les intégrales 16

2022

DROIT PÉNAL MÉDICAL

Contentieux médical, responsabilité pénale, droits du patient

2e édition

Patrick MISTRETTA

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

Patrick MISTRETTA
Professeur de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

DROIT PÉNAL MÉDICAL

Contentieux médical, responsabilité pénale, droits du patient

2e édition

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

Dans la même collection

L. Arcelin, J.-L. Fourgoux, *Droit du marché numérique*, 2021.

I. Barrière Brousse et M. Douchy-Oudot (dir.), *Les contentieux familiaux, Droit interne, international et européen*, 2e éd., 2016.

A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, 2e éd., 2022.

J.-L. Bergel (dir.), *Les contentieux immobiliers*, 2010.

X. Boutiron, P.-J. Castanet, H. Lécuyer et C. Maréchal, *L'entrepreneur et ses patrimoines*, 2012.

F. Buy, M. Lamoureux, J. Mestre et J.-C. Roda (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., 2018.

A. Debet, J. Massot, N. Metallinos, *Informatique et libertés, La protection des données personnelles en droit français et européen*, 2015.

D. Gallois-Cochet, *Les sociétés du secteur libéral de la santé*, 2019.

C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, 2e éd., 2022.

L. Jégouzo, *Le droit du tourisme*, 2e éd., 2018.

P. Kamina, *Droit de la communication audiovisuelle*, 2021.

J. Lasserre Capdeville, *Le droit du crédit à la consommation*, 2021.

M. Leroy, *Assurance-vie et gestion du patrimoine*, 2e éd., 2014.

J. Heinich, H. Lécuyer et J. Mestre (dir.), *Les pactes d'affaires*, 2021.

P. Mistretta, *Droit pénal médical, Contentieux médical, responsabilité pénale, droits du patient*, 2e éd., 2022.

M. Painchaux, *Le droit de l'immobilier de loisirs*, 2011.

C. Paulin, *Les contrats logistiques, Transport, Stockage, Distribution*, 2020.

F. Rizzo et J.-M. Marmayou, *Les contrats de sponsoring sportif*, 2014.

F. Saint-Pierre, *Pratique de défense pénale, Droit, histoire, stratégie*, 5e éd., 2022.

M. Storck, S. Fagot et T. de Ravel d'Esclapon, *Les sociétés civiles immobilières*, 2e éd., 2019.

E. Vital-Durand (dir.), *Opérations d'urbanisme*, 2014.

© 2022, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN 9782275111407
ISSN 2110-9680

À mes deux étoiles filantes, Victorien et Raphaël,
qui illuminent ma vie,
À la plus belle maman du monde, Adelma.

Préface

La rencontre entre le milieu médical et le milieu judiciaire est souvent teintée de questionnements, parfois d'incompréhensions. Ce sont des univers techniques, voire savants, aux règles strictes, à la déontologie spécifique et très présente. Et cette rencontre peut être d'autant plus vive et rugueuse qu'il s'agit de droit pénal.

La responsabilité est l'obligation de répondre de ses actes. D'un point de vue juridique, la responsabilité est le fait de répondre d'un acte ayant généré des conséquences dommageables.

Depuis l'antiquité babylonienne avec le célèbre Code d'Hammourabi, en passant par le droit romain, et par toutes les étapes de sa longue édification jurisprudentielle au cours des siècles passés, le principe selon lequel la faute du médecin peut engager sa responsabilité a de nouveau été consacré par la loi du 4 mars 2002.

La plupart des réclamations relatives aux actes médicaux donnent lieu aujourd'hui à un règlement amiable, notamment grâce au développement des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation. La majeure partie du contentieux est ensuite de nature civile. La sanction de la faute peut en effet être civile : il s'agit de payer des dommages-intérêts compensant le dommage. C'est sur le principe de réparation intégrale, désormais affiné par la nomenclature Dintilhac, que se prolonge le besoin fondamental de toute victime de recevoir une compensation équitable et complète de son préjudice.

Mais la sanction peut aussi être pénale. La responsabilité pénale est l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui les réprime, dans un but de protection de l'ordre public. Les affaires mettant en cause pénalement le corps médical sont assez rares statistiquement, mais leur impact médiatique n'est sans doute pas étranger à une certaine amplification du risque pénal en la matière.

