lecture plus restrictive, aux termes de laquelle il conviendrait de « *faire une différence entre les personnes susceptibles d'être autorisées en fonction de l'objet de l'autorisation suivant qu'il s'agit d'un établissement de santé, d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd* » : CORMIER (Maxence), « Titularité et exploitation des autorisations sanitaires », *RDSS*, n° 3, mai-juin 2020, p. 484 ; cette interprétation distingue là où la loi ne distingue pas. Elle s'appuie sur des avis du Conseil d'État anciens de plus de vingt-cinq ans (avis n° 356-100 du 28 juin 1994, avis n° 358-047 du 1^{er} août 1995, EDCE, 1995, 476 et avis n° 358-832 du 27 février 1996) et non publiés pour deux d'entre eux. Au demeurant, ces avis n'accréditent pas selon nous l'interprétation restrictive proposée.

12 Pour reprendre l'unes des notions floues désormais consacrées par le droit de la santé publique, voir, par exemple, parmi de nombreux autres : article R. 6123-163 : « *Le titulaire de l'autorisation dispose d'une procédure d'urgence formalisée [...]* » ; art. R. 6123-167 : « *Le titulaire de l'autorisation [...] dispose sur site ou par convention [...] d'un accès à une unité de surveillance continue.* »

13 En ce sens, voir CORMIER (Maxence), art. cit., p. 490.

morales¹⁴. En pratique, l'objet social de la plupart des sociétés est défini de manière plutôt large, ce qui permet de ne pas avoir à le modifier trop souvent. Quoi qu'il en soit, l'exigence de l'article L. 6122-3 du CSP suivant laquelle l'objet de la personne morale doit inclure l'activité pour laquelle une autorisation est demandée ne constitue pas en soi une restriction, mais une simple exigence de cohérence formelle : on ne saurait réclamer l'autorisation d'une activité que l'on ne se propose pas d'exercer.

On peut en déduire logiquement qu'en principe, du point de vue de la notion de personnalité morale, toute société régulièrement immatriculée quelle que soit sa forme sociale (SARL, société civile, SA, SAS, etc.), toute association régulièrement déclarée et tout groupement doté de la personnalité morale, toute personne morale de droit public, dont l'objet porte notamment sur l'exploitation des autorisations demandées, peut en être titulaire. Il suffit que les fondateurs ou les associés adaptent la rédaction de l'objet social en fonction de leur projet.

2. Il faut cependant compter avec les restrictions susceptibles de résulter des règles spécifiques à la structure envisagée¹⁵. On songe en particulier aux sociétés d'exercice (a) et à certains groupements de moyens (b) en raison de l'encadrement légal de leur objet.

a. Qu'il s'agisse des SEL ou des SCP, la loi restreint implicitement l'objet de ces sociétés à l'exercice d'une ou plusieurs professions libérales selon les cas. S'interroger sur le point de savoir si une

SEL ou une SCP peut être titulaire d'une autorisation de soins renvoie à la question de savoir si la titularité d'une telle autorisation peut être considérée comme couverte par la notion d'exercice professionnel.

La réponse semble s'imposer avec une telle évidence lorsque l'autorisation de soins est nécessaire pour que l'activité puisse être exercée valablement que l'on en vient même à se demander à l'inverse s'il est logique que d'autres que les sociétés d'exercice puissent avoir pour objet de détenir une autorisation d'activités de soins ! Ainsi, il est clair, par exemple, que l'objet d'une société d'exercice de la médecine inclut nécessairement la titularité de toutes les autorisations qui sont nécessaires à l'exercice de l'ensemble des disciplines médicales. On ne saurait exclure l'hypothèse d'autorisations dont les conditions d'obtention supposeraient la détention d'un bien ou la prestation d'un service incompatible avec l'objet d'une société d'exercice, mais cette réserve est purement théorique, et, en pratique, on peine à voir de quel cas il pourrait s'agir. En synthèse, s'il n'est pas impératif que la société d'exercice détienne en propre l'autorisation d'activités de soins, laquelle peut être détenue par un exploitant non habilité à exercer du moment que ce dernier dispose d'une relation contractuelle ou structurelle avec un médecin ou une société d'exercice de la médecine apte à accomplir les actes sous-tendus par l'autorisation, il est bien évidemment licite que la société d'exercice détienne en propre l'autorisation d'activités de soins ou de matériels nécessaires ou utiles à la réalisation de son objet. En pratique, de nombreuses SEL détiennent des autorisations d'implantation de matériel lourd ou, selon les cas des autorisations de traitement du cancer.

Les statuts doivent-ils être plus précis que la seule reprise de l'objet légal et prévoir expressément la titularité envisagée ? La réponse dépend, semble-t-il, de la définition de l'objet donnée par les fondateurs. Si ces derniers ont restreint l'objet

¹⁴ Défini comme le « principe inhérent à la nature des personnes morales, suivant lequel les activités de celles-ci sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créées ; le principe de spécialité est également la "règle qui limite la capacité ou la compétence de ces personnes aux actes correspondant aux finalités en vue desquelles elles ont été instituées" » : CORNU (Gérard), *op. cit.*, voir « Spécialité (principe de) ».

¹⁵ Selon l'article 1145 du Code civil, « la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'elles ».

à l'exercice d'une ou plusieurs spécialités ou activités médicales limitativement énumérées, ils ont peut-être exclu implicitement, délibérément ou non, la titularité de certaines autorisations. S'ils se sont bornés à définir l'objet comme l'exercice de la médecine, cet objet paraît suffisamment large pour inclure toutes les autorisations nécessaires pour l'exercice des activités médicales des professionnels exerçant en son sein. Au demeurant, préciser expressément dans l'objet de la société que celle-ci a notamment pour objet l'exploitation des autorisations de soins utiles ou nécessaires à l'exercice des disciplines médicales développées par ses associés ou autres professionnels exerçant pour son compte aura en pratique le mérite de conférer une régularité formelle évidente au dossier. On pourra, par exemple, préciser la définition légale de l'objet par l'adjonction d'une formule telle que : « *Dans ce cadre, la société a notamment pour objet l'exploitation, par ses professionnels libéraux exerçant pour son compte, d'autorisations sanitaires.* »

La solution n'est pas nouvelle, et l'on ne compte pas le nombre de SEL titulaires d'autorisations d'installation d'équipements matériels lourds d'imagerie. Pour les raisons qui avaient justifié que leur soient octroyées de telles autorisations, elles ont qualité pour demander les autorisations d'activités de soins, les titulaires des unes étant pour la loi les mêmes que les titulaires des autres et les nouveaux décrets n'ayant introduit à cet égard aucun changement.

b. Par définition de leur objet, les sociétés civiles de moyens et les groupements d'intérêt économique ont vocation à détenir les moyens utiles à l'activité professionnelle de leurs associés/membres et à les mettre à la disposition de ces derniers. Aux termes de l'article 36 de la loi du 29 novembre 1966, les sociétés civiles de moyens instituées par ce texte ont pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de leur activité, les associés mettant en commun à cet effet les

moyens utiles à l'exercice de leur profession¹⁶. Suivant l'article L. 251-1 du Code de commerce, le but du groupement d'intérêt économique est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Lorsqu'une autorisation d'exploitation d'un équipement matériel lourd ou une autorisation d'exploitation d'une activité de soins est nécessaire pour accomplir certains actes, il convient de toute évidence de considérer que ces autorisations comptent parmi les moyens qu'un groupement de moyens a vocation à fournir à ses membres. La notion d'exploitation est assurément compatible avec cet objet : une structure de moyens fournit à ses membres des moyens en vue de la mise en valeur des biens et autres moyens mis à disposition, précisément par leur utilisation par ses membres.

Que l'exploitation d'un groupement de moyens ne soit le plus souvent pas bénéficiaire, mais juste à l'équilibre, n'est d'aucune importance : une exploitation peut être bénéficiaire, déficitaire ou équilibrée ; le profit n'est pas un élément caractéristique de la notion, car la mise en valeur ne se réduit pas à la recherche et encore moins à la réalisation d'un profit.

Une modification de la définition de l'objet du groupement, tel qu'il figure dans ses statuts, pourra néanmoins s'avérer utile dans certains cas. On pourra, par exemple, préciser la définition légale de l'objet par l'adjonction d'une formule telle que : « *Dans ce cadre, le groupement¹⁷ a notamment pour objet l'exploitation, par*

¹⁶ Cet objet exclusif est interprété de manière plutôt large par la Cour de cassation, puisque la haute juridiction juge que les statuts d'une société civile de moyens peuvent interdire à l'un des associés d'exercer sa profession en dehors de la société : Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995 : n° 92-20.005, *Rev. sociétés*, 1995, note JEANTIN, p. 525 ; *Dr. sociétés*, 1995, comm. n° 70, note BONNEAU (Th.).

¹⁷ Ou la société selon les cas.

mise à disposition de ses membres, d'autorisations sanitaires. »

Au total, les nouveaux textes n'introduisent aucune restriction quant à la personne des titulaires d'autorisation. Les structures qui exercent aujourd'hui la médecine nucléaire ou l'imagerie diagnostique interventionnelle ont en principe qualité pour formuler, selon les cas, une demande d'autorisation d'activité de médecine nucléaire ou une demande d'autorisation de radiologie interventionnelle à condition évidemment qu'elles satisfassent aux « conditions d'implantation » et aux « conditions techniques de fonctionnement » posées par les nouveaux textes¹⁸. Il en va de même des structures de moyens et des structures à vocation lucrative.

Les implications sont plus lourdes pour les groupements de coopération sanitaire (GCS).

II. Cas des Groupements de coopération sanitaire

Le groupement de coopération sanitaire est un groupement de droit de la santé publique. Son régime – quoiqu'il emprunte les principaux concepts du droit civil des personnes – comme celui de personnalité morale, suit, sur de très nombreux aspects, un chemin distinct de celui des autres groupements en présentant de très fortes particularités. Les règles qui gouvernent la titularité des autorisations sanitaires par les GCS sont une illustration très caractéristique de cette spécificité.

Suivant l'article L. 6133-7 du Code de la santé publique, « lorsqu'il est titulaire d'une ou plusieurs autorisations d'activités de soins, le groupement de coopération sanitaire est un établissement de santé avec les droits et obligations afférents. Le groupement de coopération sanitaire de droit privé est érigé en établissement de santé privé, et le groupement de coopération

sanitaire de droit public est érigé en établissement public de santé, par décision du directeur général de l'agence régionale de santé ».

On sait que les GCS se rattachent nécessairement à l'une des quatre figures imaginées par le législateur, suivant qu'ils sont de droit privé ou de droit public, de moyen ou d'exercice. Conçu pour pouvoir exploiter un établissement de santé moyennant le rattachement à un régime spécifique, le GCS s'en trouve fortement influencé dans son régime, car, suivant la dichotomie impérative dans laquelle il est enfermé, la titularité de l'autorisation d'exploiter un établissement de santé et/ou d'exploiter une activité de soins s'accompagne nécessairement d'un changement de la catégorie à laquelle il appartient. Rapportée au cas des autorisations d'activités, cette conséquence peut sembler excessivement lourde dans de nombreux cas, puisque la poursuite de l'activité de médecine supposera nécessairement le respect de l'ensemble des contraintes administratives attachées au fonctionnement d'un établissement de santé. Une telle évolution impliquera pour commencer, sur le plan formel, une modification de la convention constitutive et une autorisation spéciale de l'ARS.

Ces difficultés expliquent sans doute la nouvelle réforme du régime des GCS, qui vient d'être proposée par le Gouvernement sous la forme d'un amendement au projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2023, dont l'objet est de faire échapper au changement automatique les GCS titulaires de certaines autorisations d'activités de soins¹⁹.

¹⁹ En application de l'article 25 bis du PLFSS pour 2023 tel qu'il est présenté au Sénat, le dernier paragraphe de l'article 6133-7 du CSP serait libellé comme suit : « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, un groupement de coopération sanitaire de moyens "autorisé à pratiquer les seules activités de soins dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État" [...] n'est pas érigé en établissement de santé. »

¹⁸ Art. L. 6122-2 du CSP.

Sous la direction de :

V. CHAPEAU-SELLIER, docteure en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

DROIT SOCIAL

① Le Conseil d'État impose aux établissements de santé le respect d'un temps de travail pour les praticiens hospitaliers et les internes : à suivre

The Council of State requires healthcare establishments to respect working hours for hospital practitioners and interns: to be continued

Pierre-Henri BRÉCHAT, docteur en droit public, docteur ès sciences et habilité à diriger des recherches, membre de l'Institut Droit et santé (IDS), Inserm UMR S 1145, université Paris-Cité, membre associé du Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA), UMR CNRS 7106, université Paris 2, Panthéon-Assas, médecin spécialiste de santé publique et médecine sociale, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand-Widal de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP)

Mots-clés : temps de travail – établissements de santé – système de santé et d'assurance maladie – droit de la santé – santé publique

Keywords: working time – health establishments – health and health insurance system – health law – public health

Par trois arrêts du 22 juin 2022 (CE, 22 juin 2022 : n° 44691 ; CE, 22 juin 2022 : n° 446944 ; CE, 22 juin 2022 : n° 447003), le Conseil d'État a rejeté les requêtes de trois syndicats de praticiens hospitaliers et d'internes, mais il rappelle la loi aux établissements publics de santé qui doivent respecter un temps de travail effectif ne dépassant pas le plafond réglementaire de quarante-huit heures par semaine sur une période de quatre mois pour les praticiens diplômés et de trois mois pour les internes.

CE, 22 juin 2022 : n° 44691

Le Conseil d'État a rejeté les requêtes du Syndicat des jeunes médecins qui demandait de « modifier la réglementation applicable au temps de travail des praticiens hospitaliers et des internes pour, d'une part, imposer le décompte horaire de leur temps de travail et, d'autre part, instituer une sanction en cas de méconnaissance par les établissements publics de santé des règles relatives à la limitation de ce temps de travail ».

Cependant, il précise « que les établissements publics de santé se dotent, en

complément des tableaux de services prévisionnels et récapitulatifs qu'ils établissent, d'un dispositif fiable, objectif et accessible permettant de décompter, selon des modalités qu'il leur appartient de définir dans leur règlement intérieur, outre le nombre de demi-journées, le nombre journalier d'heures de travail effectuées par chaque agent, afin de s'assurer que sa durée du temps de travail effectif ne dépasse pas le plafond réglementaire de quarante-huit heures hebdomadaires, calculées en moyenne sur une période de quatre mois pour les praticiens hospitaliers et de trois mois pour les internes ».

