

De la responsabilité pénale à l'immunité pénale des professionnels de la santé

F. BOUKHOBZA*

RÉSUMÉ

L'évolution de la responsabilité médicale s'est accrue depuis ces deux dernières décennies, avec les nouvelles dispositions légales.

Dans ce contexte, la problématique de recherche va se situer à deux niveaux.

Dans une première partie, le cadre actuel de la responsabilité pénale du professionnel de santé est examiné.

Dans une deuxième partie, recherche fondamentale et discussion sont menées quant à la conception d'une immunité pénale à envisager pour le professionnel de santé. Sa justification, son intérêt et ses limites seront appréhendés.

Des pistes de solutions pratiques seront proposées afin de trouver une issue équitable, à la fois, pour le monde du droit et pour le monde de la médecine.

Mots-clés : Responsabilité pénale, Droit médical, Immunité pénale.

* Membre Titulaire de l'Académie Nationale de Chirurgie Dentaire, Lauréate de l'Académie Nationale de Médecine, Expert Judiciaire près la Cour d'Appel de Paris, Doctorante en Droit Médical Paris VIII, Master II Recherche Spécialité Droit de la Santé, Médical et Médico-social de l'Université Paris VIII.

Adresse : 27, rue Jean-Jacques Rousseau, 75001 Paris, France.

SUMMARY

From Penal Responsibility to Penal Immunity of Healthcare Practitioners

The evolution of medical responsibility has been increasing over the last two decades with new legal regulation.

Withing this context, the issue of our research is organized on two levels.

In the first part, the current framework of penal responsibility of healthcare practitioners is examined.

In the second part, fundamental research and discussion are conducted regarding the conception of penal immunity to envision for healthcare practitioners. Its justification, its interest and its limits are outlined.

Possible ideas for practical solutions are put forth in order to find a fair compromise, both for the legal and medical worlds.

Key-words: Penal Responsibility, Medical Law, Penal Immunity.

Article tiré du mémoire « **De la responsabilité pénale à l'immunité pénale des professionnels de la santé** » du Dr Florine BOUKHOBZA sous la direction de Mr Olivier SAUTEL, Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Directeur du DU Droit et santé, Membre de la CRCI Languedoc Roussillon.

Prix Serge GAS décerné par l'Académie Nationale de Médecine, en 2007.

INTRODUCTION

« *La science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »

De François RABELAIS

La problématique du sujet choisi relève de faits de société actuelle :

- ✓ Ces faits concernent l'augmentation croissante de plaintes pénales à l'encontre des profes-

sionnels de la santé, depuis ces deux dernières décennies ;

- ✓ Parallèlement, une branche récente du droit se développe : le droit médical.

En effet, l'évolution de la jurisprudence et des lois, en matière médicale, a bouleversé les rapports de chaque individu de droit avec la santé, que ce soit le juriste, le médecin ou le patient.

Le juriste apprécie les fondements des lois nouvelles pour asseoir ses décisions.

Le médecin se voit, lui, octroyer une pression grandissante de sa responsabilité médicale.

Le patient, quant à lui, se voit attribuer un accroissement favorable, notable de ses droits.

Et, ceci, se passe dans un contexte sociétal, en pleine mutation, avec l'**émergence d'un ordre consumériste**, d'une part, et l'émergence d'**une préoccupation devenue importante, quasi-sacrée, la santé**, d'autre part.

Mais, cette charge juridique de responsabilité médicale est vécue par le médecin comme une surcharge, en plus de celle d'avoir le poids des prises de décisions sur la vie ou sur la mort du patient, au quotidien dans son exercice.

Elle est d'autant plus mal tolérée quand elle concerne la responsabilité pénale, punitive, sous le couvert de l'Ordre public.

En effet, la mise en cause de cette responsabilité pénale des membres de la communauté médicale suscite le déclenchement d'un malaise voire d'une hostilité entre les médecins et les juristes.

Puisque le corps médical insiste sur une évidence qui est :

- ✓ Que le risque de dommage corporel est inhérent à l'activité médicale ;
- ✓ Et que le but premier est de sauver des vies, donc cette qualification pénale, intentionnelle est perçue comme inacceptable.

Par voie de conséquence, le corps médical a tendance à considérer que l'existence même de ce risque devrait le soustraire à la justice répressive comme elle soustrait, dans certains cas d'exception les magistrats, les gendarmes dans l'exercice de leurs fonctions.

Cependant, la réponse du juriste est simple : elle se situe sur le principe fondamental à respecter ; qui est celui d'égalité des justiciables devant la loi. Elle dicte la soumission de la profession médicale au Code pénal¹.

Là est le cœur de la problématique au regard du professionnel de la santé.

D'un côté, la médecine a besoin de l'encadrement du droit pour empêcher les abus.

D'un autre côté, la médecine a besoin de liberté d'agir suffisante dans cet encadrement du droit pour empêcher de la paralyser dans son action.

Une prise en considération particulière, par le droit, par le législateur, de la profession médicale doit s'opérer.

C'est essentiel, afin d'éviter de générer un abandon, par excès de pression de responsabilités du corps médical au service de la sauvegarde de la vie.

La clé réside dans le sens de la mesure.

Pour aborder cette problématique de recherche, l'examen de la situation va s'effectuer en deux parties, dans cet exposé.

