

**STANDARDS, NOTIONS FLOUES ET  
FORCES SOCIALES DANS LE  
DROIT MEDICAL CONTEMPORAIN**

\*\*\*\*

**STANDARDS, FUZZY NOTIONS  
AND SOCIAL FORCES IN THE  
CONTEMPORARY MEDICAL LAW**

Par  
Noël J. MAZEN  
*Secrétaire Général de l'Association Française  
de droit de la santé  
Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne*

Tout système normatif se construit nécessairement en fonction de la pratique conceptuelle, de la réalité sociale et des nécessités économiques et politiques d'une société. Ainsi, selon les époques, le système juridique évolue tantôt vers plus de formalisme, tantôt vers l'utilisation de concepts permettant plus de souplesse.

Il semble que le droit occidental contemporain, après avoir subi pendant de longues années l'influence positiviste et scientiste conduisant à une multiplication et à un pointillisme des règles, ressent actuellement un désir de plus grande flexibilité et la nécessité d'une adaptation plus rapide aux besoins sociaux. C'est cela, semble-t-il, qui le conduit à multiplier les notions floues et les standards.

Cela est inévitable lorsque le droit s'insinue dans les moindres méandres du jeu social et prétend tout régir ; en effet, de nombreux domaines ne peuvent s'accommoder de règles de droit précises et complexes : ils imposent une certaine souplesse difficilement compatible avec les exigences de normes techniques.

Ainsi débouche-t-on inévitablement sur des notions "molles" (1) ouvrant un champ de possibles au juge ou bien le renvoyant, par le biais de standards, à un autre type de normativité.

La notion souple doit en effet, à notre sens, être distinguée du standard : l'une délimite un espace de liberté qui accorde une certaine latitude au juge (2), l'autre lui propose de définir son propre espace de liberté par référence à un autre ordre normatif (3).

On définit souvent le standard comme un comportement moyen, "une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée" (4). Cela ne nous semble pas tout à fait exact en ce que le standard n'a pas vocation à exprimer les frontières du comportement admissible par la loi. Il se borne à indiquer par quels raisonnements ou plutôt par quelles références celui qui

(1) M.A. Hermitte, "Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, l'exemple des droits individuels", *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, tome 30, p. 332.

(2) C. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique", Paris, L.G.D.J., 1984, p. 135 ; dans le même sens : J. Verhaegen, "Notions floues en droit pénal", in "Les standards, notions critiques du droit", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 7-19.

(3) S. Rials, "Le juge administratif et la technique du standard ; essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité". Préface P. Weill, Ed. L.G.D.J., Paris, 1980, n° 51, p. 47 ; en ce sens, C. Atias, "Epistémologie Juridique", Ed. P.U.F., Paris, 1985, pp. 59-60, n° 30.

(4) Al Sanhoury, "Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise", 1925, p. 41 ; voir encore R. Pound, Communication au Congrès de l'American Bar Association, 1919 : "mesure moyenne de conduite sociale correcte".

aura pour mission d'interpréter la loi, pourra déterminer le comportement adéquat.

Ainsi que le souligne Stéphane Rials, le standard est une méthode, une technique de formulation indirecte de la règle de droit (5) ; il se situe aux frontières de l'internormativité puisque, pour établir les limites de la règle de droit, il propose en général une référence extra-juridique. Tandis que les décisions judiciaires prises par la mise en oeuvre d'une notion floue sont l'expression d'un certain pouvoir discrétionnaire du juge, le standard procède d'une démarche normative.

Certains considèrent que les deux notions sont étroitement liées ; le juge, face à une notion à contenu variable, faisant appel "le plus souvent à des standards c'est-à-dire à des critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société au moment où les faits doivent être appréciés" (6). Certes, qu'il s'agisse de standards ou de notions floues, le but est de donner au juge une potentialité d'adaptation de la norme à la réalité de manière à éviter que, confronté à l'injustice ou l'inéquité d'une règle trop stricte et dont il juge les conséquences inacceptables, il s'en libère par le biais de fictions, fausses lacunes ou fausses antinomies. Notions floues et standards sont donc membres d'une même famille.

Toute réflexion sur celle-ci conduit à analyser l'un des aspects du droit les plus difficiles à appréhender puisque élaboré à partir du concept d'abstraction. Il est particulièrement significatif que la notion de standard ait une vie mouvementée tantôt élément essentiel de l'évolution du droit, tantôt élément dont l'existence même apparaît refusée.

L'absence de définition stricte, les contradictions marquées par la doctrine rendent difficile toute approche de théorie juridique des standards et des notions floues. Le danger est double : se borner à une approche psycho-sociologique et magnifier la démarche du juge face aux standards et notions floues, ou à l'inverse vouloir trop abstraire et refuser tout ce qui n'est pas précis en ignorant que notions floues et standards sont parfois nécessaires pour connecter la règle générale sur la réalité sociale.

En toute hypothèse, le regard porté actuellement sur ces notions ne peut être comparé avec celui des théoriciens des années 1930 ; en effet standards et notions floues ont connu à cette époque un développement doctrinal s'inscrivant dans la réaction aux excès de l'exégèse, et dans l'intérêt suscité par l'idée de l'individualisation nécessaire du droit (7). Face à un besoin

(5) S. Rials, précité, pp. 45 et s.

(6) C. Perelman, précité, p. 136.

(7) On peut se demander si les aléas rencontrés en France par la notion de standard

nouveau, les juristes ressentent la nécessité d'un processus exceptionnel (8) ; aussi la doctrine, à la suite de Lambert (9) et de l'École de Lyon en France et à celle du doyen Pound aux États Unis lui fit-elle une place importante (10).

La période actuelle n'est pas marquée par un tel mouvement doctrinal et il semble plutôt que ce soit la pratique mais également le législateur qui ressentent la nécessité de ces notions et, progressivement, en accroissent l'impact.

Cela doit-il nous étonner ? Certes pas : le succès du positivisme et la passion du juriste contemporain pour la technique juridique ne suscitent en effet ni débat ni approfondissement de ces notions ; le renforcement des spécialisations a naturellement conduit la plupart des juristes à s'isoler dans leur technique délaissant bien souvent toute réflexion fondamentale.

Il est cependant difficile de ne pas s'interroger sur les conséquences qu'aura, en matière juridique, la faillite actuelle de la plupart des mouvements intellectuels traditionnels et le bouillonnement qui va leur succéder et dont on ne sait trop quel sera le devenir.

Le standard suscite la méfiance des juristes positivistes attachés à juste titre à la sécurité juridique dans la mesure où il ne répond pas aux impératifs que le droit français s'impose depuis la Révolution : prévisibilité, égalité des justiciables, prohibition de l'arbitraire.

L'évolution du droit depuis près d'un siècle a conduit les juristes à prendre une certaine distance vis-à-vis de la supériorité de la loi ; c'est ainsi que les notions d'équité et d'intérêt général ont pris une certaine importance dans la dialectique des juges tandis que le législateur lui-même multipliait dans les textes les notions à contenu variable, notions confuses, floues, imprécises voir même indéfinissables et donc, par essence, laissées à la libre appréciation du juge.

Le développement de l'utilisation des notions floues et des standards apparaît inévitable pour deux raisons :

- la première est l'intervention du droit dans toutes les directions y compris dans des domaines autrefois concédés aux règles morales, aux usages, à la simple bonne foi,

ne sont pas dus essentiellement à ses origines doctrinales et philosophiques, qui l'on conduit à connaître le même sort que les doctrines qui en avaient fait le succès et donc le déclin. Au contraire, aux États Unis, l'approche beaucoup plus pragmatique du standard fait que la notion est depuis un demi-siècle considérée comme une constante nécessaire du système juridique.