CE, 22 juin 2022 : n° 446944

Le Conseil d'État a rejeté les requêtes de l'Intersyndicale nationale des internes qui demandait :

- « 1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision de refus implicite née du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande tendant à l'abrogation des dispositions du II et du III de l'article R. 6153-2 du Code de la santé publique ;
- 2°) d'enjoindre au Premier ministre d'abroger ces dispositions et d'adopter une nouvelle réglementation du temps de travail des internes ;
- 3°) à titre subsidiaire, de désigner un expert afin de réaliser une enquête sur le temps de travail des internes ou de surseoir à statuer afin de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ;
- 4°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative. »

Toutefois, il précise, en premier lieu, que, dès lors que « les obligations hebdomadaires de service des internes sont fixées en demi-journées dans la limite de quarante-huit heures par semaine, cette

durée étant calculée sur une période de trois mois, ces dispositions impliquent nécessairement que le nombre d'heures effectuées par les internes au cours des demi-journées de travail correspondant à leurs obligations de service, en période de jour comme en période de nuit, soient telles qu'elles ne puissent dépasser la durée maximale hebdomadaire de travail. Contrairement à ce que soutient l'association requérante, la circonstance que les dispositions attaquées ne détermineraient pas les modalités de conversion en heures d'une demi-journée n'est donc pas, par elle-même, de nature à méconnaître l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme » ; en deuxième lieu, que « pour organiser et suivre l'accomplissement des obligations de service des internes, que l'établissement qui les emploie, d'une part, établit à titre prévisionnel un tableau de service nominatif mensuel comportant leurs périodes de travail et, d'autre part, leur transmet un récapitulatif tous les trois mois. Ces dispositions impliquent également nécessairement que les établissements publics de santé se dotent, en complément des tableaux de services prévisionnels et récapitulatifs qu'ils établissent, d'un dispositif fiable, objectif et accessible permettant de décompter, selon des modalités qu'il leur appartient de définir dans leur règlement intérieur, outre le nombre de demi-journées, le nombre journalier d'heures de travail effectuées par chaque agent, afin de s'assurer que la durée de son temps de travail effectif ne dépasse pas le plafond réglementaire de quarante-huit heures hebdomadaires, calculées en moyenne sur une période de trois mois » ; en troisième lieu, « qu'il appartient aux établissements de santé de mettre en place un dispositif permettant de garantir que le temps de travail des internes qu'ils accueillent ne dépasse pas la limite maximale de quarante-huit heures hebdomadaires, calculée sur un trimestre ».

CE, 22 juin 2022 : n° 447003

Le Conseil d'État a rejeté la requête de l'association Action praticiens hôpital qui demandait « de prendre une nouvelle réglementation du temps de travail des praticiens hospitaliers qui permette d'en assurer un suivi et un contrôle effectif ».

Le Conseil d'État rappelle cependant la loi, notamment que « les obligations de service hebdomadaires des praticiens hospitaliers, qu'ils soient ou non titulaires, sont fixées à dix demi-journées lorsqu'ils exercent à temps plein, que celles des praticiens à temps partiel sont fixées entre cinq et neuf demi-journées et que celle des praticiens contractuels à temps partiel correspond à une quotité comprise entre quatre et neuf demi-journées hebdomadaires, sans que leur durée de travail ne puisse excéder quarante-huit heures par semaine, cette durée étant calculée en moyenne sur une période de quatre mois » (article R. 6152-27 du premier alinéa de l'article R. 6152-223, désormais repris au deuxième alinéa de l'article R. 6152-26, et les trois premiers alinéas de l'article R. 6152-407 du Code de la santé publique) ; « l'arrêté du 30 avril 2003 relatif à l'organisation et à l'indemnisation de la continuité des soins et de la permanence pharmaceutique dans les établissements publics de santé et dans les établissements publics d'hébergement pour personnes âgées dépendantes se bornant pour sa part à prévoir que le service de jour et le service de nuit sont chacun divisés en deux demi-journées et qu'ils "ne peuvent en aucun cas avoir une amplitude supérieure à quatorze heures" ». « L'article R. 6152-26 du Code de la santé publique dispose également que : "[...] Les modalités selon lesquelles les praticiens [...] accomplissent leurs obligations de service sont précisées par le règlement intérieur de l'établissement dans lequel ils sont affectés. Afin d'assurer la continuité des soins, l'organisation du temps

de présence médicale, pharmaceutique et odontologique établie en fonction des caractéristiques propres aux différentes structures est arrêtée annuellement par le directeur d'établissement après avis de la commission médicale d'établissement. Un tableau de service nominatif, établi sur cette base, est arrêté mensuellement par le directeur après avis du chef de pôle, sur proposition du chef de service, ou, à défaut, du responsable de l'unité fonctionnelle ou d'une autre structure interne." L'article 11 de l'arrêté du 30 avril 2003 précise que ce tableau de service mensuel, qui "comporte de façon détaillée", pour chaque praticien, ses périodes de temps de travail de jour comme de nuit ainsi que ses sujétions résultant de la participation à la permanence de soins, est affiché dans l'établissement et communiqué à chaque praticien pour la partie le concernant. » Le Conseil d'État précise en outre que, « pour organiser et suivre l'accomplissement des obligations de service des praticiens hospitaliers, que l'établissement qui les emploie, d'une part, établit à titre prévisionnel un tableau de service nominatif mensuel comportant leurs périodes de travail et, d'autre part, leur transmet un récapitulatif tous les quatre mois. »

Ainsi, le Conseil d'État rappelle aux établissements publics de santé leurs obligations. Ils doivent se doter, « en complément des tableaux de services prévisionnels et récapitulatifs qu'ils établissent, d'un dispositif fiable, objectif et accessible permettant de décompter, selon des modalités qu'il leur appartient de définir dans leur règlement intérieur, outre le nombre de demi-journées, le nombre journalier d'heures de travail effectuées par chaque agent, afin de s'assurer que sa durée du temps de travail effectif ne dépasse pas le plafond réglementaire de quarante-huit heures hebdomadaires, calculées en moyenne sur une période de quatre mois pour les praticiens hospitaliers et de trois mois pour les internes ».

Cela devrait participer à protéger la santé et la sécurité des agents publics, dont il faut pour cela connaître précisément leur temps de travail. Les moyens pour mesurer le temps de travail relève du « règlement intérieur » de chaque établissement, qui doit mettre en œuvre ce dispositif, et non de l'État, qui n'a pas à instituer d'autres sanctions (article R. 3124-11 du Code du travail), ce qui peut de nouveau ouvrir à des conflits et à des grèves ainsi qu'à des recours individuels.

Il est possible de s'étonner de la nécessité d'avoir attendu 2022 et les avis du Conseil d'État à la suite de la saisie de trois syndicats – non pas d'un seul – pour que ces obligations soient rappelées aux établissements de santé. Les administrations de ces établissements et des ministères concernés n'auraient-ils pas pu résoudre cela plus tôt et plus vite ? (GALANOPOULO [Léa], « Respect effectif du temps de travail hebdomadaire maximal à l'hôpital : une audience au Conseil d'État soulève un vent d'espoir », *Le quotidien du médecin*, 9 juin 2022, <https://www.lequotidiendumedecin.fr/internes/internat/respect-effectif-du-temps-de-travail-hebdomadaire-maximal-lhopital-une-audience-au-conseil-detat>).

Notamment « *contraints de travailler bien au-delà des limites légales [...]* » (COQ-CHODORGE [Caroline], « Le désespoir des internes fait trembler l'hôpital », *Mediapart*, 15 mai 2021, <https://www.mediapart.fr/journal/france/150521/le-desespoir-des-internes-fait-trembler-l-hopital>), les internes sont régulièrement en conflit et en grève. Cependant, il n'est pas certain que ces rappels participent à améliorer en continu leur vie professionnelle. En effet, en octobre 2022, dans le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2023, il a été proposé : la fixation à quatre ans de la durée du diplôme d'études spécialisées de médecine générale (à la place de trois, soit une année de plus) et que cette dernière année d'internat soit effectuée en stage

supervisé en priorité dans les zones sous-dotées (article 23) ; l'extension du contrat unique d'incitation à l'installation aux remplaçants et aux internes en médecine en zone sous-dotée (article 24). Est-ce que ces mesures proposées en octobre 2022 permettront de compenser le temps de travail qui serait perdu dans les établissements publics de santé à la suite des décisions du Conseil d'État de juin 2022 ? Cela encouragera-t-il les futurs médecins à devenir spécialistes en médecine générale ? À suivre.

Pendant ce temps, près des deux tiers des externes et internes seraient en burn-out, et cela ne cesserait d'augmenter (GALANOPOULO [Léa], « Burn-out, dépression, pensées suicidaires : le nouveau SOS des futurs médecins », *Le quotidien du médecin*, 5 novembre 2021, <https://www.lequotidiendumedecin.fr/internes/la-sante-des-etudiants/burn-out-depression-pensees-suicidaires-le-nouveau-sos-des-futurs-medecins>). Entre janvier et avril 2021, le risque suicidaire des internes en médecine était trois fois plus élevé par rapport à la population générale (INTERSYNDICALE NATIONALE DES INTERNES, « En France, depuis le 1^{er} janvier 2021, 5 internes se sont donné la mort », dossier de presse, le 17 avril 2021). Ces mesures devraient aussi peu peser pour participer à pourvoir les près de 30 % de postes de praticiens hospitaliers temps plein vacants (*APM news*, « Le taux de vacance statutaire des praticiens hospitaliers temps plein atteint quasiment 30 % [rapport CNG] », 6 juillet 2019), et ce, dans un système où « *un médecin sur deux est en burn-out* », soit deux à trois fois plus que dans les autres professions (CHAYET [Delphine], « Un médecin français sur deux est en burn-out », *Le Figaro*, 8 janvier 2019).

Les mesures prises pour obliger les établissements de santé à garantir le respect du plafond de travail de quarante-huit heures par semaine pour les internes et les praticiens hospitaliers,

même si elles sont importantes, ne s'intègrent pas dans des réformes efficaces au vu des défis du système de santé et d'assurance maladie (BIZARD [Frédéric], dir., *L'autonomie solidaire en santé, La seule réforme possible !*, Paris, Éditions Michalon, 2021 ; BRÉCHAT [Pierre-Henri], *Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2016), tels que celui de la pénurie de soignants en France (*APM news*, « Hôpital : sans action sur les effectifs, des risques de "difficultés sur

le maintien de l'offre de soins" cet été [DGOS] », 18 mai 2022) et en Europe (DE FOUCAUD [Isabelle], « "Une bombe à retardement" : la pénurie de soignants en Europe peut provoquer l'effondrement du système de santé [OMS] », *Challenges*, 15 septembre 2022, https://www.challenges.fr/entreprise/sante-et-pharmacie/une-bombe-a-retardement-la-penurie-de-soignants-en-europe-peut-provoquer-leffondrement-du-systeme-de-sante-oms_827844).

2 Covid-19 et jours de repos imposés : d'utiles précisions apportées par la Cour de cassation

Covid-19 and imposed rest days: the useful clarifications provided by the Court of Cassation

Cass. soc., 6 juillet 2022 : n° 21-15.189

Victoria CHAPEAU-SELLIER, docteure en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

Mots-clés : jours de repos – activité partielle

Keywords: rest days – partial activity

L'arrêt rendu le 6 juillet 2022 par la chambre sociale de la Cour de cassation intervient certes à rebours de la crise sanitaire liée au Covid-19, mais n'est pas pour autant dénué d'intérêt tant ses apports sont multiples.

Outre le fait qu'il vient préciser les contours du droit d'ester en justice des organisations syndicales (nous ne reviendrons pas sur cette partie de la décision dans le cadre de ce commentaire), cet arrêt apporte effectivement d'utiles précisions quant aux pouvoirs d'action de l'employeur dans le cadre des règles dérogatoires au droit commun du travail

instaurées pour faire face à la crise sanitaire de 2020 et 2021.

Pour mémoire, en application de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et des articles 2 et 4 de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 – pris afin de faire face aux conséquences liées à la crise sanitaire –, un employeur pouvait imposer unilatéralement à ses salariés la prise de jours de réduction du temps de travail (RTT) et de jours de repos prévus par la convention collective applicable à l'entreprise ou résultant des droits affectés à leurs comptes épargne-temps. Ce dispositif dérogatoire, touchant à la gestion du temps de travail

au sein de l'entreprise, était applicable jusqu'au 30 septembre 2021.

En l'espèce, un syndicat de salariés a saisi en référé le tribunal judiciaire afin de faire valoir l'existence de troubles manifestement illicites et arguant qu'un employeur :

- ne pouvait se prévaloir du dispositif dérogatoire mis en place par la loi du 23 mars 2020 et l'ordonnance du 25 mars 2020 qu'en cas de difficultés économiques pour l'entreprise ;
- ne pouvait pas utiliser ce dispositif afin d'écarter l'application du mécanisme d'activité partielle mis en place pour les salariés vulnérables ou pour garde d'enfant par la loi de finances rectificative du 25 avril 2020.

C'est dans ce contexte que les juges du fond, puis du Droit, ont eu à déterminer l'étendue du recours au dispositif dérogatoire mis en place dans le cadre de la crise sanitaire et qui permettait à l'employeur d'imposer à ses salariés des jours de repos. Deux solutions étaient alors envisageables :

1. juger que ce type de dispositif était uniquement circonscrit à l'existence de difficultés économiques de l'entreprise ;
2. considérer que l'employeur pouvait y avoir recours dès lors que la crise sanitaire venait impacter le bon fonctionnement de l'entreprise.

Donnant gain de cause à la requérante, la cour d'appel de Paris précisait en premier lieu les conditions de recours au dispositif dérogatoire en les limitant à « *des difficultés économiques liées à la propagation du Covid-19* ».

Cassant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation estimait ensuite et *a contrario* que le recours aux mesures prévues par la loi du 23 mars 2020 et l'ordonnance du 25 mars 2020 n'était pas

limité à la seule situation de difficultés économiques, telles qu'elles sont, par exemple, définies en matière de licenciement économique ou en cas de survenance de difficultés financières au niveau de l'entreprise. Aussi, ce dispositif dérogatoire au droit commun du temps de travail pouvait être mobilisé par l'employeur dès lors que la crise sanitaire avait un retentissement sur le bon fonctionnement de l'entreprise.

Toutefois, bien qu'infirmant l'arrêt d'appel, les juges du Droit prennent le soin de préciser que l'employeur qui mobilisait un tel dispositif devait justifier de son application légitime, ce dernier ne devant pas lui permettre de contourner l'application du régime spécifique d'ouverture de l'activité partielle.

Ici, la Cour de cassation répond à la seconde question de Droit posée par la requérante et apporte d'utiles enseignements sur l'articulation entre le régime spécifique issu de la loi du 23 mars 2020 et de l'ordonnance du 25 mars 2020 et le régime, tout aussi spécifique, de l'activité partielle applicable aux salariés dits vulnérables ou à ceux parents d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile. Pour mémoire, ce second dispositif dérogatoire visait également à faire face à la crise sanitaire et était prévu par l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative qui a substitué, à compter du 1^{er} mai 2020, le dispositif d'activité partielle au système d'arrêt de travail dérogatoire dont ces salariés bénéficiaient avant la crise sanitaire.

Les hauts magistrats organisent alors un système de priorité en retenant que le système d'activité partielle fondé sur la situation personnelle du salarié prévalait sur le dispositif ouvrant à l'employeur la possibilité de contraindre ses salariés à prendre des RTT ou des jours capitalisés

sur le compte épargne temps : « *Les mesures dérogatoires de pose des jours de repos visent à répondre à la situation concrète de l'entreprise et ne sauraient être mobilisées en raison de la situation personnelle de certains salariés dans l'impossibilité de travailler.* »

Cet arrêt, bien qu'intervenant un peu tard, conserve tout son intérêt s'agissant des contentieux actuellement pendant

devant les juridictions françaises et relatifs aux dispositifs dérogatoires au droit commun du travail mis en place afin de faire face à la crise sanitaire liée au Covid-19. Allié à la clarté des réponses apportées par la Cour de cassation aux questions de la requérante, c'est certainement ce dernier élément qui aura justifié la publication de la décision du 6 juillet 2022 au *Bulletin*.

3 Entre l'amour et l'AAH, plus besoin de choisir : l'heure est à la déconjugalisation !

Between love and allowance for disabled adults, no longer need to choose: it's time for deconjugalization!