Le droit pénal médical constitue l'ensemble des règles répressives qui permettent et organisent la sanction pénale du médecin ayant commis une infraction à l'occasion ou dans l'exercice de sa profession.

Le médecin, comme tout justiciable, est soumis au droit pénal « classique ». Ainsi, il peut devoir répondre de ses actes devant un tribunal correctionnel ou une cour d'assises, et toutes les règles générales en matière pénale lui sont en principe applicables. Le médecin peut donc se rendre coupable, au cours de son activité professionnelle, d'infractions de droit commun telles que les atteintes à la vie et à l'intégrité physique du malade (volontaires ou non, articles 221-6 et 222-19 du Code pénal), la mise en danger délibérée d'autrui (C. pén., article 223-1), la non-assistance à personne en danger (C. pén., article 223-6), les infractions sexuelles, l'abus de confiance, ou encore l'escroquerie.

Les délits d'homicide et d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique constituent la source majeure de la responsabilité pénale médicale. Certains praticiens semblent

plus exposés que d'autres, en particulier les chirurgiens, les anesthésistes, les obstétriciens et néonatologistes, ainsi que les médecins régulateurs et les urgentistes.

Il existe également des infractions plus spécifiques à l'activité médicale (usurpations de titre, exercice illégal de la profession médicale – notamment si le praticien exerçait alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'exercer prononcée par le juge disciplinaire (CSP, article L. 4161-2, 3°) –, violation du secret professionnel, tromperie), des causes spéciales d'irresponsabilité pénale, des règles procédurales dérogatoires applicables en matière sanitaire, etc.

Lorsque la victime fait le choix d'engager une procédure pénale, elle ne souhaite pas se contenter d'une simple réparation du préjudice qu'elle a subi. Elle cherche, au-delà, la punition de l'auteur de la faute qu'elle estime être à l'origine de son dommage.

La montée en puissance du mouvement victimologiste constitue sans doute l'un des premiers ressorts de la pénalisation de l'activité médicale. La volonté de punir, le besoin d'identifier le « véritable responsable » ne sont en effet pas sans rapport avec l'accroissement supposé des plaintes pénales en matière médicale. On peut également remarquer qu'un certain nombre de plaintes sont motivées par des problèmes de communication et d'incompréhension entre le professionnel de santé et le patient. Par ailleurs, les progrès spectaculaires de la médecine engendrent un très haut degré d'exigence des patients-justiciables et développent un sentiment social d'aversion au risque médical. C'est dire si le droit pénal médical touche le cœur de certains enjeux sociétaux actuels.

Juridiquement, des spécificités prévalent au sein du contentieux pénal médical.

Depuis leur création par la loi du 4 mars 2002, les pôles de santé publique, véritables juridictions spécialisées, se sont mobilisés dans les premiers temps sur des dossiers, dits historiques, relatifs à des « catastrophes sanitaires » (sang contaminé, amiante, hormone de croissance...), puis ont connu une montée en puissance et une diversification de leur activité. Ces pôles permettent une meilleure visibilité et une véritable spécialisation du contentieux.

Des questions spécifiques peuvent ainsi se poser lors de la caractérisation des éléments constitutifs des infractions. La jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine œuvrent graduellement par exemple à la précision des contours de la notion de faute selon la nature de la causalité, s'agissant des atteintes non intentionnelles à la vie et à l'intégrité des malades commises par des médecins.

La loi du 10 juillet 2000 a modifié la nature de la faute. Auparavant, une faute simple suffisait à engager la responsabilité d'un médecin. Depuis ce texte, si en cas de causalité directe une faute simple suffit, en revanche, en cas de causalité indirecte, la faute pénale ne peut être constituée que si elle est caractérisée ou délibérée avec connaissance d'un risque d'une particulière gravité. La Cour de cassation doit se prononcer par exemple sur le choix de la technique d'intervention utilisée par un chirurgien, sur le respect de son obligation de mettre à jour ses connaissances, sur la question de savoir si le praticien a connaissance des risques qu'il fait courir au patient.

S'agissant de l'infraction d'omission de porter secours, qui concerne le plus souvent des médecins régulateurs du Samu, la caractérisation de la conscience du médecin du péril encouru par celui qui demande secours est particulièrement délicate. Si chaque affaire est toujours un cas d'espèce unique, il est nécessaire que la Cour de cassation parvienne à conserver une certaine cohérence juridique dans des dossiers similaires, afin de

renforcer la sécurité juridique des décisions de justice et de limiter l'imprévisibilité du droit pénal médical.