(8) C. Perelman, précité, p. 137.

(9) Lambert, "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis", 1921, p. 51.

(10) R. Pound, "An introduction to the philosophy of Law", 1922 et "Social control through law", 1942.

- la seconde est issue de l'importance de plus en plus grande prise par le droit européen qui, pour arriver à concrétiser un accord entre le législateur des douze pays de la Communauté, est fréquemment contraint de se limiter à des notions vagues ou à contenu indéterminé dont l'interprétation est laissée à la Cour de Justice des Communautés Européennes (11).

Ainsi que le souligne Stéphane Rials, la doctrine actuelle a une conception très extensible du standard ; notions floues et notions vagues, ainsi que notions indéterminées sont baptisées standards. "C'est là une conception particulièrement extensible et peu opératoire de la notion. Cela suffit probablement à expliquer la relative erreur dans laquelle elle est tombée" (12).

La Cour de cassation elle-même ne cautionne-t-elle pas une approche fonctionnelle du standard puisqu'elle considère qu'il ne relève pas de son contrôle, qu'il serait une simple question de fait dépendant de facteurs contingents ?

Quoiqu'il en soit, il nous semble important d'aborder le phénomène des standards et notions floues sans a priori défavorable. "L'imprécision du terme juridique, perçue au premier abord comme un défaut dans une conception positiviste du droit, paraît au contraire, à la réflexion, plutôt comme un aspect essentiel du droit" (13).

Le système legaliste, l'extension actuelle du pouvoir de l'État conduisent inévitablement à des excès dont les limites sont marquées par des épiphénomènes comme l'émergence d'une paranormativité et l'apparition de médiateurs et de conciliateurs dont le rôle est de tenter de trouver la solution du litige au-delà même de la règle de droit. "L'état de droit est dévoré de l'intérieur par des pratiques, des concepts, des modes de raisonnement, des institutions qui lui viennent des nouvelles branches du droit" (14).

Ainsi que l'ont démontré des auteurs comme Pecker ou Mackaay, l'utilisation de notions floues a pour objet de redistribuer quelque peu les rôles entre le législateur et les tribunaux de manière à adapter la règle à la structure judiciaire

(11) Cf. H. Bauer - Bernet, "Notions indéterminées et droit communautaire". Les notions à contenu variable en droit, p. 269 et s. Voir particulièrement le principe selon lequel "aucune dérogation ne peut porter atteinte au droit commun au-delà de la mesure nécessaire". J. Perrin, "Comment le juge suisse détermine-t-il les mesures juridiques à contenu variable ?", in Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1984, p. 223.

(12) S. Rials, précité, p. 35. Voir également : Hauriou. "Police juridique et fond du droit", R.T.D.Civ., 1926, p. 265 s. "Le standard est un élément de méthode..., un procédé de préparation et d'organisation juridique pour mettre sûrement en place toutes les données du problème que l'on a à résoudre...", p. 151.

(13) Y. E. Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", Langages 1979, n° 53, p. 35.

(14) M. A. Hermitte, précité, p. 332.

et sociale, et à permettre une plus saine "gestion" de la norme juridique.

Dans ce cadre, les difficultés que l'incertitude de la règle peu causer, apparaissent en général moins grandes que les difficultés dues à son inadéquation et à son incapacité à évoluer. L'interprétation d'une notion floue, dès l'instant où elle ne conduit pas à violer les conventions linguistiques habituelles et ne met pas en cause la cohérence du système juridique, permet d'intégrer dans la mise en oeuvre de la loi la recherche d'un certain consensus moral, social ou professionnel.

Ainsi, la "fluidité sémantique des termes juridiques apparaît comme un moyen indispensable de maintenir un équilibre entre la nécessaire précision de la règle de droit et l'accélération du mouvement social qui réglera certains domaines, prenant en défaut la règle de droit trop précise".

Cela est particulièrement vrai en droit médical dans la mesure où l'évolution de la réalité sociale et scientifique contemporaine est propice à la multiplication des standards et notions floues, cause ou conséquence d'une réelle insécurité juridique (15). Cette situation suscite un certain malaise tout à la fois dans le monde des praticiens de la santé qui parfois a du mal à percevoir les marges concrètes de la licéité de ses comportements mais aussi chez les patients qui sentent incertaines les barrières posées à un pouvoir médical toujours redouté.

L'objet de notre développement sera de démontrer comment tant les standards que les notions floues peuvent être le lieu privilégié d'affrontement des forces sociales.

L'originalité de la situation en droit médical réside pourtant moins dans la qualité des intervenants ou dans le danger plus perceptible aux libertés individuelles et à la dignité de la personne humaine inhérents à cette évolution que dans la diversité des causes qui y président et la singularité de certains de ses effets. En un domaine où le droit se trouve intimement aux prises avec des valeurs sociales essentielles, elles-mêmes radicalement disputées, et dans lequel le poids des innovations scientifiques pèse de manière décisive sur la révision des jugements moraux et des acquits traditionnels, la chose ne saurait étonner. Le phénomène est particulièrement clair dans deux directions qui impriment au droit médical sinon une évolution déterminante, du moins un dynamisme conflictuel :

- l'accroissement de la liberté de la recherche exigée par la course actuelle à "l'innovation scientifique" qui s'accommode mal des limitations que le droit médical apporte à son exercice,

(15) Sur l'insécurité juridique, voir N.-J. Mazen : "L'insécurité inhérente au système juridique", Thèse dactylo. D'jon, 1979.

- les tentatives de démedicalisation enfin qui visent à libérer l'individu de l'emprise du corps médical et en même temps à tourner une réglementation contraignante d'un point de vue économique ou impliquant une conception de la gestion de la santé que d'aucuns voudraient moins dogmatique.

Sous l'effet de ces aspirations, la lutte s'organise précisément en ces points obligatoires qui constituent les notions à contenus variables et les standards. A ceux que le législateur a lui-même établis ou que la jurisprudence a créés pour peu à peu les circonscrire, s'ajoutent ceux que le milieu médical suscite pour les insérer dans le système juridique, ce qui lui permet d'asseoir son contrôle sur les "concepts durs" qu'il s'efforce de rendre équivoques pour mieux les asservir à ses buts.

## I - LA LIBERTE DE LA RECHERCHE

Les sociétés post industrielles, marquées par le règne de l'information, ont pour moteur essentiel l'innovation, la recherche de nouveaux produits signifiant la conquête de nouveaux marchés. En amont, la concurrence n'est pas moins vive entre scientifiques ; elle se traduit par la course à la publication et conditionne l'octroi de crédits. C'est dans ces conditions que la recherche scientifique est entourée et choyée par les pouvoirs publics qui y aperçoivent l'un des instruments essentiels du développement industriel. Cette primauté rencontre toutefois des limites dans certains de ses objets d'étude : en effet, la défense et la sauvegarde de la personne humaine représentent un idéal plus grand encore auquel le postulat de la liberté de la recherche s'affronte souvent. Pour résoudre les conflits qui pourraient survenir, les milieux scientifiques tentent de jouer sur la compréhension de notion de personne humaine, en lui opposant parfois celui de fins scientifiques.