Articles 9 et 10 de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat

Julie CHMARGOUNOF, doctorante en Droit, UR-UM 206, université de Montpellier, juriste à l'agence régionale de santé Occitanie

Mots-clés : allocation aux adultes handicapés – déconjugalisation – pouvoir d'achat

Keywords: allowance for disabled adults – deconjugalization – purchasing power

L'amour, l'amour, l'amour... oui, mais pas à n'importe quel prix. De nombreuses voix se sont élevées ces dernières années concernant une particularité de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) : le montant alloué varie « *selon que le bénéficiaire est marié ou vit maritalement ou est lié par un pacte civil de solidarité* » (article L. 821-1 du Code de la sécurité sociale). Avec cet alinéa, le romantisme prend un nouveau tour, car le versement de l'allocation va nécessairement décroître. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) a en 2021 souligné en le caractère « *dépassé* » du mode de calcul de l'AAH, qui ne respecte pas « *les droits à la dignité, à l'autonomie, à la possibilité*

de faire librement ses propres choix et à disposer d'un niveau de vie adéquat ». En effet, pour bénéficier de l'allocation à taux plein, le conjoint du bénéficiaire doit gagner moins de 1 016,55 euros net par mois, si bien que la personne en situation de handicap se trouve rapidement à la charge de ce dernier. La Commission précise « *[qu']à la dépendance matérielle et humaine liée au handicap vient alors s'ajouter une dépendance financière, source d'une grande vulnérabilité* » (CNCDH, Avis du 30 septembre 2021 sur la déconjugalisation de l'allocation adulte handicapé, *JORF*, n° 0237, 10 octobre 2021). Pour les femmes, l'atteinte est démultipliée, car cette dépendance les empêche de « *s'extraire facilement des*

situations d'abus conjugaux” (CNCDDH, Avis précité, 30 septembre 2021). Les députés porteurs de la proposition de loi du 8 juillet 2022 dénoncent l'inégalité que suscite cette mesure entre les bénéficiaires selon leur situation matrimoniale, mesure qui fait qu'un « *grand nombre de personnes en situation de handicap renoncent à se marier, à vivre maritalement ou à se lier par un pacte civil de solidarité* » (proposition de loi n° 24 visant à déconjugaliser l'allocation aux adultes handicapés).

Face à ce dilemme, le président Emmanuel Macron préconisait au mois d'avril 2022 le choix de l'amour tout en rappelant la nécessité de faire bouger les choses (ALLIER [Edoxie], « Emmanuel Macron rétropédale et promet de “bouger” sur la déconjugalisation de l'AAH », *Hospimedia*, le 15 avril 2022). Cependant, il a fallu attendre le contexte de la crise énergétique pour que la déconjugalisation soit enfin votée. Désormais, le calcul

du montant de l'allocation allouée sera indépendant des revenus du conjoint. Avec cette mesure qui a pour dessein de protéger le pouvoir d'achat des Français, la DREES estime que les intéressés pourraient voir leur allocation augmenter d'environ 300 euros. Pour celles et ceux qui seraient pénalisés par la mesure, le texte prévoit un régime transitoire leur permettant de se voir appliquer la loi antérieure jusqu'à l'expiration de leurs droits à l'allocation. La même loi valorise également le pouvoir d'achat des personnes en situation de handicap en augmentant l'AAH à hauteur de 4 % (RABEUX [Cécile], « Le Parlement valide la revalorisation et la déconjugalisation de l'AAH », *Hospimedia*, le 4 août 2022). Il reste désormais à savoir si ces mesures seront suffisantes pour protéger les personnes en situation de handicap face à l'augmentation du coût de la vie.

Sous la direction de:

J. BACHRI, docteure en Droit, enseignant-chercheur, université de Renmin, Institut franco-chinois, Suzhou, Chine

10

POLITIQUE DE SANTÉ, SANTÉ PUBLIQUE, ÉCONOMIE DE LA SANTÉ

① La fin de l'exception ou l'exception de la fin ?

The end of the exception or the exception of the end?

Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19 (1)

Julia BRUNN, doctorante en Droit, école de droit de la santé de Montpellier, UR-UM 206, université de Montpellier

Mots-clés : loi – régime d'exception – Covid-19 – état d'urgence sanitaire – outils numériques – obligation vaccinale – soignants

Keywords: law – emergency regime – Covid-19 – state of health emergency – digital tools – vaccination obligation – caregivers

La notion d'état d'urgence sanitaire naît en droit français à l'occasion de la loi de 1955 donnant aux pouvoirs publics la possibilité de mettre en œuvre des mesures exceptionnelles en cas de péril imminent. Sur cette base est créé en mars 2020 le dispositif de l'état d'urgence sanitaire qui intègre les articles L. 3131-12 et suivants au Code de la santé publique. Ces derniers réglementent la circulation des personnes, la mise en quarantaine, les rassemblements et toute mesure relative à la liberté d'entreprendre et du commerce. Bien que des limites liées au principe de proportionnalité soient établies, l'introduction de ces nouveaux articles restreint *de facto* certaines libertés. Ces dispositions dérogoratoires au droit commun ont été prorogées durant de nombreuses semaines afin de maîtriser la propagation du virus et de protéger la santé de la population.

Un premier pas vers la sortie de crise a été amorcé par la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 (CAYEUX [Andréa Barbara], « La sortie de l'état d'urgence sanitaire, une liberté retrouvée ? », *RDS*, n° 98, 2020, p. 1132-1134) mettant fin à l'état d'urgence sanitaire sur le territoire national tout en prolongeant les pouvoirs exceptionnels conférés au Premier ministre. Par la suite et en raison du contexte sanitaire incertain, plusieurs lois ont développé des régimes transitoires organisant la sortie de crise. Afin de parachever cette impulsion et de mettre définitivement un terme aux différents régimes d'exception, la loi du 30 juillet 2022 est promulguée après un consensus parlementaire.

Le temps attendu des débats : le traditionnel ping-pong parlementaire

La nature exceptionnelle de ces mesures induisait nécessairement une échéance, laquelle fut encouragée lors des débats parlementaires estivaux. Le projet de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19, proposé par la Première ministre, a été discuté durant le mois de juillet, au cours duquel l'Assemblée nationale et le Sénat sont parvenus à se mettre d'accord. Le projet intégrait l'absence de nécessité de proroger l'état d'urgence sanitaire, mais n'en faisait pas l'élément phare de la loi. Au contraire, il importait au Gouvernement d'axer la nouvelle loi sur le maintien des dispositifs de surveillance de veille et de sécurité sanitaire permettant la mise en œuvre de mesures en cas de nécessité. Cependant, au cours de l'examen en commission au Sénat, le texte est renommé en tant que « Projet de loi mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19 ». L'objectif premier est désormais clair : mettre fin aux régimes d'exception et particulièrement à l'état d'urgence sanitaire. S'ajoutent à cela des amendements relatifs à la prolongation des systèmes d'information, aux contrôles aux frontières ainsi qu'à la procédure de réintégration des personnels soignants suspendus.

Les discussions se sont poursuivies autour des termes et de la constitutionnalité du texte. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question de la conformité de l'article 3 de la loi à la Constitution. D'une part, les soixante députés dépositaires de la saisine arguent une méconnaissance des principes à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi, et ce, au regard de l'exclusion des territoires d'outre-mer dans l'expression

« *territoire national* » utilisée. D'autre part est soulevée la méconnaissance du principe d'égalité due à un traitement injustifié lié à la limitation des déplacements en provenance des collectivités.

Ces deux moyens sont écartés par le Conseil constitutionnel, qui juge l'article 3, paragraphe 1, de la loi conforme à la Constitution en rappelant non seulement que le territoire national désigne le territoire hexagonal, la Corse et les collectivités d'outre-mer, mais aussi que rien ne s'oppose à ce que des situations différentes soient gérées différemment.

En définitive, la loi est publiée au *Journal officiel* le 31 juillet 2022. Elle marque un incontestable pas en avant vers la sortie de crise en introduisant cinq articles relatifs à la fin de l'état d'urgence sanitaire et aux régimes d'exception.

L'heure nuancée du changement : entre fin et prolongation des mesures

Le premier point de la loi sonne le glas de l'état d'urgence sanitaire et des régimes « post-crise ». Il abroge toute une série d'articles du Code de la santé publique visant l'organisation et le fonctionnement de l'état d'urgence sanitaire et, implicitement, le comité de scientifiques institué en mars 2020 pour l'aide à la prise de décision. Cet article symbolise le retour de nos libertés à travers la fin des mesures contraignantes, telles que le confinement, la restriction des déplacements, le couvre-feu, le passe sanitaire ou encore l'obligation du port du masque.

La loi prévoit toutefois la prolongation de l'utilisation des outils informatiques pour la surveillance du virus avec une première phase jusqu'au 31 janvier 2023, puis une seconde fixée au 30 juin 2023 ; les dispositifs SI-DEP et Contact-COVID permettant respectivement la mise en place de deux systèmes : l'un relatif à

l'information quant aux dépistages et l'autre établissant des alertes lors de contacts. La notion de consentement est désormais introduite s'agissant du partage des données personnelles pour le diagnostic clinique à l'échelle française, mais aussi concernant le justificatif européen d'absence de contamination.

Le texte législatif étend la possibilité d'instaurer des tests de dépistage aux frontières. Il prévoit, jusqu'en 2023 et par voie de décret après avis de l'autorité scientifique, le pouvoir de limiter les déplacements pour les personnes en provenance ou à destination de la France. En outre, la loi rappelle l'importance de la transparence dans l'utilisation des données scientifiques. Lors de la commission des lois, le ministre de la Santé et de la Prévention avait mis en évidence ce point capital relatif à la transparence afin de restaurer un lien de confiance.

Enfin, le dernier article de la loi aborde l'épineuse question de la vaccination obligatoire des personnels soignants instituée par la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire. Le nouveau texte instaure la possibilité de

suspendre l'obligation dès lors qu'elle n'est plus justifiée au regard de la situation épidémiologique ou des connaissances médicales et scientifiques. Seul le constat de la Haute Autorité de santé (HAS), qui est censée observer l'absence de justification de la prolongation d'une telle mesure, légitimera son annulation par décret. Cependant, le communiqué de presse publié fin juillet 2022 par la HAS ne présage pas l'abandon immédiat de l'obligation vaccinale, puisque l'autorité scientifique préconise son maintien en raison de l'émergence du sous-variant BA.5 et de l'efficacité des vaccins dans la propagation de l'épidémie.

Le constat de cette loi est nuancé : le titre annonceur de changements concorde avec le premier article, qui marque la fin du cadre de l'état d'urgence et des mesures d'exception. Néanmoins, les articles suivants révèlent la poursuite de dispositifs transitoires. Le législateur témoigne d'une certaine prudence en oscillant entre un retour à la normale tout en prolongeant les possibilités relatives à des dispositions spéciales en cas de regain épidémique.

2 Du « Conseil Scientifique » au Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires

From the “Scientific Council” to the Committee for Monitoring and Anticipating Health Risks

Décret n° 2022-1099 du 30 juillet 2022 instituant un Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires

Agathe FONTENELLE, doctorante en Droit, école de droit de la santé de Montpellier, UR-UM 206, université de Montpellier

Mots-clés : Conseil scientifique – état d'urgence sanitaire – politique de santé – santé publique – expert – expertise sanitaire – expert en santé publique – Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires – fin de l'état d'urgence sanitaire

Keywords: Scientific Council – state of health emergency – health policy – public health – expert – health expertise – public health expert – Committee for Monitoring and Anticipating Health Risks – end of the health emergency state

Depuis deux ans et demi, « *les différents États du globe s'essoufflent dans la lutte contre le coronavirus* » (FONTENELLE [Agathe], « Covid-19 et libertés fondamentales : où en est-on ? », *Journal de droit de la santé et de l'Assurance maladie [JDSAM]*, n° 32, 2022, p. 88). En France, deux facteurs expliquent la naissance de l'état d'urgence sanitaire (EUS). Tout d'abord, le ministre de la Santé ne souhaite pas être dépossédé de ses compétences. Ensuite, le « culte du texte » fonde la mise en place d'un état d'urgence sanitaire (TRUCHET [Didier], « L'urgence sanitaire », *RDSS*, 2007, p. 414).

L'article L. 3131-1 du Code de la santé publique découle de cette logique. Ce texte habilite le ministre de la Santé à répondre « *par tous les moyens* » aux finalités de la protection de l'ordre public sanitaire (*ibid.*). Or, « *tous les moyens* » est une formule « *extrêmement large !* » (*ibid.*). Cette disposition aurait pu constituer un état d'urgence autosuffisant. Néanmoins, celui-ci s'accompagne de la création rétroactive de l'état d'urgence sanitaire institué par arrêté (ROUSSEAU

[Dominique], « Quand l'urgence fait mal au Droit », *AJ Collectivités territoriales*, n° 4, 2020, p. 169 ; loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19).

L'instauration de ce véhicule juridique vient restreindre massivement les droits et libertés fondamentales, notamment lors du confinement (FONTENELLE [Agathe], « Covid-19 et libertés fondamentales : où en est-on ? », art. cit., p. 90). Cependant, l'urgence étant par nature temporaire, ce régime dérogatoire n'a pas vocation à durer *ad vitam aeternam* (*ibid.*, p. 92). Ainsi, la loi du 31 juillet met fin à l'état d'urgence sanitaire (loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19).

La création du Conseil scientifique et la proclamation de l'état d'urgence sanitaire sont simultanées. Cette création circonstanciée doit permettre de lutter contre le virus (I). Toutefois, ce régime dérogatoire du droit commun s'éteint corrélativement avec l'institution qu'il a créée, laissant ainsi place à un nouveau Comité (II).

I. La création circonstanciée d'un Comité scientifique

Le guide avéré du Gouvernement : les experts

« *Un principe nous guide pour définir nos actions : c'est la confiance dans la science. C'est d'écouter celles et ceux qui savent* » (Macron [Emmanuel], « Adresse aux Français », Élysée, 12 mars 2020, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais>).

C'est dans cette optique qu'un comité *ad hoc* est créé. Tel un *Deus ex machina* (RÉGIS [Catherine] et VIALLA [François], « Covid-19 : les pouvoirs (publics), l'autorité (scientifique), l'influence (technologique) », in VÉZINA [N.], FRÉCHETTE [P.] et BERNIER [L.], dir., *Mélanges Robert P. Kouri, L'humain au cœur du droit*, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 12), le « Conseil scientifique » voit le jour. En effet, depuis le début de la crise sanitaire « *les experts semblent chuchoter à l'oreille des dirigeants* » (SUPIOT [Jérémy], « L'expert en temps de crise », in BARBÉ [V.], KERLEO [J.-F.] et PADOVANI [J.], dir., *L'éthique à l'épreuve de la crise*, Éditions L'Épilogue, 2021). Le pouvoir politique peut tout à fait écouter l'éclairage scientifique (VIALA [Alexandre], « Les experts et le pouvoir politique au temps du Covid-19 », in VIALLA [F.] et VIELFAURE [P.], dir., CHMARGOUNOF [J.] et DRONNEAU [F.], coord., *Les pouvoirs publics face aux épidémies, De l'Antiquité au XXI^e siècle*, LEH Édition, 2021, p. 331).