On peut aussi mentionner le contentieux pénal lié à la fin de vie qui a pris une ampleur particulière ces dernières années, avec la question de savoir si la mise en œuvre des dispositions de la loi du 22 avril 2005 sur les droits des malades pouvait exposer les médecins et hôpitaux à des poursuites pénales.

Des problématiques spécifiques ont en outre émergé concernant les peines complémentaires applicables aux médecins, comme l'interdiction d'exercer sa profession, dont les conséquences sont évidemment considérables.

Des questions spécifiques se posent également s'agissant de l'imputabilité des infractions. Si un professionnel de santé exerçant dans le cadre libéral ou au sein d'un établissement hospitalier peut voir sa responsabilité engagée s'il commet une faute de nature pénale dans l'exercice de son activité professionnelle, une nuance doit toutefois être apportée concernant le médecin hospitalier. En effet, celui-ci, lorsque sa responsabilité se trouve engagée, peut bénéficier de la protection fonctionnelle issue de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, à l'exception bien sûr des faits constitutifs d'une faute personnelle. En outre, la responsabilité pénale des personnes physiques n'exclut pas la responsabilité pénale de la personne morale. L'établissement public de santé est tenu responsable, dès lors que l'infraction pénale a été commise pour son compte par ses organes ou représentants (C. pén., article 121-2).

Par ailleurs, des spécificités existent en termes d'organisation judiciaire.

Comme j'ai pu le constater à l'occasion de mes fonctions de procureur de Paris, en charge notamment du parquet de l'un des deux pôles français, l'institution judiciaire est aujourd'hui confrontée à un véritable défi dans la gestion des dossiers de santé publique impliquant des milliers de victimes, comme c'est le cas des dossiers concernant le Mediator ou les prothèses PIP. Elle doit absolument démontrer sa capacité à mieux maîtriser le temps judiciaire et à conduire ces procédures avec une efficacité qui lui permette de statuer dans des délais raisonnables sur la culpabilité des mis en cause, mais aussi de garantir l'effectivité des droits des victimes et de permettre leur juste indemnisation. Les enjeux sont immenses.

Cet ouvrage unique et indispensable écrit par le professeur Patrick Mistretta permettra d'éclairer tous les pans d'un contentieux peu connu des praticiens du droit, avocats comme magistrats, et pourtant au cœur d'enjeux de société primordiaux, que ce soit les questions de bioéthique ou de fin de vie, la place des technologies et de l'humain, les moyens alloués au fonctionnement de notre système de santé, la formation du corps médical en France, le respect des règles déontologiques, le principe de dignité de la personne humaine, ou encore la recherche d'une meilleure sécurité sanitaire.

Puisse cet ouvrage contribuer en effet à préserver ce qui fait la noblesse de l'exercice de la médecine et la confiance qui doit lier le patient à son médecin, tout comme ce qui fait la noblesse du métier de magistrat et la confiance qui doit lier le justiciable à la Justice de son pays.

François Molins

Procureur général près la Cour de cassation

Sommaire

Introduction générale 17

PARTIE 1 LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL MÉDICAL 43
Chapitre 1 Les techniques d'incrimination en matière médicale 45
Chapitre 2 La responsabilité pénale en matière médicale 69
Chapitre 3 La sanction pénale en matière médicale 109
Chapitre 4 Les particularités procédurales en matière médicale 127

PARTIE 2 LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL MÉDICAL 153
Titre 1 Le droit pénal de protection du malade 155
Chapitre 1 La protection de la vie et de l'intégrité corporelle du malade 157
Chapitre 2 La protection de la sexualité du malade 263
Chapitre 3 La protection de la liberté corporelle du malade 287
Chapitre 4 La protection de la dignité du malade 311
Chapitre 5 La protection de la personnalité du malade 339
Titre 2 Le droit pénal de la profession médicale 387
Chapitre 1 Les atteintes à l'exercice médical 389
Chapitre 2 Les atteintes à l'éthique médicale 429
Chapitre 3 Les atteintes à la discipline médicale 513

Liste des abréviations

Al.
Alinéa

Art.
Article

Ass. nat.
Assemblée nationale

BICC
Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. crim.
Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation

CA
cour d'appel

Cass. ass. plén.
Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. crim.
Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. 1re civ.
Cour de cassation, première chambre civile

CCNE
Conseil consultatif national d'éthique

CEDH
Cour européenne des droits de l'homme

CJUE
Cour de justice de l'Union européenne

C. consom.
Code de la consommation

Chron.
Chronique

Comm.
Commentaire

Concl.
Conclusion

Cons. const.
Conseil constitutionnel

C. pén.
Code pénal

CPP
Code de procédure pénale

CSP
Code de la santé publique

D.
Recueil Dalloz

DP
Recueil périodique et critique mensuel Dalloz

Dr. pén.
Droit pénal

Gaz. Pal.
Gazette du Palais

JCP G
Semaine juridique, édition générale

J.-Cl. pén.
Jurisclasseur pénal

JO
Journal officiel

Jurisp.
Jurisprudence

L.
Loi

LPA
Les petites affiches

obs.
Observations

préc.
Précité

Rapp.
Rapport

RDSS
Revue de droit sanitaire et social (Dalloz)

Rép. pén. Dalloz
Répertoire de droit pénal et de procédure pénal (Dalloz)

RGDM
Revue générale de droit médical

RIDP
Revue internationale de droit pénal

Rev. pénit.
Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC
Revue de sciences criminelles

RTD civ.
Revue trimestrielle de droit civil

ss
Sous

somm. comm.
Sommaires commentés

T. corr.
Tribunal correctionnel

Bibliographie générale

Droit pénal général

- Ph. Bonfils et M. Giacopelli, Droit pénal général, Cujas, 3e éd., 2021.
- B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 27e éd., 2021.
- E. Dreyer, Droit pénal général, LexisNexis, 6e éd., 2021.
- Y. Mayaud, Droit pénal général, PUF, 7e éd., 2021.
- R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7e éd., 1997.
- X. Pin, Droit pénal général, Cours Dalloz, 14e éd., 2022.
- J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 22e éd., 2019.

Droit pénal spécial

- Ph. Bonfils et L. Grégoire, Droit pénal spécial, LGDJ, 1re éd., 2022.
- Ph. Conte, Droit pénal spécial, LexisNexis, 6e éd., 2019.
- E. Dreyer, Droit pénal spécial, LGDJ, 1re éd., 2020.
- A. Lepage et H. Matsopoulou, Droit pénal spécial, PUF, Thémis, 2015.
- V. Malabat, Droit pénal spécial, Hyper-Cours, Dalloz, 10e éd., 2022.
- J. Pradel et M. Danti-Juan, Droit pénal spécial, Cujas, 8e éd., 2020.
- M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 8e éd., 2018.
- M. Veron, Droit pénal spécial, Dalloz-Sirey, 17e éd., 2019.

Procédure pénale

- C. Ambroise-Casterot et Ph. Bonfils, Procédure pénale, PUF, 4e éd., 2022.
- B. Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz, 28e éd., 2021.
- J. Buisson et S. Guinchard, Procédure pénale, Litec, 15e éd., 2022.
- E. Camous et F. Fourment, Procédure pénale, Bruylant, coll. Paradigme, 16e éd., 2022.
- E. Dreyer et O. Mouysset, Procédure pénale, LGDJ, 2e éd., 2019.

Droit médical

- J.-R. Binet, Droit médical, LGDJ, 2010.
- M. Girer et G. Memeteau, Cours de droit médical, LEH, 5e éd., 2016.
- E. Martinent, M. Reynier et F. Vialla (dir.), Les grandes décisions du droit médical, LGDJ, 2e éd., 2014.

Droit pénal médical et droit pénal de la santé

- B. Grandordy, Le médecin devant le juge, L'Harmattan, 2015.
- S. Hocquet-Berg et B. Py, La responsabilité du médecin, HDF, coll. Droit professionnel, 2006.

- P. Mistretta (dir.), Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ?, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2017.
- A. Ponseille, Profession, professionnels et établissements de santé face au droit pénal, LEH, 2015.

Encyclopédies et Dictionnaires

- C. Esper (dir.) Droit médical et hospitalier, LexisNexis Litec, 3 vol.
- A. Laude, J.-L. Mouralis et J.-M. Pontier (dir.), Droit de la santé, Lamy, 2 vol.
- D. Vigneau, (dir.) Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, éd. Législatives.
- H. Angevin, J.-H. Robert, Ph. Conte, A. Decocq, A. Maron (dir.), Jurisclasseur Code pénal, éditions techniques.
- Y. Mayaud (dir.) Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.