– La première partie traite de la réflexion relative aux raisons du problème.

Elle analyse l'évolution récente de la responsabilité médicale du professionnel de la santé. Dans ce but, la recherche des causes et des répercussions sur l'exercice de la médecine et sur l'idéologie en pleine mutation de la société sera faite².

– C'est ce qui va nous amener, dans la deuxième partie de la réflexion, à nous interroger sur la légitimité ou non de rechercher une amorce de solution vers l'irresponsabilité pénale mais non civile dans l'exercice de SA fonction du professionnel de la santé.

Ainsi, le deuxième temps traite, proprement dit, de cette approche de recherche vers l'immunité pénale du professionnel de la santé.

D'une part, l'analyse de cette immunité pénale sera discutée au travers de l'article 122-4 du Code pénal en envisageant les arguments justificatifs, les intérêts et les limites.

D'autre part, l'analyse de la relative dépenalisation effectuée au travers de la réforme du 10 juillet 2000 du Code pénal sera, également, discutée.

Il s'agit, au final, d'atteindre une articulation équilibrée de fonctionnement entre le droit et la médecine, entre les professionnels de la santé et les professionnels du droit³.

1. Morgane Daury-Fauveau : *La responsabilité pénale du médecin. Les principales infractions contre les personnes*. Editions Les Etudes Hospitalières, 2003.

2. Florine Boukhobza : « Observations actuelles sur la responsabilité pénale du professionnel de la santé », *Revue de droit médical et d'identification appliqués à l'odontologie*, Juin 2006, p 51-58.

3. Francine Demichel, Professeur de Droit Public, Université Paris 8 : « Les contradictions actuelles du droit de la santé. Autour de la pensée d'André Demichel » ; article très largement inspiré de la problématique développée par son mari, André Demichel ; 2005-2006.

Ce serait bénéfique pour une union harmonieuse entre le droit et la médecine :

Avec le droit au service de la médecine ET la médecine au service du droit.

I. PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE ACTUEL DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PROFESSIONNEL DE LA SANTÉ

Dans une première partie, le premier temps de la réflexion, il s'agit d'examiner, le cadre actuel de la responsabilité pénale du professionnel de santé.

Nous sommes dans un contexte de progrès et de victoires médicales pour reculer la mort. On aurait pu imaginer une diminution des cas où la responsabilité des médecins serait mise en cause.

Et pourtant, s'est produit l'effet contraire.

A. Les raisons de l'évolution des procédures pénales

Les raisons de cette évolution des procédures pénales à l'encontre du médecin, dans notre société se révèlent relever de deux grands groupes principaux :

- ✓ L'activité médicale et les progrès médicaux composent le premier groupe ;
- ✓ L'évolution de la société et des mentalités des individus compose le deuxième groupe.

Elles vont être étudiées *au niveau de tous les acteurs* qui y participent :

- ✓ Le professionnel de santé ;
- ✓ Le malade ;
- ✓ La jurisprudence ;
- ✓ Et, la société.

Avec leurs positions et leurs comportements.

Puis, il conviendra de mettre en évidence les répercussions dramatiques actuelles et futures au niveau de tous les partenaires cités ci-dessus, quant à l'exercice de la médecine et quant à l'idéologie sociale.

A.1. L'activité médicale et les progrès médicaux

Quant à la pratique de l'exercice médicale, les techniques progressent.

a) La position du médecin

La position du médecin est pragmatique et altruiste.

Les médecins les utilisent dans l'intérêt du malade : mieux soigner et sauver plus de vie.

Ils savent que cette évolution de la science médicale s'accompagne, inévitablement d'une prise de risque supplémentaire, d'une pression psychologique considérable. Mais, ils l'acceptent par mission professionnelle et humaniste : la sauvegarde de la vie.

b) La position du malade

Quant à la position, en retour, du malade, elle a une tendance à être surréaliste et accusatrice.

Le malade refuse les limites de la science médicale et refuse d'endosser la responsabilité même partagée de la prise de risques dans la relation liant le patient au médecin.

Donc, la faute, c'est, forcément, l'autre, donc, le médecin, bouc émissaire.

c) La position de la jurisprudence

Le dilemme, en fait, réside dans la position de la jurisprudence pénale qui donne souvent satisfaction au malade victime.

La source du malaise pour le médecin est le cautionnement de la justice au nom de la réparation à la victime, à tout prix, même avec une « poussière de faute ». Et, le bouc émissaire reste le médecin à qui on n'applique pas l'équité, un des principes, pourtant, de la justice.

Cela ne peut qu'amener à une perte de confiance et à une hostilité entre le médecin et le juriste.

d) La position de la société

De plus, le quatrième acteur correspondant à la position sociale est, une position immature et agressive.

Au nom de l'ordre consumériste, tout s'achète, tout se vend et la santé y fait partie.

Là, un fonctionnement déviant et périlleux face à la notion de santé s'installe.

La société s'octroie un droit à la santé, un droit à la guérison. Alors, que le droit existant, en matière de santé, est le droit aux soins.

Les médias cautionnent d'autant plus, en informant comme réalisables et accessibles à tous, des techniques encore expérimentales. On véhicule un rêve infantilisant dangereux puisque vécu comme réel et non virtuel.

Alors, on n'est pas satisfait, on attaque autrui, le médecin⁴.