En revanche, les pouvoirs publics ne doivent pas instrumentaliser l'argument scientifique afin de répondre aux enjeux de sécurité sanitaire (VIALA [Alexandre], « Propos introductifs », colloque : « L'argument scientifique en droit public », université de Montpellier, 20 mai 2022), et ce, au risque de tendre vers un régime épistocratique (VIALA [Alexandre],

« Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », *RDS*, n° 96, 2020, « Regards croisés », p. 585), dans lequel le Parlement est annexé au profit des experts (NOIVILLE [Christine], « Expertise scientifique et décision politique en temps de crise sanitaire, Quelques interrogations à propos d'une dérive supposée "dérive épistocratique" », in NOIVILLE [C.], LAUGIER [S.] et PHILIPPE [X.], dir., *Des enjeux d'intérêt public en temps de pandémie, Un double regard juridique et philosophique*, Mare & Martin, 2021, p. 194). La complexité de cette étroite collaboration réside dans la promiscuité entre l'éclaireur et l'éclairé. La question centrale est celle de la légitimité des experts scientifiques lors de la crise du Covid-19 pour des questions de santé publique (VIALLA [François], « *MMXX : VENI, [co] VIDI, VICI, Bellum contra corona morbus : bellum annales* », *RDS*, n° 96, 2020, « Chroniques », p. 558). En l'espèce, deux comités sont créés afin d'éclairer le Gouvernement dans le cadre de la lutte contre le virus.

La création « organisationnelle » de deux Comités *ad hoc* (BORRAZ [Olivier] et BERGERON [Henri], « Covid-19 et Impréparation et crise de l'État », *AOC*, 31 mars 2020)

En France, il existait déjà Santé publique France, la Haute Autorité de santé (HAS) ou encore le Haut Conseil de la santé publique (HSCP). Ces institutions sont chargées de veiller à la protection de la santé publique. À travers des avis ou des recommandations, les membres de ces administrations aiguillent les pouvoirs publics dans leurs prises de décision. Il aurait semblé logique que la gestion d'une épidémie passe par l'une de ces trois institutions (VIALA [Alexandre], « Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », art. cit., p. 585) « *scientifiques pérennes* » (BERGERON [Henri], BORRAZ [Olivier], CASTEL [Patrick], DEDIEU [François], *Covid-19 : une*

crise organisationnelle, Les presses de Sciences Po, 2020, « Coordination, coopération et pouvoir », p. 71). Néanmoins, deux comités *ad hoc* voient le jour.

D'une part, le Comité scientifique, communément appelé « Conseil scientifique », a été officialisé « *ex post loi* » (BERGERON [Henri], BORRAZ [Olivier], CASTEL [Patrick], DEDIEU [François], *Covid-19 : une crise organisationnelle*, *op. cit.*, p. 57) par un décret du 3 avril 2020 en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, qui institue un article spécifique du Code de santé publique : l'article L. 3131-19. Or, cette institution est omniprésente durant la gestion de cette crise. Elle est composée de dix-sept membres, dont notamment « *trois infectiologues, un virologue, un épidémiologiste, un modélisateur, une anthropologue, un sociologue, une réanimatrice et un médecin généraliste [...]. [Parmi eux], quatre appartiennent à deux organisations biomédicales de référence, spécialisées dans la lutte contre les épidémies : l'institut Pasteur et l'hôpital Bichat* » (BERGERON [Henri], BORRAZ [Olivier], CASTEL [Patrick], DEDIEU [François], *Covid-19 : une crise organisationnelle*, *op. cit.*, p. 57).

D'autre part, un Comité d'analyse de recherche et d'expertise (CARE) émerge. Néanmoins, aucun texte n'a été publié lors de l'émergence de ce comité consultatif. Le ministère de la Santé fait écho à ce Comité par une formulation vague : CARE est chargé « *d'éclairer les pouvoirs publics dans des délais très courts sur les suites à donner aux propositions d'approche innovantes scientifiques, technologiques et thérapeutiques formulées par la communauté scientifique française et étrangère pour répondre à la crise du Covid-19 et vérifier que les conditions de déploiement et de portage sont réunies* » (<https://solidarites-sante.gouv.fr/archives/archives-presse/archives-brevs/article/installation-du-comite-analyse-recherche-et-expertise-care>).

La mission préventive de ces Comités

Aux termes de l'article L. 3131-19 du Code de la santé publique, le Conseil scientifique rend périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme et peut être saisi par la commission parlementaire. Il est chargé d'aider à la décision (1-3 du règlement intérieur du Conseil scientifique Covid-19, https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/reglement_interieur_cs.pdf). Au sein de ce Comité, la présence d'un vétérinaire et d'un spécialiste de la maladie de Lyme permet d'évaluer les risques de zoonoses. Les cas de « Monkeypox », la variole du singe, ne cessent de démontrer l'importance d'une telle problématique. Aux termes de l'article L. 1110-5 du Code de la Santé Publique, la sécurité sanitaire doit être garantie par toute personne. À cet égard, Ce comité est investi dans cette mission comprenant les risques alimentaires, environnementaux, etc. De son côté, le CARE doit « *solliciter la communauté scientifique pour faire des propositions sur des thématiques identifiées par le ministère des Solidarités et de la Santé ou le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation* » (*ibid.*, site du Gouvernement).

Depuis sa mise en place le 20 mars 2020, environ quatre-vingt-dix avis et notes ont été rendus par le Conseil scientifique contre environ cent vingt par le Haut Conseil de la santé publique. Le premier avis date du 12 mars 2020 – lorsque l'état d'urgence sanitaire et le Conseil scientifique n'étaient pas encore officiellement nés. Ces recommandations sont diverses et plus ou moins denses, mais toutes relatives à la lutte contre le virus. Or, l'article 3131-19 du Code de la santé publique, alinéa premier, dispose que « *le Comité est dissous lorsque prend fin l'état d'urgence sanitaire* ». Ainsi, l'état

d'urgence sanitaire prenant fin le 31 août 2022, le Conseil scientifique disparaît lui aussi (Haroun [Karima], « Un Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires voit le jour », *Dictionnaire permanent, Santé, bioéthique, biotechnologies*, n° 339, septembre 2022). Conformément à l'adage « *Le roi est mort, vive le roi* », un décret estival crée un nouveau Comité pour succéder au Conseil scientifique (décret n° 2022-1099 du 30 juillet 2022 instituant un Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires).

II. La création consécutive du Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (COVARS)

L'élargissement bienvenu des missions : vers la conception « *one health* »

Le COVARS est chargé d'assurer une veille scientifique sur les risques sanitaires liés aux agents infectieux atteignant l'homme et l'animal, aux polluants environnementaux et alimentaires et au changement climatique (article D. 1413-92, 1°, du Code de la santé publique). Les missions de ce nouveau Comité sont plus larges, puisqu'elles incluent les risques sanitaires liés à l'environnement. En effet, l'approche pluridisciplinaire et plus globale de la santé ne peut être que féconde.

Cette démarche « *one health* » est cohérente, et ce, tout particulièrement pour deux raisons.

Premièrement, cette vision globale est opportune, notamment au regard des enjeux de santé publique, mais aussi environnementaux de demain (HSCP, rapport : « Dessine la santé publique de demain », novembre 2021, p. 8-9 et p. 21). Autrement dit, la santé publique tout comme la santé sont largement perfectibles et se doivent d'évoluer pour répondre au mieux aux défis futurs.

Deuxièmement, elle s'avère aussi conforme à la définition de la santé de l'OMS (Constitution de l'OMS, alinéa 1^{er}, <https://www.who.int/fr/about/governance/constitution>).

Même si l'institution COVARS étend ses compétences, elle poursuit les missions de son prédécesseur et continue d'émettre des avis et des recommandations. Ce nouveau Comité est nécessaire, puisqu'il anticipe les futures épidémies et a vocation à perdurer. Cette institution pérenne évitera de créer une nouvelle institution dans l'urgence. Élaborer une nouvelle institution conduit à un « *tro-pisme technocratique* » (BERGERON [Henri] et BORRAZ [Olivier], « Dimensions organisationnelles de l'expertise en temps de crise, Expertise scientifique et indépendance », colloque de la HAS : « L'expertise scientifique face aux crises : refonte ou ajustements ? », 15 novembre 2021). Outre sa stabilité et sa vision globale de la santé, le COVARS insère des éléments de démocratie sanitaire.

L'introduction manifeste des citoyens : vers une légitimité démocratique ?

Aucune Constitution dans le monde ne confie à des « savants » le pouvoir (VIALA [Alexandre], « Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », art. cit., p. 585). Ces scientifiques, ces savants ne sont pas élus. Ils se retrouvent « à l'abri du bruit démocratique » et « *pre[n]ent] le soin de laisser les citoyens à l'abri du bruit de la science* » (SUPIOT [Jérémy], « L'expert en temps de crise », art. cit., p. 90). Sont-ils complètement illégitimes pour autant ? Ce risque de Gouvernement de l'expertise scientifique à son paroxysme s'appelle l'épistocratie (VIALA [Alexandre], « L'épistocratie : proposition de définition », in VIALA [Alexandre], dir., *Demain, l'épistocratie ?*, Mare & Martin, 31 mars 2022, p. 25) ; le risque étant que la décision publique

ne devienne que « *la simple courroie de transmission d'une parole experte* » (BERGERON [Henri], BORRAZ [Olivier], CASTEL [Patrick], DEDIEU [François], *Covid-19 : une crise organisationnelle*, *op. cit.*, p. 60). L'absence de débat démocratique, voire le « *déni de culture démocratique* », depuis le début de la crise pouvait interroger (LEMARCHAND [Frédéric], « *Coronavirus : un virus d'État ? La gestion de la Covid-19 entre démocratie et dictature sanitaire* », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 19, 2021, « *Pandémies et épidémies* », p. 24-34). Ainsi, pour remédier à tout ce manque de légitimité démocratique, l'article D. 1413-93 du Code de la Santé publique dispose que ce Comité est constitué de quinze personnalités scientifiques ou professionnels de santé, de deux représentants des patients et d'un représentant des citoyens. L'initiative d'insérer des citoyens et des patients démontre une volonté de démocratie sanitaire non négligeable. Toutefois, il n'est nullement précisé quels sont les critères de sélection. Ce manque de transparence est également discutable pour ce qui est de la question relative à la nomination de ces experts.

La normativité contestable des avis : une fatalité ou un choix ?

Le rapport du Conseil d'État relatif au droit souple de 2013 pose les trois conditions cumulatives de ce Droit (<https://www.vie-publique.fr/rapport/34021-etude-annuelle-2013-du-conseil-detat-le-droit-souple>). Le premier critère tend à la modification des comportements, le deuxième à l'absence de force contraignante et le dernier à la structuration, l'organisation et la légitimité de l'instrument.

Les avis de ces institutions de la santé publique tendent à modifier un comportement, puisqu'ils aiguillent le décideur. Ensuite, ces mesures non juridiques n'ont pas de force contraignante dans

la mesure où il ne s'agit pas de normes, mais d'avis et de recommandations. Néanmoins, ces propos sont à relativiser. À titre d'illustration, les recommandations émises par la Haute Autorité de santé ont une portée juridique dans les faits, (AUGIER-FRANCIA [Émeline], « *La portée juridique des recommandations publiques émises par la HAS* », *RDS*, n° 109, septembre 2022), tout comme les avis du Comité consultatif national d'éthique (PORCHER [Romain], *Éthique et normativité : éthique biomédicale et les droits fondamentaux aux sources du droit*, thèse, Montpellier, 2019). Concernant le troisième critère, les membres du Comité sont légitimés par le politique. Au regard du maintien de l'ordre public et de la finalité de sécurité sanitaire, les avis issus du Conseil scientifique durant la crise sanitaire sont un exemple topique du droit souple (CE, 12 juin 2020 : n° 418142, *GISTI* ; CE, 21 mars 2016 : n° 368082, *Fairvesta* ; RENARD [Stéphanie], « *Mais qu'a fait la police ?* », *Droit administratif, RDLF*, 2020, chron. n° 8 et « *La contribution du droit souple au maintien de l'ordre public sanitaire : l'expérience française de lutte contre le Covid-19 entre mars et septembre 2020* », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 19, 2021, « *Pandémies et épidémies* », p. 34-43).

De cette façon, les avis et recommandations des institutions en santé publique sont sources de normativité (FONTENELLE [Agathe], « *L'expert et le décideur entre complexité et promiscuité, L'apport des disciplines non juridiques à l'efficacité du Droit* », colloque IDETCOM, Toulouse, 14 octobre 2022 ; MARGUÉNAUD [Jean-Pierre], « *L'argument scientifique dans l'élaboration des normes juridiques : l'exemple du droit animalier* », « *Argument scientifique et action institutionnelle* », colloque : « *L'argument scientifique en droit public* », université de Montpellier 20 mai 2022). Le Conseil scientifique et le

COVARS sont des sources indirectes du droit (FONTENELLE [Agathe], « L'expert et le décideur entre complexité et promiscuité, L'apport des disciplines non juridiques à l'efficacité du Droit », colloque IDETCOM, Toulouse, 14 octobre 2022).

Néanmoins, même si les experts demeurent performants dans un domaine précis, ils n'ont pas de pouvoirs décisionnels *stricto sensu*. Autrement dit, « *l'opinion des experts, quand bien même elle prendrait la forme d'une recommandation, ne cristallise aucune décision : celle-ci revient entièrement au pouvoir politique* » (TRUCHET [Didier], « L'ambiguïté de l'expert », art. cit., p. 90). Les experts aident, appuient et aiguillent le politique et c'est à lui qu'il incombe la responsabilité de décider. À titre d'illustration, le politique n'a pas toujours entériné les avis des scientifiques (DESMOULINS [Thibault], « Le rôle du Conseil scientifique/du Conseil de défense sanitaire dans la gestion étatique de la crise sanitaire », « Argument scientifique et action institutionnelle », colloque : « L'argument scientifique en droit public », université de Montpellier, 20 mai 2022). Pour illustrer ces propos, il peut être pertinent de rappeler que, même si le président de la République avait annoncé la réouverture des établissements scolaires à partir du 11 mai 2020, le Conseil scientifique n'était pas allé dans le même sens. En effet, ce dernier proposait de « maintenir les crèches, les écoles, les collèges, les lycées et les universités fermés jusqu'au mois de septembre » (CONSEIL SCIENTIFIQUE COVID-19, « Sortie progressive de confinement : prérequis et mesures phares », avis n° 6, 20 avril 2020, p. 16, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/274173.pdf>).

La nomination discutable des experts : vers un manque de transparence ?

Tout comme le Conseil scientifique, les membres de ce Comité sont désignés par les ministres. L'article D. 1413-94 affirme que le Comité exerce ses missions en toute indépendance. Toutefois, l'idéal d'une indépendance parfaite est inaccessible (TRUCHET [Didier], « L'ambiguïté de l'expert », *RDSS*, 2021 p. 85). Le politique reconnaît l'expert et son expertise en tant que tel en le nommant. Ensuite, la recherche de l'indépendance ne doit pas prendre le pas sur celle de l'exigence de compétence (*ibid.*). La promiscuité entre le politique et l'expert est très complexe (FONTENELLE [Agathe], « L'expert et le décideur entre complexité et promiscuité, L'apport des disciplines non juridiques à l'efficacité du Droit », colloque IDETCOM, Toulouse, 14 octobre 2022). Conformément à la loi de Hume, il revient à la science de décrire le monde ce qui est et au politique de prescrire une norme (VIALA [Alexandre], « Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », art. cit., p. 585). En effet, la science permet d'éclairer le politique et à ce dernier de trancher, « *mais il fut un temps où les frontières étaient moins claires* » (BERGERON [Henri], BORRAZ [Olivier], CASTEL [Patrick], DEDIEU [François], *Covid-19 : une crise organisationnelle*, *op. cit.*, p. 60). Cette technique s'appelle le « *sophisme épistocratique* » (VIALA [Alexandre], « Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », art. cit., p. 587) ou le « *sophisme naturaliste* » (VIALA [Alexandre], « Propos introductifs », colloque cité). Le politique a su en faire usage tout au long de la crise, notamment dans le cas du report des élections municipales ou du port du masque (ROUSSEAU [Dominique], « Quand l'urgence fait mal au Droit », art. cit. ; VIALA [Alexandre], « Le coronavirus ou les symptômes d'une épistocratie sanitaire », art. cit., p. 587). L'expert

s'imisce furtivement dans la prise de décision des pouvoirs publics. *De facto*, certaines recommandations peuvent être envisagées.