Chroniques de Droit pénal médical ou de droit pénal de la santé

- Revue Droit et Santé, chronique de droit pénal de la santé de A. Ponseille.
- Revue générale de droit médical, LEH, chronique de droit pénal médical de F. Archer.
- Revue de sciences criminelles, éd. Dalloz, chronique de droit pénal médical de P. Mistretta.

Introduction générale[1]

1 Idée saugrenue. – L'idée d'un ouvrage consacré au droit pénal médical peut paraître à bien des égards surprenante, voire superfétatoire. D'abord parce que la matière pénale décline au sein des études universitaires pour représenter une part congrue des quatre ou cinq années que les étudiants consacrent à l'apprentissage du droit. Au sein même du corps professoral, les chairs de droit pénal se font rares, et l'enseignant pénaliste qui souhaite aujourd'hui faire carrière sait combien le parcours est long et tortueux avant d'espérer un jour pouvoir occuper un premier poste, voire un poste de professeur. Dans ces conditions, l'enseignement de la matière pénale se limite le plus souvent au seul noyau dur que sont le droit pénal général, spécial et la procédure pénale. Et lorsque l'évolution de la société et de la délinquance fait émerger une nouvelle ramification du droit pénal, il faut attendre des années avant que la spécialité ne soit reconnue et acquière des lettres de noblesse. Tel fut le cas du droit pénal des affaires qui fut longtemps stigmatisé, y compris par la doctrine pénale classique, avant de se voir reconnaître une place entière au sein de la matière pénale.

Alors même que le droit pénal tente de survivre, le droit médical pour sa part est tout juste émergeant. Mais ce n'est, comme on le verra par la suite, qu'une partie d'un ensemble plus vaste qu'est le droit de la santé. Par ailleurs, le droit médical n'existe qu'à l'égard d'un public très spécialisé et marginal. Il n'intéresse le plus souvent que les juristes désireux de se spécialiser en master ou les médecins souhaitant s'initier à l'univers du droit. Dès lors, vouloir mélanger ce qui se tarit à ce qui difficilement balbutie peut paraître une gageure... et pourtant.

2 Nécessité incontournable. – Le tableau noir qui vient d'être dressé n'est pas le strict reflet de la réalité. Il est inexact tout d'abord de considérer que la matière pénale se meurt. Certes, le droit pénal connaît des évolutions fondamentales y compris dans la manière dont il est enseigné. Mais loin de se tarir, le droit pénal continue de passionner les auditoires, de remplir les amphithéâtres quand les enseignements lui font une vraie place et de susciter la réflexion dans les colloques. Mieux, la matière pénale n'a jamais été plus féconde sur le plan législatif et jurisprudentiel que depuis quelques années. Et, plus fondamentalement encore, il est toute une série de domaines dans lesquels le droit pénal éclôt, doucement mais sûrement, et qui constitue, à n'en pas douter, le droit pénal du XXI^e^ siècle. À côté du droit pénal du travail ou du droit pénal de l'environnement, le droit pénal médical tisse ainsi sa toile et apparaît comme une discipline intrinsèque du droit criminel.

Quant au droit médical, sans doute le public est-il encore limité et le contentieux tout juste naissant. Mais la matière intéresse de plus en plus les étudiants de tous horizons, comme en témoigne le nombre sans cesse plus important de diplômes gravitant autour du droit médical. Le droit médical est aujourd'hui enseigné dès la première année des études médicales comme s'il s'agissait là d'un des fondements du sacerdoce médical.

(1) La réalisation de cet ouvrage consacré au droit pénal médical n'aurait jamais pu voir le jour sans l'impulsion et le soutien initial du recteur André Varinard. L'auteur lui doit beaucoup et lui adresse ses plus vifs remerciements.

Plus encore, ce dernier constitue une donnée incontournable de la formation médicale continue devenue obligatoire depuis 2002. Nombreux sont désormais les médecins qui veulent savoir ce que le raisonnement juridique implique à l'égard de la pratique médicale et quelles sont les réalités du risque pénal en matière médicale. Le droit médical est donc vivant, et il est possible d'en percevoir les applications et les implications à l'instar de ce qu'a voulu le législateur contemporain lors du vote de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002[2]. Rien de plus logique et cohérent dès lors que de vouloir s'intéresser au droit pénal médical qui est la manifestation la plus sensible de ce droit médical.