A.2. L'évolution de la société et des mentalités

L'évolution de la société et de la mentalité des individus s'inscrit dans un schéma mental de passage du monde du spirituel au monde du virtuel, du monde de la croyance en Dieu à la croyance en la Science.

Le fatalisme, la loi de Dieu qui évoque le fait que : le médecin a fait son possible mais Dieu l'a repris : a fait place à la loi floue de la Science qui évoque : la guérison vers l'immortalité, un jour.

La conséquence est la haine, la rébellion mentale de la société quand le résultat de la guérison qui a été commandé, et payé n'est pas obtenu.

Mais, la santé n'est pas un bien de consommation, ça ne peut pas être un résultat, c'est un but à atteindre.

Et, comme disait André Maurois, au II^e Congrès international de morale médicale : « on meurt encore, malgré les progrès de la science. Le pourcentage de mort reste de 100 % ». On ne veut plus voir les règles du hasard et de la nature⁵.

On ne veut voir que les règles de la science qui sont sans limites. La limite c'est la faute, l'échec du médecin.

On franchit les barrières de l'absurde comme on a franchit, dans cette société actuelle, les barrières des règles de civisme et de respect, les barrières du sens

des valeurs comme celui du travail. On désagrège les anciens repères, d'un côté, et on recherche de nouveaux repères, de l'autre côté.

Plus personne ne trouve sa place dans cette conception virtuelle de l'existence humaine.

Comme disait Coluche, dans un de ses sketches : « Soit fainéant, mon fils, tu vivras longtemps » : c'est dit, c'est fait : les 35h sont là, les assistés qui sont valorisés sont encore plus là.

Et, le plus sérieux est la valorisation, pas toujours justifiée par les textes de loi, de cet assistanat, de la position passive, inactive de victime par les décisions de justice

Le risque a été pris par le médecin, même si c'est dans l'intérêt du malade, il en endosse la responsabilité, telle est la loi.

En conséquence, les lois ont une répercussion, certainement pas prévue, lors de leurs promulgations : c'est l'immobilisme, c'est la démission, l'abandon des médecins, dans leur mission. La responsabilité légale actuelle est vécue comme insurmontable et non équitable.

Il y a une grande différence entre l'encadrement de la pratique de la médecine qui le demande Et la recrudescence d'obligations vécues comme insupportables et inhumaines.

B. Les répercussions actuelles et futures

Et, donc, les répercussions sont dramatiques de favoriser et cautionner l'assistanat.

La prise de conscience, la maturation sociétale à effectuer face à ces bouleversements entre croyance et science n'est pas faite.

Les productifs subissent plus de responsabilités. Les lois et la jurisprudence en témoignent.

Tandis que la société et le malade tirent avantage de ses lois nouvelles, le médecin se voit rajouter de nouvelles charges, à tous les niveaux :

Allongement du temps thérapeutique, du temps de formation professionnelle avec les nouvelles tech-

4. M. Akida : Thèse « La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence », *Bibliothèque de sciences criminelles*, Tome n° 29, Paris, LGDJ, septembre 1994, p. 2.

5. André Maurois : « Discours aux médecins » 2^e Congrès international de morale médicale. Paris, 1966, p. 379 et suivantes.

niques, du temps du travail administratif avec les nouvelles lois sur la sécurité des produits, et du temps de travail juridique afin de répondre aux nouvelles obligations et de se protéger des poursuites judiciaires civiles et pénales.

Avec les règles de droit, il y a un côté expérimental. La portée future au niveau sociétal, n'est pas, toujours bien anticipée, prévue comme on aurait pensé, au préalable. Il y a une part d'expérimentation. On réalise des années après, les répercussions profondes.

Là, des signaux d'alerte sont donnés par le médecin des séquelles irréversibles des lois actuelles.

Le médecin va se protéger de l'attaque judiciaire **avant** de protéger la vie du patient⁶. Il ne prendra plus de risque dans l'intérêt du malade, accusateur demain. On s'oriente vers un abandon de la relation praticien-patient, par le médecin lui-même.

L'évolution des lois n'aura pas eu la portée escomptée au regard de tous les acteurs concernés. Le médecin a été la cible. Il démissionne.

C'est ce qui va conditionner le deuxième temps de la réflexion vers la recherche de compromis, de solutions.

II. DEUXIÈME PARTIE : LA VOIE D'UN PASSAGE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE VERS L'IMMUNITÉ PÉNALE DU PROFESSIONNEL DE LA SANTÉ

Ainsi, dans la deuxième partie, il va s'agir d'explorer la voie d'un passage de la responsabilité pénale vers l'immunité pénale du professionnel de santé.

En effet, un récent courant en faveur de la dépenalisation voire de l'immunité pénale du professionnel de la santé apparaît dans les rangs des membres du corps médical.

Elle part du constat suivant.

De nos jours, cette immunité pénale existe, dans certains cas, exceptionnellement, pour les magistrats ou les gendarmes, par exemple, dans l'exercice de leurs fonctions.

Elle n'existe pas pour le professionnel de la santé alors que les missions du magistrat et du médecin ont la même finalité : être tous deux au service de l'homme, veiller à la sauvegarde de sa vie et de son intégrité physique.

Fort de ce constat, et face à la demande du corps médical, une recherche fondamentale est faite quant à la conception d'une immunité pénale à envisager.