Recommandations

Certaines recommandations peuvent être suggérées.

Premièrement, il faut que ce Comité adopte une posture humble et n'hésite pas à ajuster les différentes mesures en fonction de « *l'état des connaissances scientifiques* » et qu'ils soient plus transparents sur la nomination des citoyens et des patients siégeant au sein de ce Comité.

Deuxièmement, il serait peut-être envisageable d'ajouter un juriste à ce Comité, puisqu'il est important « *[d']écouter tout le monde* », mais il ne faut « *pas se laisser influencer par tout le monde* » (GUARDIAN [Marcus], « Expertise scientifique et indépendance », colloque de la HAS : « L'expertise scientifique face aux crises : refonte ou ajustements ? », 15 novembre 2021). Le rôle d'un juriste consiste à renforcer la sécurité juridique. Insérer un juriste dans ce Comité permet aussi de veiller au respect de la démocratie et de l'État de droit. En effet, en cas de crise, les libertés fondamentales peuvent être annexées au profit de la sécurité sanitaire (FONTENELLE [Agathe], « Covid-19 et libertés fondamentales : où en est-on ? », art. cit., p. 88). De ce fait, il serait opportun d'y intégrer un voire plusieurs juristes. Il faudra par la suite établir des critères objectifs quant à la nomination de ces derniers.

Ensuite, au nom de la transparence et de l'impartialité (GOT [Claude], « Les partenaires de l'expertise en santé publique », in *L'expertise en santé publique*, Presses universitaires de France, 2005, p.22), la promiscuité entre le décideur et l'expert doit être encadrée (FONTENELLE [Agathe], « L'expert et le décideur entre complexité et promiscuité, L'apport des

disciplines non juridiques à l'efficacité du Droit », art. cit.) : si le politique nomme ces experts, encore faut-il que les citoyens puissent avoir accès aux critères permettant aux pouvoirs publics de trancher.

Enfin, sachant que ce Comité a vocation à se pérenniser et qu'il existe trois autres institutions en santé publique : Santé publique France, l'HAS et le HSCP, une fusion de tous ces comités ne devrait-elle pas être envisagée ? Ou du moins la suppression de l'un d'entre eux ?

Pour conclure, le Conseil scientifique s'est éteint en même temps que l'état d'urgence sanitaire (CASTEL [Robert], « Crise sanitaire – Covid-19 : la fin de l'état d'urgence », *Juristourisme*, n° 255, 2022, p. 10 ; Aubin [Emmanuel], « La "mort" législative de la Covid-19 : une bonne gouvernance des risques sanitaires ? », *Actualité juridique droite administratif*, n° 32, octobre 2022). Cependant, la lutte contre le virus n'est pas achevée, et d'autres crises peuvent surgir (Aubin [Emmanuel], « La "mort" législative de la Covid-19 : une bonne gouvernance des risques sanitaires ? », art. cit.).

De cette manière, le COVARIS revêt une mission plus large que celle du Conseil Scientifique. Il est logique d'espérer qu'il permette de mieux anticiper les risques sanitaires.

L'expert s'introduit progressivement dans la prise de décision des pouvoirs publics. En rendant des avis et recommandations, les « experts » en santé publique interfèrent par ricochet avec la norme. Toutefois, il convient de ne pas exclure complètement la responsabilité du décideur à qui il incombe de trancher.

In fine, les maîtres mots des prochaines crises sont l'anticipation, les réajustements permanents, la transparence et la proportionnalité des mesures.

Sous la direction de :

S. GUIGUE, docteure en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

13

DROIT ET SANTÉ MENTALE

① Levée d'un programme de soins pour une personne pénalement irresponsable : deux expertises sont nécessaires

Release of a psychiatric care program for a criminally irresponsible person: two expert reports are necessary

Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2022 : n° 20-50.040

Karine SFERLAZZO-BOUBLI, docteure en médecine, docteure en Droit, Centre de droit de la santé, UMR 7268, Adès, université d'Aix-Marseille

Mots-clés : irresponsabilité pénale – programme de soins – mainlevée – expertise psychiatrique

Keywords: criminal irresponsibility – psychiatric care program – release – psychiatric expertise

Les personnes atteintes de troubles mentaux déclarés pénalement irresponsables peuvent faire l'objet d'une hospitalisation psychiatrique sans consentement. Le régime applicable est celui des soins à la demande du représentant de l'État. Selon la gravité des actes commis et avant d'ordonner la levée de la mesure de soins, le juge est dans l'obligation de recueillir deux expertises psychiatriques (art. L. 3211-12, II, du CSP). Dans l'hypothèse d'une amélioration de la symptomatologie psychiatrique, l'allègement de la contrainte qui pèse sur le malade est possible. La prise en charge peut alors se poursuivre sous la forme d'un programme de soins. Lorsqu'un malade, déclaré pénalement irresponsable, est pris en charge sous cette forme, le juge a-t-il obligation de recueillir deux expertises psychiatriques avant de se prononcer sur une demande de mainlevée ? C'est à cette question qu'a répondu le 6 juillet

2022 la première chambre civile de la Cour de cassation.

En l'espèce, le tribunal correctionnel a ordonné, en novembre 2017, l'hospitalisation psychiatrique sans consentement de M. X, déclaré pénalement irresponsable des faits de dégradation volontaire d'un bien appartenant à autrui par un incendie. En avril 2018, par arrêté préfectoral, la prise en charge de M. X a pris la forme d'un programme de soins. En octobre 2020, M. X a formé une requête de mainlevée devant le juge des libertés et de la détention compétent. En appel, le premier président de la cour d'appel de Lyon a fait droit à cette demande. Le procureur général près la cour d'appel de Lyon s'est alors pourvu en cassation. Il reproche à l'ordonnance d'appel d'avoir violé le paragraphe II de l'article L. 3211-12 du Code de la santé publique, qui impose au juge, avant de se prononcer sur

une mainlevée, de recueillir deux expertises psychiatriques lorsque les faits sont punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes ou d'au moins dix ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux biens. La Cour de cassation précise que « *ces dispositions s'appliquent même si la mesure a pris ultérieurement la forme d'un programme de soins* ». Elle confirme la violation de la loi. Elle a donc cassé et annulé l'ordonnance querellée.

Si la réponse de la Cour fait preuve d'une certaine rigidité, elle reflète une volonté d'équilibre entre les intérêts en présence. Elle donne l'occasion de rappeler que l'intensité du régime des soins à la demande du représentant de l'État prend en considération la dangerosité du malade (I). Outre le respect du droit des malades, certaines garanties méritent également d'être offertes à la société (II).

I. Hospitalisation d'une personne déclarée pénalement irresponsable : un régime de soins à intensité variable

L'hospitalisation psychiatrique des personnes déclarées pénalement irresponsables relève du régime des soins à la demande du représentant de l'État, mais l'admission peut être prononcée par une juridiction sur le fondement de l'article 706-135 du Code de procédure pénale (voir SFERLAZZO-BOUBLI [Karine], « Irresponsabilité pénale et poursuite des soins psychiatriques : le respect des délais de contrôle s'impose », *RDS*, n° 98, 2020 p. 1009). Si la plupart des malades relèvent du régime de droit commun, un régime dit « renforcé » est appliqué en fonction de la sévérité de l'infraction commise, c'est-à-dire pour des faits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes ou d'au moins dix ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux biens. Pour statuer, le juge doit alors recueillir l'avis du

collège et ne peut prononcer une mainlevée sans avoir recueilli deux expertises établies par les psychiatres inscrits sur les listes (art. L. 3211-12, II, du CSP). La question posée en l'espèce est légitime. Si l'état du malade s'améliore et qu'un programme de soins est instauré, c'est-à-dire qu'une certaine liberté d'aller et venir lui est accordée, les certificats médicaux sont-ils suffisants pour prononcer une mainlevée ?

II. Le maintien d'un régime renforcé malgré l'allègement de la contrainte

L'allègement de la contrainte que supporte le malade n'est pas synonyme de guérison. Il n'est pas rare qu'une personne qui bénéficie d'un programme de soins soit réintégrée en hospitalisation complète. Le médecin qui établit les certificats médicaux aux fins d'instauration d'un programme de soins est le psychiatre en charge du malade. Il est toujours possible qu'il manque d'objectivité sur la situation. Le préfet qui prononce par arrêté la nouvelle forme de prise en charge ne dispose pas des compétences médicales pour prévoir la récurrence d'actes pénalement répréhensibles. Le programme de soins doit donc être appréhendé comme une étape d'observation du comportement du malade en dehors d'un cadre contenant. Au regard de la gravité des actes commis par le malade et avant son retour non surveillé dans la société, certaines garanties doivent lui être offertes. Elles reposent sur une évaluation extérieure du malade matérialisée par deux expertises psychiatriques établies par des médecins ne participant pas à la prise en charge du malade. Ces derniers sont supposés avoir l'impartialité nécessaire. Le juge dispose alors pour rendre sa décision de l'avis du collège, dont la majorité des membres participent à la prise en charge du malade (art. L. 3211-9 du CSP), et de deux expertises psychiatriques.

2 Changement de régime des soins psychiatriques contraints : point de départ des délais pour saisir le juge et pour qu'il statue

13

Change of legal regime of compulsory psychiatric care: starting point for the deadlines for seizing the judge and for him to rule

Cass. 1^{re} civ., 19 juillet 2022 : avis n° Z2270007

Karine SFERLAZZO-BOUBLI, docteure en médecine, docteure en Droit, Centre de droit de la santé, UMR 7268, Adès, université d'Aix-Marseille

Mots-clés : hospitalisation psychiatrique – changement de régime juridique – point de départ des délais – juge

Keywords: psychiatric hospitalization – change of legal regime – starting point of time limits – judge

Les régimes juridiques applicables aux soins psychiatriques contraints se distinguent par l'auteur du prononcé d'admission, le formalisme et les conditions d'admission. Dans toutes les hypothèses, le malade doit être atteint de troubles mentaux nécessitant des soins. Lorsque le régime juridique est celui des soins à la demande d'un tiers (art. L. 3212-1 du CSP), le malade doit être dans l'incapacité de consentir à de tels soins. Lorsque l'hospitalisation est décidée par le préfet (art. L. 3213-1 du CSP), le comportement du malade doit porter gravement atteinte à l'ordre public ou menacer la sûreté des personnes. Il n'est pas rare qu'un malade hospitalisé sous le régime des soins à la demande d'un tiers développe un comportement répondant aux critères autorisant des soins à la demande du préfet. Dans cette circonstance, le préfet informé par le directeur d'établissement peut prendre une mesure d'admission sur le fondement d'un avis ou d'un certificat médical établi par un médecin de l'établissement d'accueil (art. L. 3213-6 du CSP). Ce changement de régime juridique au cours d'une hospitalisation continue déroge à la règle selon laquelle

le préfet qui prononce l'admission ne peut se fonder sur un certificat établi par un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil. Pour compenser cette dérogation, les certificats ultérieurs des vingt-quatre et soixante-douze heures devront être établis par deux psychiatres distincts. L'hospitalisation psychiatrique sans consentement est soumise au contrôle du juge des libertés et de la détention, qui doit être saisi au plus tard huit jours à compter de l'admission et doit statuer au plus tard dans les douze jours à compter de cette dernière. Les conditions (de fond et de forme) requises pour que l'hospitalisation soit régulière sont différentes selon le régime applicable. C'est la raison pour laquelle le changement de régime juridique implique une nouvelle saisine du juge des libertés et de la détention (Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 2015 : avis n° 14-70.010, *Bull.*, 2015, avis n° 1), car le contrôle qu'il exerce ne porte pas sur les mêmes éléments. Le changement de régime juridique interroge sur le point de départ du délai de saisine du juge et de celui dont il dispose pour statuer. La demande d'avis de la cour d'appel de Versailles n'est pas dénuée

d'intérêt et était formulée comme suit : « *Lorsqu'une personne est hospitalisée d'abord sur décision du directeur d'établissement, puis ensuite sur décision du représentant de l'État, en application de l'article L. 3213-6 du Code de la santé publique, le point de départ du délai de saisine du juge, et par là même du délai dont dispose le juge pour statuer, est-il la date de l'admission sur décision du directeur d'établissement ou la date de l'admission sur décision du représentant de l'État ?* ». La Cour de cassation y a répondu de manière précise : « *Le point de départ du délai de saisine du juge et, par là même, du délai dont dispose le juge pour statuer est :*

- *la date du prononcé de l'admission par le représentant de l'État dans le département si le juge des libertés et de la détention s'est déjà prononcé sur la décision prise par le directeur d'établissement ;*
- *la date du prononcé de l'admission par le directeur d'établissement si la décision du représentant de l'État dans le département intervient avant que le juge des libertés et de la détention ait statué sur la décision initiale. »*

Cet avis est à approuver et œuvre en faveur du respect des droits de la personne hospitalisée. En effet, le contrôle judiciaire doit être un contrôle à bref délai. Ce dernier doit donc courir à compter de la date de privation de liberté. Dans l'hypothèse où le régime juridique se durcit, un nouveau contrôle est nécessaire, et son délai doit courir à compter de cet événement.

Le geste suicidaire lié au travail, chronique de jurisprudence

Suicide at work, a chronicle of jurisprudence

CA Poitiers, 27 mai 2021 : n° 18/03908 ; CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806 ; CA Paris, 11 juin 2021 : n° 19/05140 ; CA Amiens, 6 septembre 2021 : n° 19/07098 ; CA Riom, 21 septembre 2021 : n° 19/01017 ; CA Amiens, 16 novembre 2021 : n° 19/06442 ; CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863 ; CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379 ; CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 21/04094 ; CA Grenoble, 14 décembre 2021 : n° 19/01531 ; CA Rennes, 15 décembre 2021 : n° 20/02339 ; CA Nancy, 11 janvier 2022 : n° 21/01634 ; CA Toulouse, 18 février 2022 : n° 19/0475 ; CA Rennes, 23 février 2022 : n° 19/02614 ; CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462 ; CA Grenoble, 8 mars 2022 : n° 19/03656 ; CA Poitiers, 7 avril 2022 : n° 19/02289 ; Cass. 2^e civ., 7 avril 2022 : n° 20-22.657 ; CA Poitiers, 14 avril 2022 : n° 20/00005 ; CA Paris, 15 avril 2022 : n° 19/05521 ; CA Rouen, 5 mai 2022 : n° 19/02715 ; CA Bordeaux, 19 mai 2022 : n° 20/01988 ; CA Nîmes, 14 juin 2022 : n° 19/00386 ; CA Nîmes, 14 juin 2022 : n° 20/00623 ; CA Aix-en-Provence, 17 juin 2022 : n° 21/03992 ; CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135 ; CA Amiens, 27 juin 2022 : n° 19/06363 ; CA Orléans, 28 juin 2022 : n° 20/01572 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/01315 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/04181 ; CA Amiens, 12 juillet 2022 : n° 20/04815 ; CA Orléans, 26 juillet 2022 : n° 20/01099

Sophie JOLY, maîtresse de conférences en Droit, université de Montpellier, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé

Mots-clés : suicide – geste suicidaire – définition de l'accident du travail – lésion psychique – présomption d'imputabilité – preuve – lettre d'adieu – lien de causalité – état antérieur – intention – faute inexcusable de l'employeur – accident de travail

Keywords: suicide – suicidal act – definition of work accident – psychic injury – presumption of accountability – proof – farewell letter – causality link – accountability – pre-existing health condition – intention – inexcusable fault of the employer – accident on duty

Plus d'un an s'est écoulé depuis notre dernière chronique. Le contentieux est dense et riche. Dans la mesure où la Cour de cassation rappelle le pouvoir souverain des juges du fond d'appréciation de la valeur des éléments de fait et de preuve soumis à leur examen (Cass. 2^e civ., 7 avril 2022 : n° 20-22.657), nous traiterons essentiellement d'arrêts rendus par les cours d'appel.