### A - La notion de personne humaine

Il ne sera pas dans notre propos de retracer les débats qui entourent les tentatives de définition, mais plutôt de souligner le rôle du milieu médical pesant sur l'évolution des notions clés qui en défendent l'accès. Le processus est simple et consiste à circonvenir les problèmes à quelques notions premières dont la définition, détachée en partie du sens commun, reste au seul pouvoir des scientifiques : ainsi en est-il de la mort et de l'enfant à naître.

## 1 - La mort

De phénomène simple, évident et naturel (16), le phénomène de la mort est devenu, depuis une vingtaine d'années, complexe, mystérieux et médiatisé par des techniques et des institutions qui en occultent la perception (17). Si cette évolution rend également compte des paramètres sociologiques fondamentaux, elle manifeste surtout un lieu privilégié de conflit d'un point de vue juridique.

On objectera que la constatation de la mort a, de tout temps, incombé au corps médical (18), qu'elle n'est qu'un fait juridique dont seules les conséquences appartiennent à la sphère du droit. Pourtant, on ne peut qu'être frappé aujourd'hui par le divorce entre le discours scientifique sur la mort et l'attitude du public face à celui-ci (19). La révélation du caractère graduel de l'exitus (20), la nécessité d'un appareillage technique pour en mesurer l'accomplissement lui ôtent son immédiateté en quelque sorte rassurante. Ce n'est pas en raison d'une certaine complexification de la réalité biologique que le phénomène de la mort est revenu au premier plan de l'actualité juridique, mais parce que cette complexification révèle une exigence de la recherche médicale et scientifique. Le corps médical ayant de plus en plus besoin de matériel vivant, tend à avancer les limites de la mort. La pratique des greffes le commande mais aussi celle des expérimentations (21) : un homme en coma dépassé est-il déjà mort ou s'agit-il d'un "état végétatif chronique" (22) ? La mort se perd et éclate en des signes dont aucun ne paraît s'imposer de manière décisive : les proches d'un patient dont deux électro-encéphalogrammes plats ont attesté de la mort cérébrale, mais qui conserve ses

(16) Voir Ph. Aries, "Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen-Age à nos jours", Ed. Seuil, Paris, 1975, p. 218 s. ; I. Illich, "Némésis médicale", Ed. Seuil, Paris, 1975, p. 170 s. ; E. Morin, "L'homme et la mort", Ed. Seuil, Paris, 1976, p. 301.

(17) Sur les méthodes simples de constatation de la mort avant la promulgation de la circulaire du 24 avril 1968, comme l'artériotomie ou la méthode d'Icard mises en vigueur avec la circulaire du 3 novembre 1948 : voir P.-J. Doll, "Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française", J.C.P., 1968, II, 2168, n° 25 et 26.

(18) Si l'on excepte bien sûr la mort civile qui était de nature purement juridique ; voir par exemple, art. 27 du décret du 31 décembre 1941.

(19) Voir en ce sens, R. Dierkens, "Les droits sur les corps et le cadavre de l'homme", Ed. Masson, Paris, 1966 ; J. Py, "A propos des greffes d'organes", G.P., 1968, II, 86.

(20) Sur un très bon exposé de ce processus : voir C. Kaufert, "Le phénomène de la mort au point de vue médical", Concilinus, Vol. 94, avril 1974, pp. 31-34.

(21) Cf. la proposition de loi d'origine sénatoriale votée à l'unanimité le 12 décembre 1988 par l'Assemblée Nationale sur l'expérimentation et la recherche biomédicale. Ce texte admet sous certaines réserves la recherche sans finalité thérapeutique directe ainsi que certaines expériences sur les personnes en état végétatif prolongé (cf. les articles P.R.D. et J.Y. Nau, Le Monde, 14 décembre 1988 ; dépêche A.F.P. du 14 décembre 1988).

(22) Les expériences menées par le Professeur Michaud : V.B. Portnoi, "A propos de la définition légale de la mort", G.P. des 25 et 26 mai 1988, p. 9 s.

fonctions végétatives seront-ils vraiment convaincus de son décès (23) ?

Tout donne l'impression en définitive que ce n'est pas tant une définition de la notion floue que l'on recherche mais plutôt un compromis entre les exigences sociales actuelles et les nécessités de la science ; il s'agit, en effet, de décider à quel stade d'une existence biologique, dont personne ne conteste qu'elle se poursuit au-delà de la définition légale actuelle de la mort (24), un être humain sera ou non considéré comme une personne et donc protégé comme tel. En ce sens, le terme "constatation de la mort" devient impropre, il faudrait parler d'une mort décrétée. La mort n'est plus la perception d'un état naturel mais d'un niveau d'existence biologique qui permet de délaisser le matériel humain utile au corps médical dans la mesure où il ne révèle plus suffisamment aux yeux de la société l'existence réelle d'une personne. C'est à ce point d'équilibre que se situe pour l'heure le moment de la mort en droit ; on ressent parfaitement la fragilité du critère et son contenu conflictuel.

Dans cette première illustration, la résistance sociale se montre, au moins progressivement, la plus forte face aux exigences des scientifiques de sorte que le standard atteint une certaine stabilité. La situation apparaît toute différente pour l'enfant à naître.

## 2 - L'enfant à naître

Le statut juridique de l'enfant à naître, est-il nécessaire de la rappeler, est composite d'un point de vue strictement juridique ; à la lumière des textes positifs, il appartient au monde des choses, aux dires de certains jusqu'à la dixième semaine de grossesse (25), voire jusqu'au septième mois (26) ; en toute hypothèse, sa protection s'accroît graduellement jusqu'au seuil de la viabilité où l'on peut situer sans hésitation l'émergence de la personnalité (27).

(23) Voir J.D. Arnold, "Public attitudes and the diagnostic of death", J.A.M.A., vol. 206, 1968, pp. 1949-1954.

(24) Voir Comité Consultatif National d'Ethique. Avis du 24 février 1986 sur "Les malades en état végétatif chronique". Voir également Affaire Karen Quinlan ; Voir K. Bai, "Implication of the Karen Quinlan Case - Real and imaginary". Actes du 5ème Congrès de Droit Médical, Gent 1979, p. 278.

(25) Voir art. L. 162-1 du Code de la Santé publique ; en ce sens, F. Terré, "L'enfant de l'esclave", Ed. Flammarion, Paris, 1987, p. 143-144 ; R. Thery, "La condition juridique de l'embryon et du fœtus", Dalloz, 1982, chron. p. 231 ; B. Louvel, "Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance", G.P., 1984, I, p. 4 s.

(26) N.-J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", Bioéthique et droit. Etudes rassemblées par R. Draï et M. Harichaux, P.U.F., 1988, p. 194.

(27) Sur la question de la viabilité, voir M. François, "Contribution à l'étude de la personnalité", Revue de droit, de législation et de la jurisprudence, tomes 54-55,

Cette hiérarchie qui suit l'embryogénèse non sans prendre quelques libertés avec la réalité scientifique (28), a été adoptée dans la perspective de ménager au profit de la mère une possibilité d'interrompre une grossesse non désirée. Le débat, qui semblait tranché en fonction des impératifs sociaux, a rebondi assez singulièrement avec l'accroissement considérable de l'intérêt manifesté par le corps médical et les scientifiques pour les tissus foetaux, bref pour le matériel humain anténatal. L'utilisation d'embryons, de foetus ou de tissus d'origine foetale ou embryonnaire à des fins de recherche a soulevé une grande émotion dans tous les milieux (29) : s'agit-il de simples choses ou sont-ce des choses bénéficiant d'une protection particulière ?