En premier lieu, une étude selon les considérations de l'article 122-4 du Code pénal est faite⁷. Il s'agit, strictement, d'un cas d'autorisation de la loi, selon des modalités expressément édictées.

Concernant l'application au médecin, sa justification, son intérêt et ses limites seront appréhendés.

De plus, dans un deuxième lieu, face à la réforme du Code pénal du 10 juillet 2000, une discussion sera, également, effectuée quant à la dépenalisation relative apportée qui a déçu au moins, partiellement, le professionnel de santé⁸.

En troisième lieu, des pistes de solutions pratiques seront proposées afin de trouver une issue équitable, à la fois, pour le monde du droit et pour le monde de la médecine.

A. Discussions sur l'immunité pénale du professionnel de la santé : discussion de l'article 122-4 du Code pénal, sur l'irresponsabilité pénale

Tout d'abord, face à la rénovation de la matière médicale, on a un accroissement incontestable de la responsabilité du professionnel de la santé.

En contre partie, un courant inverse s'est profilé : celui de l'immunité pénale ou d'une dépenalisation adéquate.

Il s'agit du souhait d'une prise en considération de l'évolution de la médecine, de la prise de risques pris dans l'exercice de sa fonction pour asseoir la nécessité actuelle de repenser sa responsabilité pénale.

Pour cette étude, l'article 122-4 du Code pénal sur l'irresponsabilité pénale va être examiné.

6. Florine Boukhobza : Mémoire « Observations sur la responsabilité pénale du professionnel de santé » ; DU droit médical appliqué à l'odontostomatologie et à la chirurgie maxillo-faciale – Université Paris 8, Janvier 2006.

7. J.-F. Renucci – Code de procédure pénale ; Dalloz, Editions 2006.

8. Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, relative à la définition des délits non intentionnels, JO du 11 juillet 2000, p. 10484.

Une étude de l'article 122-4 du Code pénal sur l'irresponsabilité pénale, a mis en évidence des considérations essentielles.

C'est un cas d'autorisation de la loi.

L'immunité pénale pour le professionnel de la santé est accordée dans un cadre précis édicté, strictement par la loi : il s'agit du cadre de l'exercice normal du praticien, dans lequel l'atteinte à l'intégrité du corps humain est permis expressément pour les actes justifiés par les textes de loi.

Le praticien est soumis à toutes ces conditions.

Deux points interpellent :

- ✓ Le premier : le rapport du droit au temps est à appréhender ;
- ✓ Le deuxième : le non-droit spatial est à rechercher.

A.1. Le rapport du droit au temps

Si la loi interdit : il y a impossibilité de faire. Puisque nous sommes dans le système de fonctionnement de l'autorisation : donc tout est interdit sauf ce qui est permis.

Dès qu'une de ces conditions est absente, l'infraction est constituée.

Par exemple, le chirurgien pratiquant une intervention chirurgicale qu'il sait interdite, n'est alors pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi.

En conséquence, les blessures causées à son patient sont volontaires, par le fait même de son intervention. La responsabilité pénale du professionnel de santé est, dans ce cas, engagée.

Dans la pratique quotidienne médicale, les conséquences sont paralysantes quand les textes sont en retard par rapport aux actes communément effectués.

Souvent, le législateur a en matière médicale, un temps de retard, face aux progrès de la pratique médicale et de la science médicale.

Par exemple, on pense, dans l'historique des actes médicaux à la circoncision rituelle qui est classée comme un acte médical et non thérapeutique. En conséquence, jusqu'à la promulgation des lois bioéthiques de 1994, et la disposition légale insérée dans l'article 16-1 et suivants du Code civil autorisant l'atteinte à

l'intégrité du corps humain dans un but médical et non plus seulement thérapeutique, le médecin engageait sa responsabilité civile et pénale.

Face à ce constat, la conséquence jaillit, alors sur les médecins qui prennent le risque de transgresser les dispositions légales en vertu de leurs résultats scientifiques. La conséquence est la condamnation pénale du médecin qui ne comprend pas. Les règles de la loi lui sont inadaptées.

D'où, pour le corps médical, la nécessité de qualifier une zone d'irresponsabilité pénale, de tolérance face à ce problème soulevé. C'est une piste.

En effet, cette zone serait encadrée dans cette problématique du rapport du droit médical au temps, en prenant en considération le fait de cette évolution médicale en perpétuel et incessant mouvement.

En pratique, La tolérance a été constatée de la part de la jurisprudence, dans nombres de cas ; et le droit n'y a pas été indifférent. Le législateur a agi. C'est une autre piste.

En pratique, également, il serait souhaitable d'envisager la concertation pressante d'une instance représentative du corps médical. Elle prendrait en compte des données scientifiques médicales consensuelles. Il s'agit de traiter, rapidement, des questions d'interventions pratiques, pas forcément que éthiques. Ce serait un éclairage efficace et rapide sur des questions médicales qui appellent à une réponse qui viendront en aide au droit. C'est, aussi, une piste.

Et, c'est à ce point de rencontre, que les rapports du droit et de la santé trouvent tous leurs sens.

En effet, la complémentarité des deux actions permettrait d'accomplir leur mission commune qui est, au final, de veiller au respect de la vie et du droit des individus.

Deuxième constat : le non-droit spatial est un point à rechercher.