L'action engagée en raison d'un geste suicidaire lié au travail est généralement recherchée sur le terrain de l'accident du travail. Il est rappelé que « *la maladie est la manifestation d'un processus évolutif interne, [alors que] l'accident se*

*caractérise par la soudaineté de la lésion*¹ ». Notons toutefois que le syndrome dépressif qui fait suite à la tentative d'autolyse peut également donner prise à la qualification de maladie professionnelle². Le harcèlement moral, cause du geste suicidaire, est parfois invoqué³.

La **définition de l'accident de travail** ainsi que les **règles de preuve** applicables sont constantes : aux termes de l'article L. 411-1 du Code de la sécurité

1 CA Riom, 21 septembre 2021 : n° 19/01017.

2 CA Grenoble, 8 mars 2022 : n° 19/03656.

3 CA Nîmes, 14 juin 2022 : n° 19/00386 ; CA Rouen, 5 mai 2022 : n° 19/02715 ; CA Toulouse, 18 février 2022 : n° 19/04752.

sociale (CSS) « est considéré comme accident du travail quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée, ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chef d'entreprise. Constitue un accident du travail tout fait précis survenu soudainement au cours ou à l'occasion du travail et qui est à l'origine d'une lésion corporelle⁴ », peu importe la date d'apparition de la lésion⁵. Nombre de décisions évoquent désormais la lésion « psychique⁶ » ou « psychologique⁷ », évolution notable par rapport à notre dernière chronique⁸.

La preuve de la matérialité de l'accident incombe au salarié ou à ses ayants droit⁹.

Si le geste suicidaire intervient sur le lieu et au temps du travail, il fait l'objet d'une **présomption d'imputabilité au travail** « ayant pour effet de dispenser le salarié d'établir la preuve du lien de causalité entre l'accident et le contexte professionnel¹⁰ ». La caisse ou l'employeur peuvent la détruire par toutes preuves contraires, en établissant que l'accident a une cause étrangère au travail. La présomption

d'imputabilité n'est pas détruite s'il existe un doute sur la cause de l'accident au temps et au lieu du travail¹¹. Il est également jugé « [qu']un doute sérieux ou une "vraisemblance" de cause personnelle ne sauraient constituer une preuve démontrant que l'accident a une cause totalement étrangère au travail¹² ». Un arrêt est notable en ce qu'il déplace le débat pour pouvoir faire jouer la présomption d'imputabilité lors d'une tentative de suicide sur le lieu de travail, mais en dehors des heures de travail. Il est dit : « *Le geste suicidaire n'est [...] pas lui-même l'accident allégué, mais une des manifestations de l'atteinte psychique dont la salariée [...] s'est dite victime à la suite d'un événement lésionnel soudain survenu à l'occasion du travail, [à savoir] la remise de la convocation [...] engageant une procédure disciplinaire*¹³. » **L'accident de trajet** entre la résidence principale et le lieu de travail bénéficie de cette présomption¹⁴ sous réserve de pouvoir dater l'heure du décès¹⁵.

Quand il intervient **en dehors du cadre du travail**, notamment au domicile, au moment où le salarié ne se trouve pas sous la subordination de l'employeur, le salarié ou ses ayants droit doivent démontrer qu'il est survenu par le fait du travail¹⁶.

4 CA Amiens, 16 novembre 2021 : n° 19/06442 ; voir également CA Rennes, 15 décembre 2021 : n° 20/02339 ; CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135.

5 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 19/02614 et n° 20/00462, se fondant sur Cass. soc., 2 avril 2003 : n° 00-21.768 et Cass. 2° civ., 9 juillet 2020 : n° 19-13.852.

6 CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863.

7 CA Paris, 15 avril 2022 : n° 19/05521 ; CA Amiens, 16 novembre 2021 : n° 19/06442 ; CA Riom, 21 septembre 2021 : n° 19/07098 ; CA Paris, 11 juin 2021 : n° 19/05140 ; CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806 ; CA Amiens, 12 juillet 2022 : n° 20/04815 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/04181 ; CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135 ; CA Nîmes, 14 juin 2022 : n° 20/00623.

8 JOLY (Sophie), « Le geste suicidaire lié au travail », *RDS*, n° 102, 2021, p. 616-620

9 CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863 ; CA Amiens, 6 septembre 2021 : n° 19/07098.

10 CA Amiens, 12 juillet 2022 : n° 20/04815.

11 CA Riom, 21 septembre 2021, n° 19/01017, allant dans le sens de Cass. 2° civ., 7 avril 2011 : n° 10-16.157.

12 CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135.

13 CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863

14 CA Grenoble, 14 décembre 2021 : n° 19/01531.

15 CA Poitiers, 27 mai 2021 : n° 18/03908.

16 CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 21/04094 et n° 17/06379 ; CA Rouen, 6 juillet 2022, : n° 20/04181 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/04332 ; CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462, renvoyant à l'emblématique arrêt de la haute juridiction : Cass. 2° civ., 22 février 2007 : n° 05-13771 ; CA Orléans, 26 juillet 2022 : n° 20/01099, se fondant sur Cass. 2° civ., 18 novembre 2010 : n° 09-69.977 ; Cass. 2° civ., 22 janvier 2015 : n° 13-28.368 ; Cass. 2° civ., 9 juillet 2015 : n° 4-22.227 ; Cass. 2° civ., 20 juin 2019 : n° 18-13.917 ; Cass. 2° civ., 24 janvier 2019 : n° 17-31.282 ; Cass. 2° civ., 22 février 2007 : n° 05-13.771.

« Les juges apprécient souverainement l'existence du lien de causalité entre les conditions de travail et l'acte de l'assuré. S'agissant de la preuve d'un fait juridique, cette preuve est libre et peut donc être rapportée par tous moyens, notamment par des présomptions graves, précises et concordantes¹⁷. » Les lettres ou notes laissées par la victime peuvent être prises en compte à condition de relater de manière précise et circonstanciée des éléments professionnels¹⁸. Est ainsi relevé, corroboré par d'autres pièces, dont des témoignages, le message « *mettant explicitement en cause les patrons de la structure*¹⁹ ». Le choix du lieu de travail est également retenu. La cour d'appel de Poitiers se livre à une véritable analyse de texte pour déduire que l'écrit ne fait état d'aucune difficulté particulière rencontrée dans son travail par le salarié ni d'aucune pression de la part de son employeur de nature à expliquer son geste fatal²⁰. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Montpellier, l'employeur estime que la lettre d'adieu témoigne du « *ressenti* » du salarié, qui rencontrait essentiellement des problèmes financiers. « *La cour retient que l'imputation à ses conditions de travail par le salarié, sincère et dramatique comme en l'espèce, dans une lettre d'adieux, d'une souffrance psychique le conduisant à mettre fin à ses jours ne permet, à elle seule, d'établir la réalité d'un processus objectif de dégradation des conditions de travail ni d'un événement professionnel précis qui aurait déterminé le passage à l'acte et qu'il appartient au juge de rechercher si un tel événement professionnel a bien déterminé le passage à l'acte ou encore si ce dernier résulte d'un processus continu de*

dégradation des conditions de travail », non établi en l'espèce²¹.

L'appréciation du **lien de causalité** entre le geste suicidaire et les conditions et relations de travail varie sensiblement. Certains juges recherchent l'existence d'un lien direct et certain entre l'état psychologique né de la souffrance au travail et le geste suicidaire²², ou encore le lien doit être suffisamment établi²³. La cour d'appel de Rennes retient une causalité partielle²⁴. La cour d'appel de Montpellier relève que « *tout suicide [est] un phénomène multifactoriel dépourvu d'une cause unique* » et qu'en l'espèce, « *il a été déterminé essentiellement par la dégradation des conditions de travail du salarié*²⁵ ». La cour d'appel de Rennes souligne un « *lien incontestable* » entre le suicide et le travail, qui bien même le salarié « *connaissait des difficultés personnelles antérieures ou concomitantes à son suicide*²⁶ ».

En effet, il n'est pas nécessaire que le travail soit la cause exclusive du suicide. Est ainsi jugé que « *des facteurs personnels ont pu concourir à la décision fatale [de la salariée], qui présentait une fragilité et une sensibilité certaines. Il apparaît cependant que, mis en perspective avec les nombreux éléments rassemblés par l'enquêteur de la caisse qui démontrent l'existence d'un réel mal-être au travail, avec le choix opéré par celle-ci de se donner la mort sur son lieu de travail, et enfin le message laissé par ses soins mettant explicitement en cause les patrons*

21 CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 21/04094.

22 CA Poitiers, 7 avril 2022 : n° 19/02289 ; CA Grenoble, 23 février 2022 : n° 20/00462 ; CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806.

23 CA Grenoble, 8 mars 2022 : n° 19/03656 ; CA Orléans, 26 juillet 2022 : n° 20/01099.

24 CA Rennes, 15 décembre 2021 : n° 20/02339.

25 CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379 ; voir également CA Riom, 21 septembre 2021 : n° 19/01017.

26 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462.

17 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462.

18 CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379.

19 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 19/02614 ; voir également CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462.

20 CA Poitiers, 27 mai 2021 : n° 18/03908.

de cette structure, [le suicide est lié au travail]²⁷. »

Les prédispositions morbides du salarié, soit son état antérieur dit préexistant, sont parfois invoquées pour écarter tout lien entre le geste suicidaire et le travail et établir une cause totalement étrangère au travail. L'état pathologique doit évoluer pour son propre compte sans aucune relation avec le travail²⁸. La preuve en incombe à l'employeur ou à la caisse. Une cause totalement étrangère au travail « ne saurait s'induire de la seule affirmation de l'existence d'un état pathologique préexistant, non corroborée par un élément médical probant²⁹ ». Dans les décisions ici recensées, les juges ne le caractérisent pas aisément. La cour de Grenoble est lapidaire : « La CPAM apelante se limite à faire observer que la salariée avait déjà été reconnue comme victime d'un accident du travail [...] pour un syndrome anxio-dépressif secondaire. Cette circonstance n'atteste [pas] d'un état pathologique préexistant évoluant pour son propre compte sans aucune relation avec le travail³⁰. » De même, selon la cour d'Amiens, « les constats établis par l'employeur, qui ne s'appuie d'ailleurs que sur sa propre interprétation des auditions téléphoniques réalisées par l'agent assermenté, ne sauraient suffire à justifier l'existence d'un état pathologique antérieur préexistant chez la victime et susceptible d'être la cause exclusive de l'accident³¹ ». La cour de Grenoble est tout aussi ferme : « L'existence d'un contexte extraprofessionnel et d'une période d'hospitalisation [du salarié] en hôpital psychiatrique [...] n'est pas de nature à établir l'existence » d'un état pathologique

préexistant³². L'arrêt le plus notable émane de la cour d'appel de Bordeaux. Le salarié, qui s'est suicidé par pendaison aux temps et lieu de travail, souffrait de bipolarité. La nature de cette pathologie pourrait laisser penser qu'elle évolue pour son propre compte. Il est particulièrement difficile d'apprécier l'incidence du travail dans les troubles caractérisant cette maladie qui comporte, par ailleurs, un grand risque suicidaire. Cela ressort du rapport d'expertise. Les juges estiment toutefois que « la préexistence d'une pathologie psychiatrique n'exclut pas l'existence de difficultés professionnelles ayant engendré chez le salarié une souffrance au travail³³ ». Cette décision mérite d'être saluée, car elle marque un grand pas dans la compréhension des pathologies psychiatriques : le travail peut être un élément déclencheur d'un épisode dépressif avec idées suicidaires ou d'un épisode autre et doit être pris en compte en tant que tel.

Un autre point mérite la plus grande attention. L'on sait que la jurisprudence a pu distinguer le suicide conscient du suicide inconscient : le premier serait le résultat d'une résolution réfléchie d'un individu jouissant de son **libre arbitre** et en état de comprendre la portée de son acte. Le second, au contraire, découlerait d'une impulsion irraisonnée d'une personne qui n'a plus la pleine possession de ses facultés mentales et dont la volonté est annihilée au point qu'il ne saisit pas la portée de son acte. C'est uniquement dans ce dernier cas que la qualification d'accident du travail pourrait être retenue. Ce critère est éminemment discutable à bien égards³⁴. Bien que cette conception du suicide n'ait jamais été remise explicitement en cause par la haute juridiction – elle n'a donné lieu à aucun revirement de

27 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 19/02614 ; voir également CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379.

28 Cass. 2^e civ., 6 avril 2004 : n° 02-13.182.

29 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 19/02614.