Et pour se convaincre, si besoin encore en était, de l'intérêt d'un ouvrage consacré au droit pénal médical, il n'est qu'à scruter l'actualité judiciaire pour s'apercevoir qu'il n'est plus rare dorénavant que les procès les plus médiatiques et retentissants intéressent des médecins ou des établissements de santé. Qu'il s'agisse de l'hormone de croissance, du Mediator®, des prothèses mammaires Poly Implant Prothèse (PIP), de l'antiépileptique Dépakine ou, plus récemment encore, des lymphomes anaplasiques à grandes cellules liés aux prothèses mammaires[3], et surtout du scandale dans les Ehpad Orpea[4], les scandales sanitaires qui trouvent leur épilogue devant le juge pénal se succèdent aujourd'hui à un rythme effréné. Il n'est plus un événement de société qui échappe désormais aux foudres du droit pénal médical, et l'avènement de la Covid en 2020[5] constitue sans doute l'exemple récent le plus marquant de cette sursollicitation du droit pénal médical à des fins cathartiques et pour compenser tous les maux sociaux telles les épidémies.

Mais, au-delà de ces affaires médiatiques qui ne constituent sans doute pas le droit pénal médical quotidien, il convient d'observer non seulement que le droit pénal médical existe déjà en pratique, mais surtout qu'il influence parfois le droit pénal général ou spécial pour en susciter des modifications. Les exemples ne manquent pas, que l'on retrouvera au fil de l'ouvrage, où des solutions jurisprudentielles ont d'abord été adoptées dans des espèces impliquant des médecins avant d'être généralisées au droit pénal spécial. Le droit pénal médical est donc déjà bien vivant et influant. L'on ne doute pas qu'à l'avenir, il occupera encore plus une place centrale au sein de la matière pénale, et c'est pourquoi il appartient à la doctrine d'en rendre compte, si ce n'est d'y contribuer, comme elle l'a toujours fait.

Pour ce faire, il convient tout d'abord d'approcher le droit pénal médical pour mieux en percevoir les caractéristiques et saisir la finalité de l'ouvrage.

§ I - Première approche du droit pénal médical

3 Cerner les contours. – Tout juste naissant et en plein essor, le droit pénal médical est très largement absent des enseignements juridiques et n'a pour l'heure intéressé la doctrine que sur des aspects très précis de ses manifestations[6]. En effet, la majorité des

(2) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, JO 5 mars 2002, p. 4118.

(3) Une quinzaine de femmes porteuses de prothèses ont saisi en févr. 2019 les pôles de santé publique des tribunaux de Paris et de Marseille en déposant plainte pour atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique, tromperie et mise en danger de la vie d'autrui, https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/02/07/protheses-mammaires-des-femmes-porteuses-d-implants-deposent-une-serie-de-plaintes-au-penal_5420267_3224.html

(4) Sur les actions judiciaires relatives à cette affaire, voir notamment : « Scandale dans les Ehpad Orpea : on vous résume les actions en cours contre le groupe », *France Info*, 8 février 2022, https://www.francetvinfo.fr/societe/prise-en-charge-des-personnes-agees/scandale-dans-les-ehpad-orpea-on-vous-resume-les-actions-en-cours-contre-le-groupe_4949292.html

(5) Sur la crise sanitaire liée à la Covid et son impact en droit pénal médical, v. *infra* n° 33 et 199.

(6) L'on recensait jusqu'à récemment peu de thèses soutenues en droit pénal médical. La majorité portait sur des aspects spécifiques de la matière, v. par exemple M. Bouaziz, *Protection de la vie et droit pénal médical*, thèse Nice, 2005 ; A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénales dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ, 1986 ; S. Nespoulous-Boin, *La responsabilité pénale du médecin*, thèse Toulouse 1, 2001 ; B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse Nancy 2, 1993 ; J.-H. Soutoul, *La non-assistance de l'article 63*

réflexions consacrées au droit pénal médical intéresse la question de la responsabilité pénale[7] alors qu'il ne s'agit là que d'un des aspects de ce droit autrement plus large[8]. Il importe donc, après avoir identifié les principaux acteurs du droit pénal médical, d'en cerner les contours tant sur le plan conceptuel que chronologique.