A.2. Le non-droit spatial

Par ailleurs, comme disposé dans l'article 122-4 du Nouveau Code pénal, étant entendu que pour les gendarmes, les représentants de la force publique, la cause d'irresponsabilité s'étend aux fautes involontaires commises au cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement.

Quant au médecin, cette éventualité d'irresponsabilité aux fautes involontaires peut s'argumenter.

L'argument du médecin est qu'il cherche « à donner ou à maintenir la vie et surtout pas à donner la mort ».

Ceci peut être un argument en faveur d'excuse légale d'irresponsabilité pénale du professionnel de santé dans l'exercice de sa fonction, en cas de faute involontaire. La responsabilité civile resterait intacte.

La réponse du législateur est de réguler, d'arbitrer vers un équilibre entre les différents droits du malade et du médecin. Et, le caractère libéral de la profession médicale réclame un encadrement, un contrôle dans la mesure où les actes pratiqués peuvent constituer une menace pour l'individu.

En conclusion de cet argument, cette nécessité médicale de base qu'est la démarche intellectuelle, le caractère libéral pénalise, au final, le médecin. Puisque ce point déterminant du succès de sa mission est appréhendé par le droit comme une zone de faute possible.

Ce choix actuel de la prudence et de la méfiance du droit pénal revêt pour le médecin, en retour de la prudence, de la méfiance. Confronté à ses dispositions pénales en vigueur, son comportement intellectuel, son pouvoir d'action se retrouvent limités, voire paralysés.

La répercussion est projetée immédiatement sur le patient, donc, chacun d'entre nous.

Il est clair que la résultante à ce conflit est désastreuse.

C'est toujours la partie élémentaire qui en subit les sérieuses conséquences, donc certainement pas, le législateur, dans une certaine mesure, le médecin et dans sa globalité, le patient.

En effet, le patient peut en perdre sa vie par excès de précaution judiciaire prise par le médecin. Il ne prendra plus le risque.

Tout se passe comme s'il y a une hypocrisie sociale. Le patient veut voir s'exprimer le progrès scientifique mais sans en supporter le risque, ni le partager avec le professionnel de santé. Le législateur cautionne l'opinion publique ainsi que les tribunaux. Le médecin, bouc émissaire, en limitant la prise de risque, limite la survie du patient.

Le conflit s'est solutionné par la solution la pire qui soit : l'irrespect de chacun des intervenants par manque d'équilibre des droits et des devoirs de notre époque.

Face à cette problématique, en droit médical, il y a à envisager des situations qui ne soient pas régies par le droit, des zones de non droit spatial à respecter. Elles montrent que le droit n'a pas besoin d'intervenir. Les conflits se résolvent, par exemple, par une commission de concertation.

Dans le domaine de la santé, cette catégorie de non-droit est amenée à se développer. Elle résout de façon plus conviviale les problèmes.

Un exemple parlant est celui de la loi Huriet-Sérusclat, interprétée de manière moins formelle aujourd'hui. Cela évite d'avoir recours à toutes les procédures lourdes qu'une lecture sévère des textes imposerait⁹.

C'est une piste à envisager.

De plus, une extension du droit est également amenée à se développer face à l'évolution constante du droit et de la médecine.

Ainsi, en droit médical, la remise en question des équilibres entre les différents droits, entre le droit et le non-droit est en continuel déplacement.

C'est une donnée à prendre en considération pour la recherche d'une articulation et d'une harmonie fonctionnelles entre le droit pénal et la médecine.

B. Discussion sur la dépenalisation relative du professionnel de la santé

Maintenant, une discussion sur la dépenalisation relative du professionnel de santé est abordée.

La science juridique s'immisce davantage dans la pratique des interventions sur l'être humain. Les autorisations de la loi pénale sur de tels actes sont entourées de conditions particulières. Il s'agit de sécuriser toute atteinte à l'intégrité du corps humain.

Partant de cette finalité, l'utilité du droit pénal, des textes répressifs protecteurs de la vie humaine est indéniable.

Toutefois, les solutions apportées par la réforme du 10 juillet 2000 du Code pénal soulèvent certaines interrogations.

9. André Demichel : *Le droit de la santé*, Editions Les Etudes Hospitalières, 1998.

La discussion sur la dépénalisation relative du professionnel de santé va porter, également, sur deux points.

Alors que le premier point soulève la question du sens du mot règlement, le deuxième point appuie sur l'insuffisance de caractérisation de l'élément moral de l'infraction pénale.

B.1. Le sens du mot règlement

Le premier point discuté relève de la notion du sens du mot règlement.

C'est le parallélisme dangereux du sens de la notion de règlement en droit avec celui de la notion de règlement en médecine.

En effet, ce point concerne les caractéristiques énoncées de la faute qualifiée en rapport avec la violation de règlements, pour les infractions involontaires.

Depuis la réforme de juillet 2000, en cas de causalité indirecte, la faute qualifiée s'impose et non plus une faute ordinaire.

Cette faute qualifiée concerne la violation délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement.

Là, s'explique un phénomène récent de multiplications de la réglementation dans l'ensemble du secteur médical, notamment dans les disciplines les plus sujettes à l'attaque en pénal. Ils pourront servir de bases objectives, légales et faciliter pour les juges, la justification de leurs décisions.