30 CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863.

31 CA Amiens, 12 juillet 2022 : n° 20/04815.

32 CA Grenoble, 14 décembre 2021 : n° 19/01531.

33 CA Bordeaux, 19 mai 2022 : n° 20/01988.

34 JOLY (Sophie), « L'appréciation de l'intention dans le geste suicidaire lié au travail », *RDSS*, mars-avril 2017, p. 356-370.

jurisprudence, à la différence du Conseil d'État selon lequel le geste suicidaire ne saurait constituer un fait personnel de l'agent³⁵ –, nous avons pu constater au fil de nos chroniques qu'une telle approche se raréfiait, même si quelques confusions persistent³⁶. Aujourd'hui, les juges se concentrent sur la preuve par l'employeur ou par la caisse d'une cause de la conduite suicidaire totalement étrangère au travail lorsque l'autolyse, ou sa tentative, se déroule sur le lieu et au temps de travail. Hors de ce cas de figure, les débats portent sur la démonstration du lien entre le geste suicidaire et le travail. Notons que l'argument est toujours soulevé par certains employeurs ou caisses. Ainsi, dans un cas d'espèce, celle-ci soutient que la tentative de suicide est délibérée et volontaire. La cour d'appel de Grenoble déplace le débat en estimant que « le geste suicidaire n'est [...] pas lui-même l'accident allégué, mais une des manifestations de l'atteinte psychique dont la salariée [...] s'est dite victime à la suite d'un événement lésionnel soudain survenu à l'occasion du travail, [à savoir] la remise de la convocation [...] engageant une procédure disciplinaire³⁷ ». La cour d'appel de Nancy répond également à l'argument de l'employeur selon lequel l'acte suicidaire est volontaire et ne saurait donc être constitutif d'un fait accidentel : « Le certificat médical initial mentionnant que le salarié a ingéré des médicaments à but suicidaire, cette ingestion constitue l'événement caractérisant

*un accident, peu important que le geste soit ou non volontaire*³⁸. » Dans un autre cas d'espèce, l'employeur met en avant « pour dénier à l'accident son caractère professionnel l'achat [par le salarié] de matériels [...], dont quatre bougies parmi des adaptateurs et des flambeaux, payés avec un acompte pour en conclure que [le] suicide était préparé et imputable à ses difficultés personnelles et à ses démons intérieurs ». L'argument est balayé par la cour d'appel de Rennes estimant que si le salarié « connaissait des difficultés personnelles antérieures ou concomitantes à son suicide, il n'en demeure pas moins qu'il existe un lien incontestable entre ce dernier et son travail³⁹ ». Notons également la décision de la cour d'appel d'Orléans, le 28 juin 2022, selon laquelle « l'ingestion de médicaments sur le lieu de travail [...] ne révèle pas d'intention de [la] part [du salarié] de se suicider, mais de calmer son anxiété⁴⁰ ». Nous ne pouvons que saluer cette évolution de la conception jurisprudentielle du suicide qui va dans le sens des politiques publiques et des travaux en psychiatrie. Dans le fil de ces approches, les juges estiment, en majorité, que le suicide n'est pas un acte délibéré, mais le fruit d'une souffrance psychique intense générée, en la matière, par le travail. À propos d'un suicide sur le lieu et au temps de travail avec arme personnelle, la cour d'appel de Bastia répond ainsi à l'employeur, pour lequel « l'emploi de son arme personnelle [par le salarié] démontrera une préméditation du passage à l'acte », que « le recours à une arme personnelle n'est nullement incompatible avec une cause d'origine professionnelle⁴¹ ». Dans le champ de la psychiatrie, toute conduite suicidaire est décrite comme intentionnelle et comprend une part de conscience du geste, y compris s'il

35 CE, 16 juillet 2014 : n° 361820, *Mme G.*, *Recueil Lebon* ; *AJDA*, 2014, p. 1461 ; *ibid.*, BRETONNEAU (Aurélien) et LESSI (Jean), « L'imputabilité au service du suicide d'un fonctionnaire », *Chron.*, p. 1706 ; *AJFP*, 2015, p. 46 ; *RDSS*, 2014, note LEROUGE (Loïc), p. 945 ; JOLY (Sophie), « Geste suicidaire et accident de service : l'apport du juge administratif », *RDSS*, juillet-septembre 2018, p. 613-622

36 JOLY (Sophie), « Le geste suicidaire lié au travail », *RDS*, n° 81, 2018, p. 114-117 ; *ibid.*, n° 86, 2018, p. 957-959 ; n° 93, 2020, p. 13-17 et n° 99, 2021, p. 11-23.

37 CA Grenoble, 25 novembre 2021 : n° 19/00863.

38 CA Nancy, 11 janvier 2022 : n° 21/0163.

39 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462.

40 CA Orléans, 28 juin 2022 : n° 20/01572.

41 CA Bastia, 22 juin 2022 : n° 20/00135.

est impulsif. Le processus suicidaire ne s'avère pas moins le contraire d'un choix, d'un consentement libre et éclairé. Dans la crise suicidaire, progressivement, l'individu se retrouve dans une impasse cognitive : il va percevoir de moins en moins de solutions à ses difficultés, ce qui laisse la place à la génération d'idées suicidaires et à leur persistance. Plus le sujet avance dans le temps, moins il a la possibilité d'élaborer de réponses alternatives à ses problèmes⁴².

Une fois que le geste suicidaire est rattaché au travail et entraîne la qualification d'accident du travail peut se poser la question de la responsabilité de l'employeur découlant d'une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale. Depuis trois arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la haute juridiction, s'alignant sur la chambre sociale et donc sur le droit du travail, l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur n'est plus contractuelle, mais légale⁴³, ce qui ressort de la majorité des décisions ici commentées⁴⁴. La solution

de Droit s'avère également constante : il résulte des articles L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail que le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. Il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur n'ait pas été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié : il suffit qu'elle y ait concouru pour que sa responsabilité soit engagée. Plus précisément, il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire, non exclusive ou indirecte⁴⁵, pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage⁴⁶. Il incombe au salarié ou ayants droit qui l'allèguent de la démontrer : « *Il lui appartient en conséquence de prouver, d'une part, que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel il exposait ses salariés et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires concernant ce risque, d'autre part, que ce manquement tenant au risque connu ou ayant dû être connu de l'employeur est une cause certaine et non simplement possible de l'accident*⁴⁷. » La conscience du danger s'apprécie au moment ou pendant la période de l'exposition au risque⁴⁸. Par ailleurs, il est constant que, en défense à une action en recherche d'une faute inexcusable de sa part à l'origine d'un accident du travail, l'employeur peut

42 IONITA (Anita) et COURTET (Philippe), « Vers une clinique des conduites suicidaires », in COURTET (Philippe), dir., *Suicides et tentatives de suicide*, Médecine-Sciences, Flammarion, 2010, p. 22.

43 Cass. 2^e civ., 8 octobre 2020 : n° 19-20.926, point 3, arrêt de rejet de pourvoi en matière de faute inexcusable en raison du suicide d'un salarié ; voir également Cass. 2^e civ. Civ., 8 octobre 2020 : n° 18-25.021 et n° 18-26.677, ASQUINA-ZI-BAILLEUX (Dominique), « La faute inexcusable perd son fondement contractuel », *JCP S*, n° 45, 2020, p. 33-36 ; KEIM-BAGOT (Morane), « Aggression physique et faute inexcusable : redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le droit de la sécurité sociale », *JCP S*, n° 45, 2020, p. 36-39 ; JOLY (Sophie), « Le geste suicidaire et la faute inexcusable de l'employeur », *Médecine et Droit*, vol. 2021, n° 168, juin 2021, p. 35-44 et « Le geste suicidaire lié au travail », *RDS*, n° 99, 2021, p. 11-23

44 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462, se fondant sur les arrêts de la haute juridiction ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/04181 ; CA Rouen, 6 juillet 2022 : n° 20/01315 ; CA Orléans, 28 juin 2022 : n° 20/01572 ; CA Amiens, 27 juin 2022 :

n° 19/06363 ; CA Aix-en-Provence, 17 juin 2022 : n° 21/03992 ; CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379 ; CA Orléans, 26 juillet 2022 : n° 20/01099.

45 CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806 ; CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462 ; CA Orléans, 26 juillet 2022 : n° 20/01099.

46 CA Orléans, 28 juin 2022 : n° 20/01572.

47 CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806.

48 CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806.

contester le caractère professionnel de celui-ci. S'il n'est pas établi, la faute inexcusable ne saurait donc être retenue⁴⁹. Outre le fait de ramener la preuve qu'il ne pouvait avoir conscience du danger encouru par le salarié, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en justifiant avoir pris toutes les mesures prévues par les dispositions applicables en matière d'hygiène et de sécurité. Encore faut-il qu'elles soient efficaces : « *Le juge n'a pas à s'interroger sur la gravité de la négligence de l'employeur et doit seulement contrôler, au regard de la sécurité, la pertinence et l'efficacité de la mesure que l'employeur aurait dû prendre*⁵⁰. » « *L'inefficacité des mesures de protection*

49 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462 ; CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379.
50 CA Rennes, 23 février 2022 : n° 20/00462.

*prises en œuvre par l'employeur, qui avait ou aurait dû avoir conscience du danger, commande la reconnaissance de sa faute inexcusable*⁵¹. »

En conclusion, au fil des années, se notent un contentieux nourri et une jurisprudence moins erratique. C'est peut-être sur la conception du lien de causalité que les décisions divergent le plus, ce qui n'empêche pas les juges d'ouvrir la qualification d'accident de travail plus largement que dans le passé aux gestes suicidaires liés au travail.

51 CA Montpellier, 1^{er} décembre 2021 : n° 17/06379 ; CA Nîmes, 8 juin 2021 : n° 19/01806 : « *S'il n'est pas contesté que [l'employeur] a mis en place des mesures d'accompagnement [du salarié], elles se sont révélées manifestement insuffisantes, peu efficaces et trop tardives pour préserver son salarié du risque auquel il était exposé.* »

Fanny DRONNEAU, doctorante en droit privé, Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé, université de Montpellier, UR-UM 206

Fin de vie : l'évolution des débats éthiques et législatifs jusqu'au dernier avis du CCNE

End of life: the evolution of ethical and legislative debates up to the last opinion of the National Consultative Ethics Committee

Mots-clés : fin de vie – soins palliatifs – sédation profonde – accompagnement – assistance au suicide – euthanasie

Keywords: end of life – palliative care – deep sedation – support – assisted suicide – euthanasia

Après quatre années de silence sur la fin de vie, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a rendu le 13 septembre dernier un avis intitulé « *Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité* ». À la suite de cette publication, le président de la République a déjà annoncé le lancement d'une convention citoyenne, qui se déroulera du 9 décembre 2022 jusqu'à la mi-mars 2023. En effet, malgré les évolutions sociales nationales et internationales ainsi que les modifications du cadre légal intervenues depuis plus de vingt ans, la question de la fin de vie sur le territoire français reste un sujet tabou, fragile et imparfait. Les interrogations qu'elle suscite ne semblent pas toutes trouver réponse.

Nous ne sommes pas sans savoir que l'espérance de vie est croissante et que les situations de fin de vie ne cessent de se complexifier. Le confinement et les contraintes imposées par la pandémie ont mis l'accent sur des conditions de fin de vie difficiles et un accompagnement insuffisant.

Ce nouveau paysage conduit nécessairement à revoir notre positionnement et à approfondir notre réflexion sur l'accompagnement de la fin de vie. En ce sens, il invite à faire un état des lieux et nous mène à remarquer que la législation de la fin de vie est mal connue par les patients et en pratique qu'un grand manque de moyens est à déplorer.

Les débats sur la fin de vie ont fait couler beaucoup d'encre à travers des affaires particulièrement marquantes, telles que : *Hass contre Suisse*, *Vincent Humbert*, *Vincent Lambert* (commentées par VIALLA [François], « Quoisque ? Usque ? », *RDS*, n° 90, 2019, p. 609-616), *Chantal Sébire*, *Anne Bert*... L'ensemble de ces affaires a participé à faire évoluer la législation et a permis d'ouvrir des débats éthiques constructifs en la matière. Ainsi, de nombreuses propositions de loi ont été déposées. Néanmoins, peu d'entre elles ont abouti (en ce sens, CAYEUX [Andréa Barbara], « *Une vie malheureuse est plus insupportable que la mort* », *Sénèque* », *RDS*, n° 101, 2022, p. 450-452). L'interdiction de l'euthanasie et du suicide assisté a toujours été de mise dans les avis du CCNE et les différentes lois adoptées. Le cadre

actuel repose sur un accompagnement de la fin de vie par le déploiement des soins palliatifs, le dispositif de la sédation profonde et continue, l'interdiction de l'obstination déraisonnable et la possibilité du refus de soins. De l'ensemble de ces mesures ressort la nécessité de sauvegarder la dignité du patient, celui-ci ayant un droit à l'accompagnement et au soulagement de ses souffrances, mais, aujourd'hui, dans son avis n° 139, le CCNE marque une rupture dans son positionnement en ouvrant pour la première fois la possibilité d'une aide « active » à mourir, notamment pour les patients dont le pronostic vital est engagé à moyen terme et dont les souffrances sont intolérables. Bien entendu, ses membres préviennent qu'une telle évolution ne peut intervenir que sous la responsabilité du législateur et ne pourra se faire qu'à de strictes conditions précisées dans l'avis. Ainsi, l'avis n° 139 et ce nouveau positionnement sont susceptibles d'aboutir à un grand tournant dans l'encadrement de la fin de vie en France, et la réaction gouvernementale dès le lendemain de sa publication ne peut que le confirmer.

Aussi, cette fiche technique a pour vocation de présenter l'évolution de l'appréhension de la fin de vie en droit français et l'apport des différents avis du CCNE en la matière.

	Comité consultatif national d'éthique (CCNE)	Cadre légal
1991	<p>Avis n° 26 du 24 juin 1991 concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants</p> <p>Le CCNE « désapprouve qu'un texte législatif ou réglementaire légitime l'acte de donner la mort à un malade », mais souhaite que la recherche pour l'amélioration de la pratique des soins palliatifs se développe.</p>	<p>Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière</p> <p>Elle introduit les soins palliatifs dans la liste des missions des établissements de santé.</p>
1998	<p>Avis n° 58 du 12 juin 1998 : « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche »</p> <p>Le CCNE constate que le problème de l'accompagnement des fins de vie est délicat en France. Il recommande une discussion publique et invite à débattre au fond des soins palliatifs, de l'abstention de soins superflus et de l'euthanasie.</p>	

1999		<p>Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs</p> <p>Cette loi apporte pour la première fois une définition des soins palliatifs. Au sein de son développement, elle garantit un droit d'accès pour tous à ces soins. Désormais, « <i>les établissements de santé, publics ou privés, et les établissements médico-sociaux mettent en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs que leur état requiert, quelles que soient l'unité et la structure de soins dans laquelle ils sont accueillis</i> » (article 7). Par ailleurs, le législateur inscrit le rôle et les droits des bénévoles appartenant à des associations pour l'accompagnement de la fin de vie. Enfin se dessine prudemment la possibilité pour le patient de refuser des soins : l'article premier dispose que « <i>la personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique</i> ».</p>
2000	<p>Avis n° 63 du 27 janvier 2000 : « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie »</p> <p>Un changement de position est à noter, puisque le CCNE préconise dans cet avis « <i>une sorte d'exception d'euthanasie, qui pourrait être prévue par la loi, qui permettrait d'apprécier tant les circonstances exceptionnelles pouvant conduire à des arrêts de vie que les conditions de leur réalisation</i> ». Il propose la notion « <i>d'engagement solidaire et d'exception d'euthanasie</i> ». Toutefois, il renonce à considérer comme un droit la possibilité d'exiger d'un tiers qu'il mette fin à une vie.</p>	
2002		<p>Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé</p> <p>Cette loi, dite loi <i>Kouchner</i>, consolide le droit aux soins palliatifs en prévoyant que toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa souffrance. En outre, elle reconnaît la possibilité pour le patient un droit, celui de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Ainsi, aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne. Pour cela, le patient doit être informé sur son état de santé. Néanmoins, le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre son patient d'accepter les soins indispensables.</p>

2005		<p>Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie</p> <p>La loi dite <i>Leonetti</i> introduit la notion de refus de « <i>l'obstination déraisonnable</i> » lorsque les actes « <i>apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie</i> ». Elle réaffirme le droit pour le patient à l'abstention ou l'arrêt d'un traitement.</p> <p>Pour autant, les soins et l'accompagnement restent un devoir des professionnels de santé et doivent être poursuivis.</p> <p>Deux apports importants sont à ajouter. Le premier est la création des directives anticipées, qui « <i>indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement</i> ». Enfin, si une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable est hors d'état d'exprimer sa volonté, une procédure collégiale permettant de recueillir l'avis de professionnels est mise en place avant la prise de décision pour une limitation ou un arrêt des traitements.</p> <p>Le médecin doit également consulter la personne de confiance, à défaut un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées du patient. À noter que la décision revient toujours au médecin référent.</p>
2008		<p>Circulaire n° DHOS/O2/2008/99 du 25 mars 2008 relative à l'organisation des soins palliatifs</p> <p>Cette circulaire permet de préciser l'organisation de l'offre de soins palliatifs et de sa mise en pratique. Elle fournit des référentiels d'organisation des soins pour les dispositifs hospitaliers de la prise en charge palliative.</p>
2013	<p>Avis n° 121 du 30 juin 2013 : « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir »</p> <p>Des membres du CCNE considèrent que l'assistance au suicide ou l'euthanasie pourraient être envisagées dans certaines circonstances, tandis que d'autres membres affirment que cette légalisation « <i>n'est pas souhaitable</i> ». Cependant, d'un avis unanime, ils affirment l'importance du respect du droit de la personne en fin de vie à une sédation profonde jusqu'au décès si elle en fait la demande, et ce, lorsque les traitements, voire l'alimentation et l'hydratation ont été interrompus à sa demande. Par ailleurs, ils mettent un point d'honneur sur le respect des directives anticipées, sur la cessation des situations d'indignité et sur l'accessibilité aux soins palliatifs pour tous.</p> <p>Enfin, le Comité estime qu'il est nécessaire d'ouvrir un débat public national sur la fin de vie et sur la mort volontaire.</p>	

2016

Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

Cette loi permet de clarifier les conditions de l'arrêt des traitements, réaffirme les droits du malade en matière de refus de soins, d'accès aux soins palliatifs et ouvre l'accès à une sédation profonde et continue jusqu'au décès.