La recherche a obtenu d'utiliser sans restrictions spécifiques les tissus et matériels vivants provenant de foetus morts (30) ; en revanche, se pose le problème des embryons vivants, c'est-à-dire des organismes vivants dans les premiers stades de leur développement. C'est à ce point que se noue le débat théorique : la notion d'enfant à naître se perd en de multiples étapes dont aucune ne semble emporter l'adhésion de manière décisive et sur lesquelles s'affrontent scientifiques, juristes et bioéthiciens. Curieusement, les termes embryons et foetus qui désignent les deux stades majeurs de l'ontogénèse, ne se voient conférer aucune signification juridique particulière (31). Deux notions s'affrontent en revanche, auxquelles leurs promoteurs voudraient que soient attribuées une valeur en droit : la "personne potentielle" et le "préembryon".

La "personne potentielle" est un concept éthique, qui ne cache pas cependant ses ambitions juridiques. Il est attaché à l'embryon dès sa fécondation ; le clair dessein des autorités

1930-1931, p. 143 a. ainsi que 286 s.

(28) C'est ce que l'on peut déduire des discussions sans fin entre partisans et adversaires de l'avortement qui tour à tour utilisent des arguments purement biologiques au soutien de leurs affirmations, arguments dont la véracité scientifique n'est pas contestées ; qu'il s'agisse de la continuité du processus de l'embryo-génèse (voir Recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1986 ; C. Jacquinet, "La recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection juridique de l'enfant dès sa conception", G.P. 24-25 juin 1987, pp. 22-23), du positionnement des "sautes qualitatifs" qui consacrent l'apparition de l'humanité (voir par exemple : R.M. Veatch, "Definition of life and death : should there be consistency", in "Defining human life", N.Y. 1983, p. 99 ; C. Grobstein, "A biological perspective in the origin of human life and personhood", in "Defining human life", Shaw and Doudera, Ed., N.Y., 1983, p. 3 ; aucune des parties ne semble se satisfaire du "découpage" actuel...)

(29) Cette émotion s'attache plus semble-t-il aux opérations de recherche et aux opérations onéreuses qu'aux buts thérapeutiques : sans doute le public perçoit-il dans ces derniers un bénéfice immédiat que proposent rarement les visées cognitives.

(30) Voir avis du C.C.N.E., "Sur les prélèvements de tissus, d'embryons ou de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques ou scientifiques", Paris, 22 mai 1984.

(31) Les termes "embryons" et "foetus" visent tous les stades du développement du zygote depuis la fécondation de l'ovule jusqu'au stade de la maturation permettant une vie autonome.

éthiques françaises est d'attribuer au matériel humain vivant un statut protecteur non pas tant de son existence, ce qui remettrait en cause la légalité de l'interruption volontaire de grossesse, mais de sa dignité, en raison de son origine et de sa symbolique (32). Contesté dans son fondement, comme dans son utilité (33), ce concept porte le double vice de son ambiguïté et de ne point satisfaire aux nécessités de la recherche ; de fait, les scientifiques réclament pour les premiers stades de la vie embryonnaire, un statut clair et leur permettant d'effectuer leurs travaux en toute impunité.

Ils proposent de distinguer l'enfant à naître du "pré-embryon" s'appuyant sur le fait que, jusqu'au quatorzième jour, le produit de la fécondation constitue un tout indistinct appelé "complexe foeto placentaire" (34), simple amas cellulaire sur lequel ils revendiquent le droit d'effectuer toute recherche scientifique. Cette position a été adoptée par le droit au Royaume-Uni (35) mais rejetée par le Conseil de l'Europe et le Comité Consultatif national d'éthique en France. Certains scientifiques devant ces réticences ont préféré abandonner leur recherche, d'autres menacent d'aller les poursuivre à l'étranger. On voit, là encore, que le débat ne s'évalue plus en termes de recherche et de dignité de l'homme. Derrière les coups de boutoir que connaît la notion floue d'enfant à naître et les limites que l'on veut lui apporter se profile la lutte omniprésente entre la course à l'innovation et l'acceptabilité sociale. Il en est de même pour un standard dont l'importance devient stratégique en matière médicale, celui des "fins scientifiques".

(32) En ce sens réaffirmé : C.C.N.E. "Recherche biomédicale et respect de la personne humaine", précité.

(33) Voir Noël J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", précité. J.-C. Galloux, "Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique", Thèse Bordeaux, 1988, p. 43-44 ; voir également F. Terré, "L'enfant de l'esclave : génétique et droit", p. 196.

(34) L'"infertility Medical Procedures Act" de 1986, promulgué en Australie, ne propose que le terme "embryon", qu'il ne définit d'ailleurs pas, pour en interdire la destruction : les juges l'interprètent dans le sens d'une entité indépendante dont l'existence commence 20 heures environ après la pénétration du spermatozoïde dans l'ovule, lorsque les éléments génétiques des deux gamètes fusionnent, tandis que les scientifiques distinguent le pré-embryon de 14 jours de l'embryon : Voir C. Morgan, "New Australian Law on embryo still confuses researchers" Nature, vol. 325, 1987, p. 185 ; également : S. Dickman, "Embryo research criminal", Nature, Vol. 323, 1988, p. 555.

(35) Voir "The first Report of the Voluntary licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology", London, 1986, R.I.L.S., vol. 38, n° 2, 1987, p. 433-437 ; T. W. Beardslem, "Ethical guidelines announced", Nature, Vol. 323, 1987, p. 97.



## B - Les fins scientifiques

Ce standard, qui a fait une entrée discrète dans les textes de droit médical, paraît prendre peu à peu une plus grande importance : son rôle est encore de justifier l'appropriation par le corps médical de matériels vivants humains et certaines utilisations de ceux-ci. Il agit comme une limitation importante au droit de regard de la personne sur des éléments corporels ainsi abandonnés à la recherche. Le domaine étroit que le droit positif lui avait alloué, se trouve largement méconnu, comme son contenu des plus flous.

### 1 - Le domaine du standard des fins scientifiques

Trois textes seulement prévoient expressément, en droit français, l'utilisation à des fins scientifiques de matériel vivant humain, voire leur prélèvement à ces fins : l'article 2 de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes sur le cadavre (36), l'article R 363 10 du Code des communes qui prévoit le legs du cadavre à un établissement d'hospitalisation d'enseignement ou de recherche, l'article 16 du décret du 31 mars 1978 concernant les conditions et procédure d'autorisation des établissements en vue d'effectuer des prélèvements après décès (37). Il est curieux de constater qu'aucun des autres textes relatifs à des types de prélèvement différents ne retienne le but scientifique : ainsi le sang humain, son plasma et leurs dérivés "ne peuvent être utilisés qu'à... des fins strictement thérapeutiques, médico-chirurgicales" (38), de même les prélèvements accessibles sans traumatisme, effectués au niveau des téguments, des phanères et des muqueuses sont classifiés actes médicaux et ne sauraient donc concerner, du moins immédiatement, des fins d'ordre scientifique (39).

On peut, à bon droit, s'étonner de ce que le standard des fins scientifiques prenne, depuis peu, une extension nouvelle et cela par des canaux non traditionnels. Ainsi le Comité consultatif national d'éthique, en son avis rendu public le 23 mai 1984, s'est

(36) "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement. Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal".

(37) "Le ministre chargé de la santé notifie sa décision au demandeur. En cas d'autorisation, celle-ci précise la nature des prélèvements autorisés et le but scientifique ou thérapeutique auxquels ils répondent".