Dans ce contexte de considération de la faute délibérée de l'homicide et des blessures involontaires, on peut prévoir qu'elle aura un bel avenir en matière médicale. Pourtant, le juriste doit se méfier.

Un règlement médical ne se calque absolument pas sur un règlement juridique.

Des différences entre le droit et la santé existent en dépit de leurs points communs.

Elles occasionnent le fait que le juriste et le médecin ne se comprennent pas toujours. Leurs sciences respectives les conduisent à faire deux types de démarches intellectuelles différentes.

En effet, le droit relève d'une dogmatique et d'un impératif. Il n'y a pas d'aléa dans la règle. Elle est impérative.

Au contraire, la règle en médecine est en partie aléatoire car l'intervention est sur le vivant.

De plus, la règle en médecine touche les individus mais pas de la même façon, ni avec les mêmes réactions. La médecine n'a pas de certitudes dogmatiques.

Donc, les règlements en médecine, ne peuvent servir de bases systématiques. Sinon, ça reviendrait à desservir le patient. Le médecin bornerait son action aux règlements n'apportant qu'une vision partielle et en plus transitoire puisque la science médicale évolue constamment.

La loi qui se calque strictement sur les règlements aboutirait, essentiellement, à deux conséquences périlleuses.

La première serait, plutôt, à la mise en danger possible d'autrui qu'à sa protection. En effet, même si le médecin sait qu'en agissant, autrement par rapport aux règlements, il pourrait améliorer la guérison ou sauver la vie, il ne le fera pas. Il ne tient pas à risquer une infraction pénale d'homicide ou de blessures involontaires.

La deuxième serait de dénaturer les caractéristiques de la médecine qui sont d'être, avant tout, libéral, individuel et artisanal. Le droit détruirait les valeurs fondamentales de la médecine. Il empêcherait le médecin d'accomplir sa mission.

Il est clair que ce ne sont pas les buts, évidemment, recherchés. Mais le législateur doit en avoir pleinement conscience, pour éviter cette dérive comportementale du médecin : il démissionne ou il choisit le poste de contrôleur des règlements.

C'est desservir le pays tout entier que de poursuivre l'orientation dans cette direction.

B.2. L'insuffisance de caractérisation de l'élément moral de l'infraction pénale

Le deuxième point examine la notion d'insuffisance de caractérisation de l'élément moral de l'infraction pénale.

Au départ, le juge a fait le constat de l'élément matériel de l'infraction, qui, en médecine, peut correspondre à une grande diversité d'actes.

Puis, le juge doit mettre en évidence l'existence de l'élément moral.

Le problème réside dans le fait que ces fautes sont jugées sur le même mode d'appréciation qui ne permet pas, toujours de façon convaincante, de caractériser suffisamment l'élément moral des infractions pénales. Et, c'est pourtant essentiel dans une poursuite répressive. Un des problèmes majeurs du mur de mésentente se situe exactement, à ce niveau.

Puis, pour apprécier l'élément moral, c'est le comportement vicié ou non qui est analysé avec la prise en compte des circonstances de l'infraction. Le comportement coupable est délicat à mettre en évidence.

Cet élément moral peut être défini en termes d'indifférence blâmable aux valeurs sociales et, dans le domaine médical, tout particulièrement à l'intégrité physique d'autrui.

Cette appréciation délicate de la faute est pourtant essentielle. En effet, la preuve rapportée de la réunion de ces deux éléments matériel et moral traduit la faute pénale, fondement de la responsabilité pénale en ayant, évidemment, l'existence de l'élément légal.

Au regard de cette discussion, la dépenalisation relative existante déçoit, en partie le professionnel de la santé quant aux fautes involontaires effectuées dans l'exercice de leur mission.

La mésentente entre les médecins et les juristes reste là. Elle provient d'un fait simple. Les membres de chacune de ces professions sont des profanes par rapport à la discipline de l'autre. Il y a une incompréhension¹⁰.

Les deux missions sont, néanmoins, indispensables, indissociables et complémentaires.

C. Tentatives de solutions

Nous allons, donc, nous acheminer vers une recherche de tentative de propositions de solutions pour atteindre un équilibre des fonctions dans l'intérêt premier des droits de l'individu.

C.1. Les principes de base

La médecine a le pouvoir de soigner. Il est un phénomène social. Et, les phénomènes sociaux nécessi-

tent des arbitrages qui sont de nature légale en démocratie.

Le droit a le pouvoir d'arbitrer les conflits sociaux. La loi, au sens technique d'acte de la représentation nationale, doit remplir son rôle à l'égard de la médecine.

Donc, dans ce rapport entre la loi et la médecine, il faut légiférer dans le champ des principes mais éviter d'entrer trop dans les détails, de sur réglementer, en quelque sorte. Il s'agit de ne pas bureaucratiser la médecine qui ne ferait que lui nuire, énormément, en l'empêchant d'agir donc de soigner.

Mais la question soulevée est de comment le faire, pour atteindre un équilibre entre le droit et la médecine.

En effet, l'activité médicale a une telle valeur en soi que le législateur doit la laisser se développer selon sa propre logique, en intervenant simplement pour fixer des limites qui éviteront certaines dérives éventuelles, et sans lui imposer des règles de l'extérieur.

Il y a une lucidité sur la valeur de la médecine et de son mode de fonctionnement qui est essentielle à avoir ; cela passe par une réelle tentative de compréhension entre les deux disciplines.