A - Le médecin, le pénaliste et le malade

4 Triumvirat antagoniste. – Le droit pénal médical fait intervenir trois protagonistes qui entretiennent des relations parfois antinomiques. C'est le **corps médical** qui est le pivot central autour duquel s'articule tout le droit pénal médical. Et parce que le médecin est le personnage principal, le droit pénal médical a longtemps porté les stigmates de la condition et de l'aura qui entourent le corps médical. On ne saurait oublier en effet que le médecin est celui qui sait et qui a le pouvoir de guérir, donc d'influer sur la vie ou la mort[9]. Pour tout un chacun, le médecin est Docteur et, en tant que tel, il doit être respecté, voire protégé. Si l'on ajoute à cela le fait que, pendant longtemps, le savoir sur la science médicale était pour le moins limité, on ne pouvait concevoir que le corps médical soit tenu de répondre pénalement de certains faits dont nul ne connaissait véritablement les causes.

De l'autre côté, le droit pénal médical fait intervenir **le pénaliste** qu'il soit universitaire, avocat ou magistrat. Mais c'est le plus souvent ce dernier qui influence le droit pénal médical car, en ce domaine comme ailleurs, la jurisprudence est une source au moins indirecte de droit. Or, jusqu'à peu, le pénaliste a entretenu avec le médecin une relation qui s'est nourrie le plus souvent d'ignorance, si ce n'est de défiance. Et il ne pouvait en être autrement dans la mesure où le droit par essence s'accommode mal avec la médecine car, comme le souligne la doctrine, « le droit commande des comportements tandis que l'intervention médicale agit sur la nature, les organismes vivants, lesquels n'obéissent pas au doigt et à l'œil »[10]. L'on serait tenté de dire que l'un obéit à la loi du corps ou à la loi biologique, alors que l'autre vénère la loi du corps législatif. Dans ces conditions, lorsque les deux disciplines se rencontrent, il n'est pas illogique que les discours restent incompris, le docteur en médecine tentant de faire comprendre au pénaliste[11], n'ayant d'égards qu'à une règle de droit générale et impersonnelle, le fait que la médecine ne comporte pas de certitudes dogmatiques...

Face à cet électrochoc que constitue la rencontre de deux disciplines aux démarches intellectuelles différentes, **le malade** fait figure à la fois d'objet et de sujet. Le malade est assurément l'objet d'investigation central de l'activité médicale et jusqu'à peu le colloque singulier du médecin et du malade était fait de paternalisme ; le praticien décidant seul de ce qu'il convenait de mettre en œuvre pour la santé du patient. En même temps, le malade entretient une relation subjective avec son médecin[12], d'abord parce

alinéa 2 du Code pénal et le corps médical, thèse droit Poitiers, 1990. Certaines thèses ont été soutenues par des médecins : R. Marquis-Piernaz, *La non-assistance du médecin à personne en danger, analyse à travers les décisions de justice*, thèse Paris 5, 2005. Mais on assiste, avec l'essor du droit pénal médical à la fin du XXe siècle, à une recrudescence des thèses soutenues en la matière depuis quelques années, v. par exemple, I. Garcia Ducros, *Responsabilité pénale et faute non intentionnelle du praticien médical*, thèse Montpellier, 2016 ; A. Gascon, *La responsabilité pénale des personnes morales dans le domaine médical*, thèse Poitiers, 2014 ; C. Kurek, *Le corps en droit pénal*, thèse Lyon 3, 2017 ; C. Lievaux, *Réflexions autour de la pénalisation de l'activité médicale,* thèse Lyon 3, 2018 ; M. Majorczyk, *La médicalisation du droit pénal*, thèse Lille, 2022.

(7) Par ex., *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XXVIII, Cujas, 2013.

(8) P. Mistretta (dir.), *Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ?*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2017.

(9) J. Pradel, Rapport introductif aux XIXe journées d'étude de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, *in* M. Danti-Juan (dir.), *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XXVIII, Cujas, 2013, p. 12.

(10) A. Demichel, *Le droit de la santé,* LEH, 1998, p. 15.

(11) Parfois lui-même docteur mais en droit...