(38) Art. 666 du Code de la Santé publique ; l'arrêt du 20 juin 1985 relatif au Centre national de référence pour les groupes sanguins et les produits utilisés en immunohématologie et transfusion sanguine, réfère à des actions de recherche en ces domaines, mais d'une façon ambiguë...

(39) Arrêté du 6 janvier 1962, art. 4 bis modifié par l'arrêté du 21 octobre 1975.

prononcé "sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques ou scientifiques" (40), suivi en cela par le Conseil de l'Europe (41). En son avis du 23 janvier 1987, le même Comité a également évoqué la possibilité "d'une recherche scientifique" sur toutes sortes de prélèvements effectués sur un patient vivant, en recommandant toutefois que les malades en soient informés" (42). Cette extension inattendue du domaine des fins scientifiques s'explique par la nécessité de la recherche en génétique humaine : l'étude des cellules cancéreuses ou foetales permet par exemple de mieux comprendre les mécanismes bio-moléculaires de la différenciation et de la prolifération cellulaires tandis que l'échantillon le plus infime suffit à isoler des séquences génomiques intéressantes (43).

### 2 - Le contenu du standard des fins scientifiques

A l'évidence, la fin scientifique se distingue des fins thérapeutiques ou diagnostiques, comme aussi de l'expérimentation.

En effet, si l'expérimentation médicale humaine doit tendre à la guérison du malade dans des conditions formelles relativement strictes, l'expérimentation purement scientifique ne prétend à aucune utilité pour le malade et se trouve donc en principe illicite (44) ; or, l'expérimentation est absolument nécessaire aux fins scientifiques. C'est pourquoi le législateur se montre très prudent pour autoriser des atteintes portées au corps humain dans le seul but scientifique. En revanche, les fins scientifiques apparaissent dans la réalité comme un motif utile pour s'appropriier le matériel vivant déjà séparé du corps ; le stratagème un peu élémentaire des autorités médicales est de considérer que le patient abandonne implicitement ces parties séparées de son corps - alors qu'il est clair que l'abandon ne peut

(40) Voir G. Memeteau, "Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique, (prélèvements sur embryons et foetus)", J.C.P., 1988, I, n° 3191.

(41) Voir doc. 5479 du 28 septembre 1985 et doc. 5262 du 5 septembre 1984.

(42) Voir Avis du 23 janvier 1987, le Concours Médical, Vol. 109-09, 1987, p. 764.

(43) Voir Art. L. 753 du Code de la Santé publique ; également Décret n° 80-987 du 3 décembre 1980 fixant les catégories de personnes habilitées à effectuer certains actes de prélèvement en vue d'analyses de biologie médicale (J.O. du 9 décembre 1980) ; Sur les nécessités de la technologie génétique, voir W. Graf Vitzthum, "La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche", Droit Prospectif, 1986-1, pp. 70-105 ; sur l'ensemble de la question de l'intérêt porté à l'information génétique : J.C. Galloux, précité, p. 365 s.

(44) Voir par exemple : A. Decocq, "Essai d'une Théorie Générale des Droits sur la personne", Préface G. Levasseur, Ed. L.G.D.J., Paris, 1960, n° 439, p. 304 ; X. Dijon, "Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif", Ed. de l'Univ. de Louvain, 1982, n° 554, pp. 385-386. Voir en sens contraire le texte voté par l'Assemblée Nationale le 12 décembre 1988 et qui a priori ouvre une ère nouvelle dans le domaine de l'expérimentation (cf. ci-dessus, note 21).

résulter que d'un acte de volonté explicite (45)- ou que le patient en faisant un don dans un but thérapeutique ou diagnostic a accepté également l'utilisation à des fins scientifiques.

Cette sorte d'impérialisme du standard des fins scientifiques se trouve conforté par le flou dont son contenu demeure entouré : toute recherche n'est pas nécessairement scientifique et le caractère scientifique dépasse souvent le cadre médical. En réalité, il faut avouer que bien souvent les hommes de science restent les seuls juges de la scientificité des fins poursuivies, si l'on excepte le contrôle parcimonieux exercé par certaines institutions de recherche ou d'éthique sur les projets. Le standard des fins scientifiques ne comporte en lui-même aucune limitation quant aux objets sur lesquels il peut étendre son empire. La preuve en est que les seules restrictions qu'il reçoit demeurent d'ordre moral (condamnation de toute recherche sur des embryons humains de la part des autorités catholiques) ou d'ordre juridique fondées sur des considérations morales (interdiction des fertilisations transespèces (46)).

Le standard des fins scientifiques est donc le dernier avatar en droit de la volonté des chercheurs de libérer leur quête des contraintes morales ou juridiques qui leur semble l'entraver ; il est important que le juriste ne se laisse pas prendre à ce mirage des mots (47).

La liberté est l'une des aspirations fondamentales des dernières décennies ; le patient la réclame également, ne voulant plus être prisonnier d'une confiance aveugle dans le corps médical et refusant qu'au prétexte d'une connaissance académique, celui-ci lui confisque toute liberté ; c'est ainsi que se font jour certaines tentatives de démedicalisation.

(45) En ce sens : Avis du C.C.N.E. du 23 janvier 1987, précité ; la situation est identique pour la placentas : Voir M. L. Rassat, "Le statut juridique du placenta", J.C.P., 1976, II, n° 2777 ; N.-J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", précité, p. 200 ; Voir en ce sens F. Zenati, "La nature juridique de la propriété", n° 461, in "Contribution à la théorie du droit subjectif", Thèse dactylographiée, Lyon, 1981.

(46) C.C.N.E., "Problèmes d'éthique posés par les essais de nouveaux traitements chez l'homme". Réflexions et propositions du groupe de travail, 9 octobre 1984, p. 13 ; C.C.N.E., "Avis relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques", 15 décembre 1986, p. 16 ; C.C.N.E., "Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution", Paris, 23 octobre 1984, p. 5.

(47) N'évoquer que l'état actuel des connaissances permet, certes, de mesurer le caractère scientifique des projets, mais c'est oublier que les grandes découvertes scientifiques ont remis en cause la rationalité scientifique précédente en modifiant parfois radicalement la vision du monde : sur ce thème voir T. Khun, "La structure des révolutions scientifiques", Traduction L. Meyet, Ed. Flammarion, Paris, 1983, notamment le chapitre intitulé : Anomalie et apparition des découvertes scientifiques", p. 82.

## II - LES TENTATIVES DE DEMEDICALISATION

Pendant très longtemps, le médecin a régné sans partage sur ses patients. Il décidait seul de ce qui était bon pour eux et écartait tout ce qui n'était pas l'art traditionnel de la médecine. L'évolution sociale conduit l'individu à rejeter les contraintes et à vouloir assumer lui-même les choix qui se posent à lui. De la même manière, l'évolution économique conduit à une transformation progressive du monde des praticiens de la santé.

### A - La liberté individuelle

Le droit médical français a, en général, résisté à l'ambiance parfois libertaire de la société contemporaine : le concept de "situation de détresse" qui accorde à la femme la liberté d'interrompre une grossesse, constitue certes un bon exemple de concession ; en revanche, le standard de la "particulière gravité" marque le retour à une position de liberté surveillée pour l'individu tandis que la notion de "modification du sexe" exprime tout au contraire la liberté contrariée.