Ainsi, des **passerelles** fonctionnelles, efficaces doivent s'installer avec par exemple des magistrats-médecins et vice versa, avec des solutions nouvelles. C'est faciliter la voie vers l'entente entre les médecins et les juristes.

Plus il y aura de création de passerelles entre les deux professions, plus il y aura de respect, de compréhension et d'acceptation du rôle de chacun. Chacun comprendra l'autre et vice versa.

Cette révolution culturelle chez les juges et les médecins est primordiale pour tenter d'atteindre le respect mutuel.

Par exemple, accroître la collaboration entre les magistrats et les experts médicaux en amont, en aval des procédures.

Par exemple, créer de **nouveaux concepts** : la réparation sans faute au lieu de la responsabilité sans faute comme proposé par M. André Demichel¹¹.

10. M. Akida : Thèse « La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence », *Bibliothèque de sciences criminelles*, Tome n° 29, Paris, LGDJ, septembre 1994.

11. André Demichel : *La responsabilité médicale*, collection Guides essentiels, Editions L'Hermès ; Février 1997.

En effet, dans l'emploi de ce terme : responsabilité, il y a la répercussion sociale. Ce terme renvoie à désigner concrètement un individu, une profession condamnable.

Ainsi, la notion de « *responsabilité sans faute* », dans le secteur médical, se traduit, gravement, dans l'idéologie sociale par « *médecin toujours condamnable* », quoi qu'il en soit, le bouc émissaire.

Le respect de chacune des professions passe aussi par la recherche de nouvelles notions, de nouvelles réponses adaptées quand les problèmes actuels en médecine le nécessitent.

Il est évident qu'il y aurait « un habillage attentif » du passage de la notion de responsabilité sans faute à l'expression de « la réparation sans faute ». Ce serait un signe acté, concret d'une démonstration de respect mutuel des pouvoirs entre le droit et la médecine.

C.2. Des solutions actuelles existantes

Toutefois, il est à considérer que des solutions actuelles utiles existent.

a) La dualité des fautes civile et pénale

Par exemple, en pratique, un des problèmes, maintenant révolu, était celui de l'ancien principe de l'identité des fautes civile et pénale.

L'abandon de ce principe ne peut qu'aider le juge dans sa tâche. De manière concrète, il pourra comprendre l'action médicale en étant libéré de cet obstacle.

Il ne sera plus, comme avant, incité à se contenter d'une « poussière de faute » pour retenir l'infraction à des fins de conserver l'indemnisation à la victime.

Cette solution, enfin, adoptée, depuis la loi du 10 juillet 2000, de la dualité des fautes civile et pénale, est d'une utilité pratique incontestable, constructive et indispensable.

b) La dépenalisation relative de la faute ordinaire en cas de causalité indirecte

Par exemple, également, la dépenalisation relative a permis de placer la faute ordinaire en cas de

causalité indirecte, hors du champ de la juridiction pénale.

La portée semble d'empêcher des poursuites pénales excessives pour tout individu.

Et, la portée pour le juge est l'attribution de plus de libertés dans l'appréciation du comportement du médecin, sans sacrifier les intérêts de la victime.

C.3. Des solutions nouvelles envisageables

De plus, des solutions nouvelles peuvent être envisagées.

a) Filtrage préalable par le Parquet

Par exemple, il s'agit d'empêcher que le système de poursuites répressives soit déclenché hâtivement contre les médecins, et, ceci, sous l'influence de l'ampleur des dommages causés. En effet, le critère de la gravité du dommage ne correspond pas automatiquement à une gravité de la faute du médecin. Donc, empêcher le plaignant d'un acte médical, de saisir, directement, le tribunal répressif.

Ainsi, il faudrait l'obliger dans tous les cas, à passer, d'abord, par le Parquet, qui serait ainsi le seul organe apte à juger de l'opportunité de la poursuite contre le médecin¹².

Ce filtrage par le parquet, au préalable, serait un garde fou face aux parties civiles victimes de n'importe quelle faute non intentionnelle, et pas seulement d'un accident médical. Il permettrait d'éviter qu'elles saisissent régulièrement, méthodiquement, automatiquement la juridiction pénale. Et, ceci devient de plus en plus une solution d'actualité à envisager.

En effet, trois arguments sont invocables, pour expliquer le choix de cette voie pénale.

Le premier, avec la dualité actuelle des deux fautes civile et pénale, les victimes savent qu'elles ne prennent pas le risque d'être privées de dommages-intérêts en utilisant cette stratégie opérationnelle : tenter la voie pénale avant la voie civile.

Le deuxième, avec les nombreux avantages du choix de la procédure pénale, elles savent qu'à moindre coût, et de façon plus rapide, cette option permet à ce que

12. M. Akida : Thèse « La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence », *Bibliothèque de sciences criminelles*, Tome n° 29, Paris, LGDJ, septembre 1994.

la charge de la preuve pèse sur les autorités de poursuites et d'instruction et non sur elles-mêmes, les victimes comme en civile, généralement.

Le troisième, avec la mentalité actuelle sociale de « *la soif de punir en étant sûr d'avoir raison, et le plus rapidement possible* », ce filtrage serait une intervention préventive, reconnue dans la légitimité de leur autorité, arbitrale des conflits sociaux.