Ainsi, « toute personne a droit à une fin de vie digne et apaisée ». En découlent alors des précisions sur les conditions d'arrêt des traitements au titre du refus de l'obstination déraisonnable. Elle instaure un droit à la sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès pour les personnes dont le pronostic vital est engagé à court terme. Sa mise en œuvre est conditionnée à une procédure collégiale et apparaît dans trois situations exposées au sein de l'article L. 1110-5-2 du Code de la santé publique :

- « 1/ Lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements.

- 2/ Lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable.

- 3/ Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie. »

Les directives anticipées s'imposent aujourd'hui au médecin, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et si elles paraissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. De plus, le rôle de la personne de confiance est renforcé, puisque son témoignage prévaut sur toute autre parole.

Le médecin est contraint de respecter la volonté des patients de refuser ou de ne pas recevoir de traitements, et ce, après les avoir informés des conséquences et de la gravité de leur choix.

2018	<p>Avis n° 129 du 25 septembre 2018 relatif à la révision des lois de bioéthique</p> <p>Dans cet avis, le CCNE rappelle que la loi doit poser « <i>un cadre nécessaire pour la cohésion et la solidarité entre les individus dans une société</i> ». Les membres font le constat que la loi du 2 février 2016 permet de « <i>répondre à la très grande majorité des situations complexes de fin de vie, à condition que la loi soit connue et réellement appliquée</i> ». Dès lors, ils proposent de ne pas modifier la législation en vigueur sur la fin de vie. Néanmoins, le Comité préconise un financement pour un nouveau plan gouvernemental de développement des soins palliatifs et invite à intensifier la recherche à ce sujet pour les situations exceptionnelles non prévues par la loi.</p>	
2022	<p>Avis n° 139 du 13 septembre 2022 : « Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité »</p> <p>Dans ce dernier avis, le Comité estime que le cadre juridique actuel est satisfaisant lorsqu'un pronostic vital est engagé à court terme. Toutefois, pour les personnes souffrant de maladies graves et incurables provoquant des souffrances réfractaires dont le pronostic vital n'est engagé qu'à moyen terme, celles-ci ne rencontrent aucune solution adaptée à leur détresse. C'est pourquoi le Comité propose de renforcer les mesures de santé publique pour les soins palliatifs et évoque l'idée d'une dépenalisation de l'aide active à mourir. Il émet des réserves et des prérequis et délivre des repères éthiques essentiels pour le cas où le législateur déciderait de légiférer sur une assistance au suicide.</p> <p>En ce sens, il permettrait l'ouverture d'une aide active à mourir pour les personnes majeures atteintes d'une maladie grave et incurable provoquant des souffrances physiques, mais aussi psychiques réfractaires, dont le pronostic vital est engagé à moyen terme. Cette personne doit disposer d'une autonomie de décision au moment de la demande, qui devra faire l'objet d'une trace écrite argumentée. Le professionnel de santé devra respecter la procédure collégiale. Pour ce dernier, le Comité préconise fortement l'insertion d'une clause de conscience accompagnée d'une obligation de référer le patient à un autre praticien.</p> <p>Pour finir, le CCNE privilégie l'ouverture d'un débat public <i>via</i> un référendum, ce à quoi le président de la République a réagi en annonçant vouloir approfondir la question de la fin de vie par une convention citoyenne.</p>	

NOUVEAUTÉ



Laurence GATTI

LES DÉCISIONS DE SANTÉ DES MAJEURS PROTÉGÉS

Pour un dialogue entre protecteurs
et professionnels de santé

Préface de Gérard Mémeteau

LEH Édition

LES DÉCISIONS DE SANTÉ DES MAJEURS PROTÉGÉS

*Pour un dialogue entre protecteurs
et professionnels de santé*

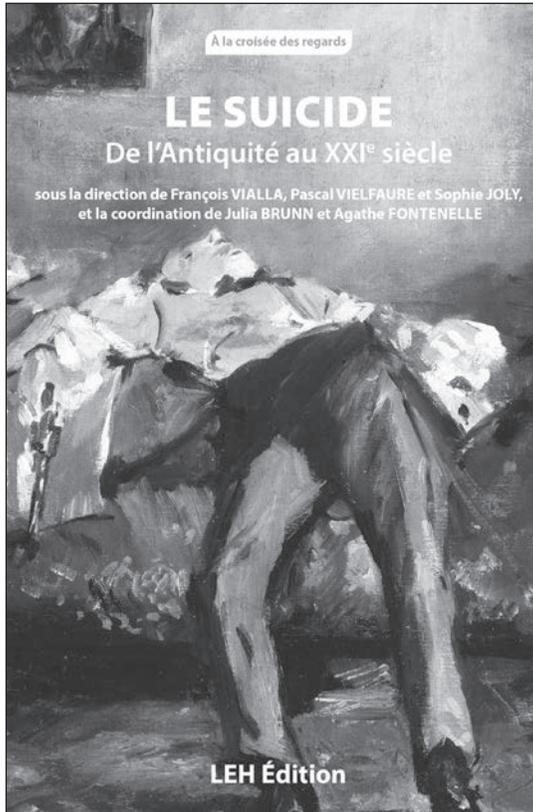
Laurence GATTI
Préface de Gérard MÉMETEAU

ISBN : 978-2-84874-955-6
264 pages • 160 × 240 mm

*Cet ouvrage est une contribution en faveur de l'application effective
de la succession de textes publiés depuis 2007, interprétés à la lumière
de la Convention internationale des droits des personnes handicapées.*



NOUVEAUTÉ



LE SUICIDE

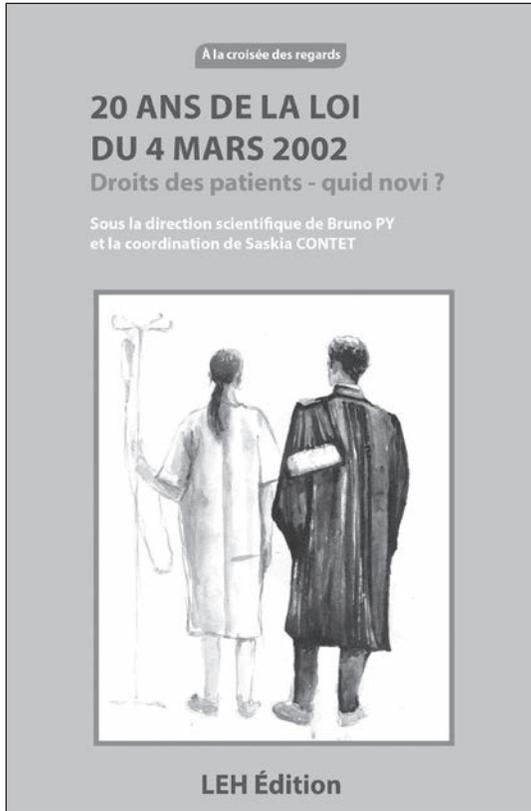
de l'Antiquité au XXI^e siècle

**Sous la direction de François VIALLA, Pascal VIELFAURE et Sophie JOLY,
et la coordination de Julia BRUNN et Agathe FONTENELLE**

ISBN : 978-2-84874-938-9
818 pages • 160 × 240 mm

*Un travail en trois axes cherchant à comprendre l'acte et ses conséquences :
approcher ce phénomène social en déterminant la notion et en cernant son évolution ;
identifier l'acte à l'aune de sa réalisation ; examiner ses conséquences.*

NOUVEAUTÉ



20 ANS DE LA LOI DU 4 MARS 2002

Quid novi ?

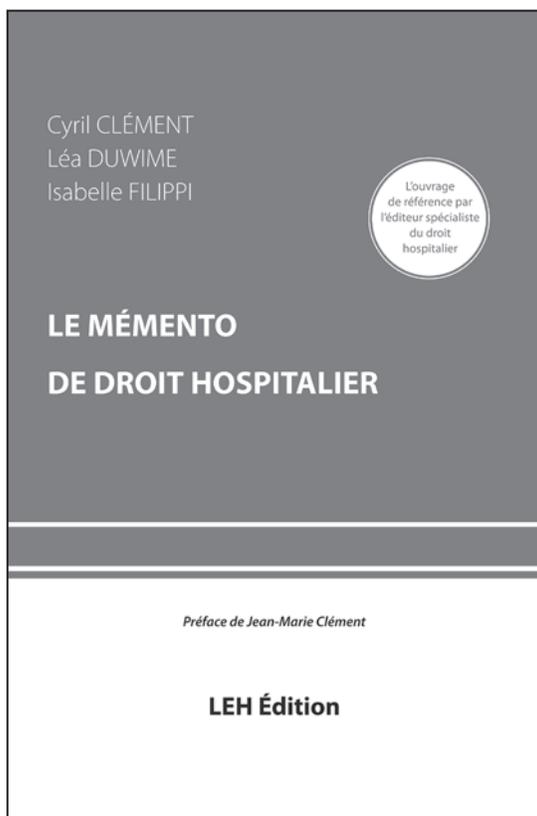
**Sous la direction de Bruno PY,
et la coordination de Saskia CONTET**

ISBN : 978-2-84874-958-7
448 pages • 160 × 240 mm

Cet ouvrage est la trace pérenne et parfois approfondie des débats qui se sont déroulés à la Faculté de Droit de Nancy les 3 et 4 mars 2022 et ont permis de faire un bilan de 20 ans d'application de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.



NOUVEAUTÉ



LE MÉMENTO DE DROIT HOSPITALIER

Cyril CLÉMENT, Isabelle FILIPPI
Avec la collaboration de Léa DUWIME

ISBN : 978-2-84874-702-6
418 pages • 160 × 240 mm

*En une décennie, le droit hospitalier a connu des bouleversements majeurs.
La connaissance du droit hospitalier repose sur son environnement,
le fonctionnement institutionnel des établissements,
mais également sur son fonctionnement opérationnel.*



**BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE
DE DROIT DE LA SANTÉ
ET D'ÉTHIQUE MÉDICALE**

Ayez le réflexe... www.bnds.fr

**L'accès à la connaissance en droit de la santé
et éthique médicale à portée de clic !**

- 300 e-books
- 8 revues
- Plus de 10 000 références...

The screenshot shows the website's main interface. At the top, there is a search bar labeled 'MOTEUR DE RECHERCHE' and a 'ESPACE CLIENT' button. Below this is a navigation menu with options: 'GROUPE LEH', 'NOUVEAU', 'REVUES', 'EBOOKS', 'JURISPRUDENCE', 'DICO', 'AUTEURS', and 'CONTACT'. The main banner features the 'LEH ÉDITION SAVOIR C'EST POUVOIR' logo over an image of an open book. Below the banner is a 'Collections' section with a grid of book covers. The covers include titles like 'DROIT DE LA PROMETTE', 'Les relations hôpital-patients-justice', 'Collection Thèses', 'Séminaire d'actualité de droit médical', 'Tout savoir sur...', 'Les grandes questions de bioéthique', 'LA DÉTERMINATION MENTALE', 'Droit de mariage au BNDS', 'Les chemins de l'éthique', 'Colloques du CDSA', 'Nouvelles', 'Méthodes numériques de la BNDS', 'Mémoires numériques de la BNDS', 'Libre propos', 'Cahiers de la Revue générale de droit médical', 'Méthodes de grande santé & bioéthique', 'Éthique et réglementation médicale', 'Éthiquement et droit-patients', 'Bulletin juridique de professionnels hospitaliers membres 340', 'Revue générale de droit médical', 'Droit, santé et éthique', 'La médication comme la santé 19 (1)', 'Revue de la Société française d'histoire des hôpitaux n° 162', 'Intempora', 'Décideur Santé', 'Mélanges', and 'Vin, droit & santé'.



Contact
BNDS – Service commercial
Groupe LEH
Tél. : 05 56 98 85 79 – Fax: 05 56 96 88 79 – info@bnds.fr



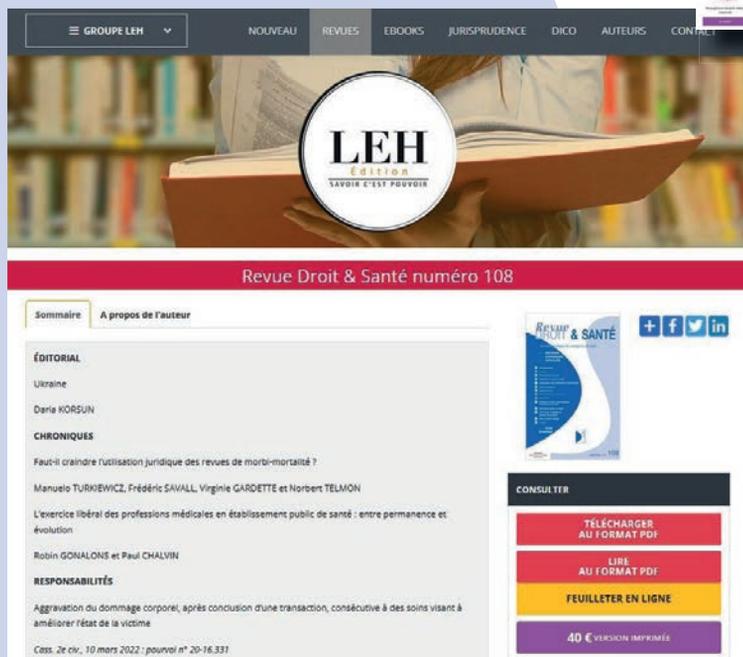
La BNDS est soutenue par l'Union européenne et la région Aquitaine.

Revue DROIT & SANTÉ

Retrouvez la *Revue Droit & Santé* en ligne sur le site www.bnds.fr

L'accès en ligne aux contenus de la *Revue Droit & Santé* est compris dans l'abonnement.
Pour en bénéficier, écrivez à support@leh.fr

Pour tous renseignements sur l'abonnement,
merci de consulter notre site Internet www.leh.fr



Accès en ligne réservé aux abonnés*

*Institution : pour l'accès numérique, licence obligatoire, adressez votre demande à info@leh.fr

Découvrez la *Revue Droit & Santé*, la revue juridique
des entreprises de santé sur www.bnds.fr