#### 1 - La liberté concédée : la situation de détresse

"La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse" énonce l'article L 162-1 du Code de la Santé publique (48). A la vérité, le standard de la situation de détresse apparaît presque comme un faux standard, destiné à masquer la liberté totale de la femme plutôt qu'à octroyer aux juges une quelconque latitude d'interprétation.

En effet, la seule ambiguïté qui méritait d'être tranchée, l'éventuel rapprochement de la situation de détresse et de l'état de nécessité prévu par l'article 63 du Code pénal, a été rapidement dissipé, les différences, selon la doctrine, "résultant... non seulement de leur nature... mais de leurs manifestations..." (49). L'état de détresse est une situation subjective et incontrôlable laissée à l'entière appréciation de la femme, elle doit tout au plus "s'estimer placée dans la situation visée" (50). Cette solution s'inscrit dans la logique d'un texte de compromis qui n'a pas voulu reconnaître un véritable droit à l'interruption de grossesse au profit de la femme, se bornant à quelques mesures, particulièrement la dépénalisation de l'avortement (51). Mais

(48) Issu de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

(49) En ce sens : A. Decocq, "Chronique législative", R.S.C., 1975, p. 727.

(50) Trib. corr. Rouen, 9 juillet 1976, J.C.P., 1976, II, 18258, note Savatier. D. 1976, 531, note G. Roujou de Boubée, G.P., 1975, 2798 note Magdi Samir Zaki.

(51) Les travaux parlementaires étaient très clairs à cet égard : voir par exemple les



l'esprit demeure de ménager à la femme un espace de liberté au sein duquel elle disposera seule de son corps ; la preuve la plus éclatante en reste l'ignorance par le législateur de la place de l'homme. Le mari, le compagnon et en tous cas le père potentiel ne sont ni requis, ni avisés, ni consultés (52). Ainsi, le standard, abandonné à l'interprétation du justiciable, sert-il à consacrer une liberté que le législateur, "résigné au moindre mal" (53) a hésité à proclamer.

Cet usage insolite du standard se retrouve partiellement dans une situation voisine, celle de l'interruption de grossesse dite "thérapeutique".

## 2 - La liberté surveillée : l'affection d'une particulière gravité

A côté du péril grave qui menace la santé de la femme enceinte, l'article L. 162-12 a prévu une seconde justification à l'interruption de la grossesse pour des motifs dits thérapeutiques : "qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic", attestée par deux médecins.

La généralité des termes de cette disposition plaide en faveur d'une interprétation large de la "particulière gravité" (54). Paraissent se ranger sous ce vocable toutes les malformations ou tares héréditaires, comme aussi les malformations survenues dans le cours de l'embryogénèse. La question se pose cependant de savoir à quel niveau de gravité la sanction eugénique peut être administrée. On remarquera que le texte réfère au terme "affection" qui évoque une conformation pathologique et pas simplement anormale ; pareillement, on ne saurait lui donner comme synonyme le terme handicap : le handicap se révèle lors de la confrontation du milieu avec l'organisme vivant, de sorte que bien souvent des organismes considérés a priori comme normaux ou sains apparaîtront handicapés (55). A l'inverse, il est bien certain que l'affection détermine un handicap en diminuant chez le sujet atteint ses facultés d'adaptation. On remarquera enfin que la particulière gravité n'est pas nécessairement synonyme de léthalité : l'enfant peut être viable quoiqu'il puisse naître infirme ou difforme. En d'autres termes, un enfant apte à recevoir la personnalité juridique et jusqu'au seuil de sa réception

déclarations de M. J. Foyer, J.O. Ass. Nat., 1975, p. 7222.

(52) Voir à titre d'exemple : E. Severin, "La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects juridiques et sociologiques", R.T.D.S.S., 1980, p. 291.

(53) Voir M. Hardoin, "Grossesse et liberté de la femme", Droit Social, 1977, p. 299.

(54) En ce sens, G. Memeteau, "Le refus de soins à enfant conçu", R.T.D.S.S., 1979, p. 821.

(55) Voir G. Canguilhem, "Le normal et le pathologique", Paris, p. 214 s.

parmi les sujets de droit peut se trouver touché par cette mesure eugénique.

Dès lors, la conclusion vient d'elle-même : le critère de la particulière gravité ne peut être exclusivement déduit des seules considérations médicales et scientifiques (56). Il réintroduit dans la décision d'interruption de grossesse des valeurs, une subjectivité dont il nous appartient de déterminer si elle est celle des médecins, de la femme ou du couple procréateur. La naissance d'un enfant est désormais trop associée aux critères de la réussite sociale et de l'accomplissement individuel pour que la venue de la plus légère tare dans la progéniture soit acceptée facilement comme le simple signe d'une épreuve existentielle ; la préoccupation de bien engendrer est trop vive dans notre société, la pression sociale trop forte pour que les médecins eux-mêmes les méconnaissent.

Aussi, les praticiens consultés fonderont-ils en dernière analyse leurs avis sur des considérations de nature sociale ou psychologique, en particulier l'aptitude de la femme et du couple à "assumer" la venue d'un tel enfant.

Cette subjectivité, d'aucuns diraient cette sensibilité individuelle, que le standard de la particulière gravité appelle nécessairement et qui lui attribue cette indéfinition inquiétante, ne doit cependant pas être sans borne. Ainsi l'appartenance du fœtus à l'un ou l'autre sexe ne saurait motiver, en raison des vœux contraires des parents, une telle mesure eugénique (57). N'est-ce pas alors la conscience médicale qui vient imposer certaines limites ?

En conclusion, la liberté des parents est largement sauvegardée sinon entendue dans l'appréciation du standard de la particulière gravité ; certes, le couple ou la femme restent maîtres de la décision finale après avis favorable des médecins, mais celui-ci se trouve largement conditionné par des valeurs et des appréciations subjectives dont les parents détiennent certaines clés.

Dans notre dernier exemple en revanche, la liberté individuelle est contrariée dans ses projets que la médecine avait,

(56) Le C.C.N.E. en son avis du 13 mai 1985 relatif aux problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal, précisait pour la définition de l'affection d'une particulière gravité, qu'elle était à "confronter aux situations de fait dont l'appréciation doit combiner quatre éléments : le degré de certitude du diagnostic, la gravité de l'affection encourue, l'âge de l'apparition des troubles et l'efficacité du traitement" ; mais c'est justement l'appréciation de la gravité qui échappe dans une large mesure à des critères scientifiques.

(57) Dans la mesure, bien entendu, où il ne s'agit que d'une mesure dite de "sexage" et non de l'élimination d'une affection héréditaire autonome, liée au sexe ; sur le sexage des embryons : voir M. Hulten, "Preventing feticide", Nature, Vol. 325, 1986, p. 190 ; Radhakrishna Rao, "None to bansex determination", Nature, Vol. 331, 1988, p. 467.

par ses techniques les plus récentes, puissamment aidé à accomplir : le changement de sexe.

### 3 - La liberté contrariée : le changement de sexe

Les progrès de la médecine permettant le changement de sexe se heurtent à l'une des plus importantes limites posées à la liberté individuelle : l'état des personnes ou plus exactement l'état de nature de la personne, conçue parfois comme une planche de salut face à la dérive de la réalité biologique. Les intéressés arguent d'un droit reconnu à l'individu sur son corps.