A ce niveau, se situe une des clés actives au respect mutuel des rôles entre juristes et médecins en participant, de surcroît, à la paix sociale.

C'est accroître la confiance entre le médecin et le juriste. Et, par voie de conséquence accroître la confiance entre le médecin et son patient.

Il est nécessaire de faire comprendre, ainsi, aux patients que la voie pénale n'est pas la voie naturelle pour obtenir des indemnités à la suite de dommages résultant d'actes médicaux.

Ce filtrage aurait, aussi, un rôle éducatif imposant le respect.

D'un côté, il expliquerait aux malades que le procès pénal est réservé aux affaires graves.

Et, d'un autre côté, il donnerait le sentiment aux médecins que le déclenchement des poursuites pénales est accompagné de beaucoup de sécurité.

Puis, le rôle des experts, peut présenter un intérêt en amont, aussi, au niveau de ce filtrage. Ils sont le plus souvent issus du milieu médical. L'expert donne un avis purement technique sans porter d'appréciation juridique. Ses conclusions, formulées à cette occasion, aident à fournir des précisions dans un secteur de connaissances étranger aux membres de la sphère juridique.

Ainsi, elles pourront aider dans le fonctionnement de la justice.

Il est à noter que le principe de cette solution est, dorénavant d'actualité ; il est inscrit, validé dans la loi depuis l'année 2007. Il s'agit de la réforme pénale, loi n° 2007-291 du 05 mars 2007¹³.

Son application récente est à suivre.

CONCLUSION

« *Avoir conscience de trouver la juste mesure en toute chose* »

De Serge CARFANTAN

Un rapprochement, une **régulation** sont à construire entre ces deux domaines, le droit médical et la médecine.

Et, ceci, **sans primauté automatique de l'un sur l'autre** est un moyen approprié d'y aboutir.

Un équilibre et un respect mutuels, **reposant sur une conscience sociale** collective est l'objectif à atteindre¹⁴.

La santé aurait tout à y gagner de l'articulation de fonctionnement harmonieux entre le droit et la médecine.

N'oublions pas que l'union qualitative et quantitative fait la force.

Alors même si l'individu peut se dire « la vie ne vaut rien mais rien ne vaut la vie » en écoutant André MALRAUX,

Même si le médecin sait que « la science sans conscience n'est que ruine de l'âme » (François RABELAIS),

Et, même si le juriste connaît la difficulté de « trouver la juste mesure en toute chose » (Serge CARFANTAN),

Persévérons dans ce sens : tel est l'objectif.

REMERCIEMENTS

A Mr Olivier SAUTEL : Toute ma reconnaissance, ma haute considération accompagnent mes remerciements pour un Maître de Conférences, compétent, dévoué et disponible, sans qui ce travail n'aurait pas

13. *Journal Officiel* de la république du 6 mars 2007. Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

14. Francine Demichel, Professeur de Droit Public, Université Paris 8 : « Les contradictions actuelles du droit de la santé. Autour de la pensée d'André Demichel » ; article très largement inspiré de la problématique développée par son mari, André Demichel ; 2005-2006.

vu le jour. Veuillez recueillir, ici, l'expression de toute mon estime. ■

BIBLIOGRAPHIE

AKIDA M. – La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, *Bibliothèque de sciences criminelles*, septembre 1994, Tome 29.

AUBERT-FOURMY C. – Loi Huriet-Sérusclat sur la recherche biomédicale. Information, consentement et refus de l'enfant, *J.D.J.* n°184, avr. 1999, 41.

BOUKHOBZA F. – Observations sur la responsabilité pénale du professionnel de santé, *Mémoire du DU droit médical appliqué à maxillo-faciale*, Université Paris VIII, janvier 2006.

BOUKHOBZA F. – Observations actuelles sur la responsabilité pénale du professionnel de la santé, *Revue de droit médical et d'identification appliqués à l'odontologie* ; éd. Afio, juin 2006, 51-58.

DAURY-FAUVEAU M. – *La responsabilité pénale du médecin. Les principales infractions contre les médecins*, Les Etudes Hospitalières, édition 2003.

DELPRAT L., LE GLOAN J., BERY A. – Le chirurgien-dentiste et l'acte prothétique : vers l'affirmation d'une obligation de

sécurité de résultat, *Revue de droit médical et d'identification appliqués à l'odontologie* ; éd. Afio ; juin 2005, 7-22.

DEMICHÉL A. – *La responsabilité médicale*. Collection Guides essentiels, Editions L'Hermès, Février 1997.

DEMICHÉL A. – *Le droit de la santé*. Les Etudes hospitalières ; septembre 1998.

DEMICHÉL F. – Cours d'enseignement sur la recherche juridique en droit de la santé : initiation et approfondissement, Université Paris VIII, 2005-2006.

Journal Officiel du 11 juillet 2000 relative à la définition des délits non intentionnels.

Journal Officiel de la République française du 6 mars 2007 (mars 2007).

Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

MAUROIS A. – Discours aux médecins, *Rapport présenté au II^e Congrès international de morale médicale*. Paris, 1966, 379 et suivantes.

PRADEL J. – De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels, *D.* 2000 n° 29, point de vue, V.

RENUCCI J.-F. – Code de procédure pénale ; *Dalloz*, Editions 2006.