(12) En secteur privé, la relation de soins n'est-elle pas fondée sur un contrat médical lui-même très empreint d'*intuitu personae* ? V. à ce sujet Cass. civ., 20 mai 1936, DP 1936, 1, p. 88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ;

que les pathologies n'affectent pas les malades de manière uniforme, de même que les thérapies ont toujours une efficacité propre à chaque individu. Ensuite, parce qu'au paternalisme médical a succédé, comme on le verra, le consensualisme médical qui fait du consentement à l'acte médical la pierre angulaire de toute relation de soins. Objet du droit pénal, le malade l'est également assurément devenu au fur et à mesure de l'émergence du droit médical. Nombreuses sont, par exemple, les incriminations qui intègrent dans leurs données constitutives ou répressives l'état de maladie de la victime[13]. Mais le malade est aussi sujet de droit pénal médical car, devenu titulaire de droits subjectifs qu'il peut opposer au médecin, il joue un rôle décisif en tant que partie au procès pénal notamment en étant à l'origine des poursuites pénales.

5 Triumvirat collaborationniste. – Fondés naturellement sur des relations à la fois antagonistes et ambiguës, les rapports entre le médecin, le pénaliste et le malade ont su évoluer au fil du XX^e^ siècle pour devenir davantage harmonieux et complémentaires. Certes les langages, les cultures et les raisonnements restent différents, mais la différence ne rime plus forcément avec l'hostilité car l'émergence du droit pénal médical a fait comprendre à tous les acteurs que chaque discipline était d'une utilité remarquable à l'autre.

C'est d'abord le juriste qui a très vite compris que seule une utilisation rationnelle et consensuelle de l'art médical lui permettrait de pénétrer et de maîtriser des domaines qui lui sont naturellement hermétiques. On ne saurait oublier, ainsi que le rappelle la doctrine, que « le médecin est un scientifique spécialiste du corps humain, dont le savoir sert la recherche de la vérité, mais il est aussi un professionnel de l'action sur le corps, dont le métier est soumis aux règles du droit »[14]. Comment le pénaliste pourrait-il dès lors se passer du concours de l'homme de l'art pour, par exemple, évaluer une incapacité temporaire totale de travail ou déterminer le seuil de discernement du délinquant ? Le médecin est donc devenu, souvent même avec excès, un auxiliaire de justice indispensable à la justice pénale qu'il remplit en tant qu'expert médical, allant même parfois jusqu'à devoir apprécier l'insondable, notamment la dangerosité[15].

Mais c'est aussi le droit qui est devenu incontournable pour les membres du corps médical car, si le juge pénal sait aujourd'hui utiliser à bon escient le savoir médical, il veille surtout à ce que le médecin reste avant tout un justiciable potentiellement pénalement responsable. C'est d'ailleurs cette qualité de justiciable inhérente à tout être humain, fût-il médecin, qui fonde l'existence même du droit pénal médical. Progressivement poursuivi, déclaré pénalement responsable et sanctionné pour avoir transgressé les valeurs sociales protégées par le Code pénal, le médecin a pris conscience que le droit pénal n'était pas une discipline réservée aux seuls citoyens ordinaires, mais qu'il fallait exercer avec lui et non contre lui. De là est née la volonté du corps médical de mieux comprendre la règle de droit afin d'appréhender véritablement et de limiter le risque pénal médical.

Le malade quant à lui sort épanoui de cette transformation des relations entre médecins et pénalistes. L'arme pénale est devenue une réalité qu'il utilise à sa guise au gré des rapports qu'il entretient avec son praticien et de la gravité des faits commis. Sa relation médicale est devenue plus équilibrée, plus égalitaire et moins autoritaire alors même que

S. 1937, 1, p. 321, note Breton. L'idée du contrat médical semble cependant décliner en doctrine et en jurisprudence pour laisser place à une relation de nature légale, v. notamment M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, thèse Lyon 3, LEH, 2008 ; et en jurisprudence Cass. 1re civ., 3 juin 2010, n° 09-13591, *JCP* G 2010, p. 1453, note S. Porchy-Simon ; Cass. 1re civ., 14 oct. 2010, n° 09-69195, Bull. civ. I, n° 200.

(13) V. *infra* n° 241 et 373.

(14) B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, préc., p. 11.

(15) P. Mistretta et T. Levi-Faict, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.*, 5 févr. 2019, p. 84 et s.