L'augmentation du contentieux relatif aux demandes de "changement de sexe" n'est pas simplement dû à un accomplissement de la jurisprudence (58) ou à un singulier accroissement des cas pathologiques qui seraient alors le signe inquiétant d'un environnement mutagène (59) : il s'agit, en réalité, d'un phénomène sociologique dans la genèse duquel les progrès médicaux n'ont joué qu'à titre de forces d'appoint. Certes, la chirurgie plastique permet désormais de modifier profondément les morphologies mais l'essentiel est que la médecine récente a fait éclater la notion de sexe, qui reposait jusqu'alors sur la conformation des organes sexuels externes, en plusieurs réalités : sexe morphologique, sexe endocrinien, sexe psychique et même psycho-social. Le transexualisme est une discordance entre ces divers niveaux de réalité tandis que le sexe devient une sorte d'harmonie dans laquelle le "vécu" personnel occupe une place privilégiée. On comprend dès lors que les individus en quête d'une identité sexuelle nouvelle aient utilisé les progrès médicaux et tenté d'exploiter cette faiblesse conceptuelle pour revendiquer un droit de vivre leur véritable réalité sexuelle (60).

Dans quelle mesure une modification de l'apparence sexuelle doit-elle conduire à une rectification de l'état civil ? En d'autres termes, une personne peut-elle volontairement modifier son état juridique ? A cette dernière question, la réponse négative est constante, en vertu de considérations de sécurité juridique et, plus fondamentalement, en vertu du principe selon lequel une

(58) Voir R. Nerson et J. Rubailin-Devichi, obs. in R.T.D.Civ., 1981, p. 830 ; les mêmes auteurs in R.T.D.Civ. 1982, p. 843, n° 16 ; G. Sutton, note sous Agen, 2 février 1983 et T.G.I., Paris, 7 décembre 1982, G.P. 1983, II, p. 603 ; P. Dubois, "Le physique de la personne", Préf. G. Cornu, Ed. Economica, Paris, 1986, n° 186.

(59) La proportion serait de 1/25000 environ et les hommes y sont 4 fois plus "sensibles" que les femmes : voir E. Groffier, "De certains aspects juridiques du transexualisme dans le droit québécois", Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Vol. 6, 1975, p. 114 à 149.

(60) Certains arrêts donnent les détails ampliatifs de ces prouesses techniques : voir par exemple, Nancy, 22 avril 1982, J.C.P., 1984, II, 20222, note J. Penneau ; Paris, 18 janvier 1974, D. 1974, p. 196, conclusions Avocat Général Granjon.

personne humaine ne peut renoncer à sa nature (61), le sexe étant une composante de celle-ci.

S'en tenir à ce principe revenait à nier la réalité de modifications, pourtant médicalement constatées, dans le sexe de certains individus. Y avait-il d'ailleurs modification ou révélation du véritable sexe de l'intéressé ? Le concept même de modification posait problème à la jurisprudence ; certaines juridictions se réfugièrent dans une définition du sexe purement génétique, donc nécessaire et invariante, hors de tout recours médical pour le patient (62) ; cela revenait à bloquer toute évolution du standard. La Cour Suprême, dans le dernier état de sa jurisprudence, a préféré abandonner le strict terrain médical, se refusant à définir ce que pouvait être la modification du sexe admissible ; elle laisse cela aux juges du fond, se bornant à poser le cadre dans lequel elle considère que le standard peut évoluer. Ainsi, elle exige que la modification en cause soit réelle et naturelle (63) : pour elle, l'évolution de l'état de la personne n'est admise qu'autant qu'elle est le résultat d'une évolution spontanée des forces biologiques et non d'une volonté considérée de l'individu.

Pour le droit positif français, la personne ne saurait renier sa nature qui semble, du moins actuellement, constituer une ultime barrière à sa liberté.

Si le droit médical voit s'opposer liberté de la recherche et liberté de l'individu, il est également le lieu d'affrontement de forces économiques diverses revendiquant le secteur de la santé en essayant pour certains de le démedicaliser.

## B - L'évolution du monde des praticiens de la santé

La gestion de la santé repose toute entière sur deux corps homogènes qui en détiennent le monopole : le corps médical qui soigne et le corps des pharmaciens qui délivre les moyens thérapeutiques. Or, la pression économique et sociale conduit ces services et produits à échapper en partie au monopole pour être banalisés par de "nouveaux agents de la santé", thérapeutes de toutes sortes et spécialistes de la distribution. La lutte entre ces nouveaux agents et les professionnels institutionnels s'est cristallisée sur le plan juridique autour de deux concepts clés qui verrouillent l'accès à ces deux marchés : le médicament et le traitement.

(61) Voir Req. 6 avril 1903, D.P. 1904, I, p. 395. Conclusions Baudoin.

(62) C'est-à-dire le caryotype : la composition féminine est 46 XX et masculine 46 XY ; déterminée dès la fécondation, elle constitue une sorte d'invariant.

(63) Voir notamment Cass. civ. 1ère, 3 mars 1987, G.P. 1er octobre 1987, note E.S. de la Marnière.

### 1 - Le médicament

La notion de médicament est traditionnellement le "sésame" du marché de la santé : aux termes de l'article L 512 du Code de la Santé publique, sa préparation, sa distribution et sa délivrance au public sont réservés aux seuls pharmaciens. En dépit de la technicité de la matière, les spécialistes s'accordaient à affirmer que jusqu'à présent les frontières entre les notions de médicament, d'aliment, de produit diététique et de produit d'hygiène et de beauté ne posaient pas grande difficulté ; en revanche, depuis peu, la situation a évolué au point que l'on peut se demander si le médicament n'est pas devenu une "notion à contenu variable" (64). La grande distribution, et particulièrement les Centres Leclerc dont une grande partie de la publicité s'est investie dans la guerre contre les monopoles, ont suscité une offensive sur les produits dits de "petite pharmacie", vitamines, oligoéléments, huiles essentielles, plantes, compresses, pansements, désinfectants... Le contentieux, abondant ces deux dernières années, finit par ébranler les certitudes juridiques sur la nature et le domaine de la notion ; cette remise en cause est le prix nécessaire de la conquête par la grande distribution d'un marché nouveau. Les hésitations sur la nature véritablement médicamenteuse, ou l'usage thérapeutique de tel produit ont conduit à certaines extensions du domaine de la notion ; ainsi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle fait un large usage de la notion de "médicament par présentation implicite" pour qualifier tels des produits rappelant ou pouvant rappeler au consommateur le médicament (65). Il est clair pour chacun que la lutte qui s'engage autour de la notion de médicament se situe sur un plan essentiellement commercial, au détriment sans doute d'une réflexion sur la santé face à l'évolution des habitudes de consommation contemporaines.

Parmi les indices utilisés par la jurisprudence pour retenir la qualification de médicament par présentation implicite, certains apparaissent en réalité comme des actes de concurrence déloyale : il en est ainsi de la figuration sur les emballages d'un logo

(64) Sur un panorama de ce contentieux : Voir C. Viala et A. Viandier, "La vitamine C, médicament ou aliment ?", G.P. 21-25 août 1987, p. 2 à 6 ; parfaitement illustrées par le volumineux rapport du Professeur Rougereau qui, aux termes de 900 pages, n'a pu déterminer avec précision si la vitamine C pouvait être considérée comme un médicament ou un aliment : voir T.G.I. Angers, 1ère chambre, 6 mai 1986 ; Voir R.T.D.S.S. 1986, p. 418 s. et 597 s. les observations de J.M. Auby.

(65) Inaugurée par le célèbre arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes Van Bennekorn, aff. 227/82, 30 novembre 1983, Rec. 1983-10, p. 3883 ; confirmée encore récemment par la même Cour : Cour de Justice des Communautés Européennes, 2ème chambre, 20 mars 1986, aff. n° 35/85, R.T.D.S.S., 1986, p. 419-420, obs. J.M. Auby.

évoquant la croix verte des pharmaciens (66), de l'indication de la formule en latin (67), ou de libellé d'un produit, baptisé Naturel 400 E (68) : dans tous les cas, il y a volonté d'abuser le consommateur, de parer le produit de vertus médicamenteuses qu'il n'a pas. En revanche, on peut s'interroger sur d'autres formes de présentation jugées également comme pertinentes par les juges : le visa d'un pharmacien, l'indication de la composition, le conditionnement en gélules ou en sachets.

On peut se demander si ce formalisme étroit dans l'interprétation du médicament se justifie réellement au regard des moeurs contemporaines de consommation et de santé. Effectivement, tant l'arrivée en masse de l'alimentation diététique que le développement considérable des médicaments dits de "confort" ont totalement modifié les habitudes. N'est-il d'ailleurs pas contradictoire de prétendre protéger le consommateur contre des produits qui ne sont que des compléments alimentaires alors que les médicaments de confort, même s'ils sont distribués par les pharmaciens, le sont en réalité sans aucun contrôle ?

L'usage extensif fait ici de la notion jusqu'à la rendre floue a, cela est clair, des motivations purement économiques, visant à maintenir la parapharmacie sous le monopole des pharmaciens et refusant autant que faire se peut la démedicalisation. Ce refus du juge de tenir compte de l'évolution de la réalité sociologique a éveillé l'intérêt du législateur français qui se penche sur une situation aussi irrationnelle qu'anti-libérale (69). On retrouve le même refus de toute tentative de démedicalisation dans le domaine des soins qui met aux prises d'autres actes mus par d'autres ressorts.

### 2 - Le traitement

La notion de traitement constitue la pierre d'angle de la pratique médicale : toute personne prenant part à un traitement de manière habituelle et hors les cas prévus par la loi qui les réserve aux seuls spécialistes, peut être condamné pour exercice illégal de la médecine.

L'interprétation particulièrement extensive de la notion de traitement par les juridictions garantit au corps médical un large monopole dont le pendant est le contrôle exercé par les organismes professionnels. Ainsi, le praticien ne doit utiliser que

(66) Trib. Corr. Paris, 5 octobre 1985, R.T.D.S.S., 1987, p. 382.

(67) Trib. Corr. Poitiers, 28 janvier 1987, R.T.D.S.S., 1987, p. 607.

(68) Qui entraîne évidemment la confusion avec la vitamine E : Poitiers, 6 novembre 1986, R.T.D.S.S., 1987, p. 379.

(69) Voir rapports de la Commission Cortesse relative aux problèmes de la parapharmacie ; voir également, G. Viala, "A la limite du monopole : du médicament aux produits bénéfiques pour la santé". Colloque "Les problèmes juridiques de la parapharmacie", 14-15 novembre 1988, R.T.D.S.S. 1986, p. 55-56.

des traitements "suffisamment éprouvés", selon les termes des articles 30 et 31 du Code de déontologie : double standard dont l'interprétation permet au corps médical de défendre son monopole et son image scientifique non sans parfois certaines contradictions.

Traditionnellement, le traitement est défini comme l'ensemble des actes à visée préventive ou curative, distincts des actes diagnostics. Il est donc étonnant de voir la jurisprudence admettre une conception très vague ; selon la Cour de cassation, "le traitement peut revêtir de multiples formes dont aucune n'est exclue de la définition s'il s'agit d'actes habituels" (70) ; cela signifie que les frontières de la notion floue sont modulées non en fonction de l'intérêt, du danger ou de l'efficacité de l'acte mais en fonction de la volonté thérapeutique qui le sous tend.

En d'autres termes, le qualificatif de traitement va être attribué à tout acte émanant d'un individu étranger au corps médical et que l'on veut retenir dans les liens de la prévention d'exercice illégal de la médecine qu'il s'agisse de radiesthésie (71), d'hypnotisme (72) ou même de sorcellerie (73)...

Comment justifier que des activités aussi étranges soient qualifiées de traitement et ainsi comparées à de véritables actes médicaux si ce n'est par la volonté de défendre en même temps la santé des patients mais également le monopole économique du corps médical ? Cette volonté n'a-t-elle pas toujours été à la base de la vieille querelle, déjà stigmatisée par Molière entre le savoir académique et cette connaissance traditionnelle, empirique qui ressurgit en notre époque de doute ? Curieusement d'ailleurs, une partie du corps médical, conscient qu'un marché nouveau s'offre à elle, intègre certaines de ces pratiques sous le qualificatif de "médecines parallèles", "médecines douces" ou autres "médecines naturelles".

Cela n'est pas sans conséquence sur l'autre standard principal de l'activité médicale : le traitement suffisamment éprouvé.

Les médecins se voient interdire par leur Code de déontologie d'utiliser pour autrui un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé de même que toute pratique de charlatanisme. La définition du standard du traitement suffisamment éprouvé est par évidence délicate ; les juridictions disciplinaires ou judiciaires se retranchent parfois derrière des critères formels. Il en est ainsi de l'administration de médicaments

(70) Voir par exemple Cass. crim., 7 mars 1973, Bull. Crim., n° 117, p. 274 ; J.C.P., 1973, II, n° 17495, note P.J. Doll.

(71) Voir par exemple Trib. Corr. Orléans, 29 novembre 1950, D. 1951, p. 246, note A. Tunc ; Cass. crim. 18 décembre 1957, Bull. crim. n° 850, p. 1537.

(72) Voir par exemple, Cass. crim. 9 octobre 1973, G.P. 1974, I, p. 9, note P.J. Doll.

(73) Voir par exemple Trib. corr. Toulouse, 30 juin 1934, D.H. 1934, p. 535.

non autorisés en France (74) : l'idée sous-jacente reste ici le caractère potentiellement dangereux de produits qui n'ont pas reçu l'autorisation (AMM) et dont, par conséquent, l'efficacité comme l'innocuité n'ont fait l'objet d'aucune évaluation.

Pour ce qui concerne le recours à des thérapeutiques en marge du savoir médical officiel, leur sanction se mesure à l'aide d'un autre standard, "les données acquises de la science" (75) : celles-ci visent essentiellement "des travaux scientifiques récents et sérieux" (76), c'est-à-dire faisant l'objet d'une reconnaissance certaine de la communauté scientifique. Ainsi rejoint-on de façon directe la notion de scientificité telle qu'elle a été évoquée à propos des fins scientifiques : de la même manière, l'appréciation du standard échappe au juge, fût-ce en présence de présomptions du caractère sérieux du traitement en cause (77).

Il est cependant significatif de noter qu'une tolérance nouvelle s'instaure à l'égard de traitements précisément non scientifiquement reconnus ou insuffisamment éprouvés. La nécessité économique conduit, on l'a vu, le corps médical à étendre peu à peu son champ d'action ; les patients, ayant épuisé les ressources de la thérapie classique ou à la recherche d'une médecine différente, sont demandeurs et ainsi créent un marché nouveau. La jurisprudence reste prudente ; ainsi, dans plusieurs espèces, il est reproché au praticien non pas d'avoir utilisé des traitements estimés insuffisamment éprouvés mais de les avoir mis en oeuvre seuls sans recours parallèle à une thérapie classique (78) ou par préférence à une thérapeutique qui eût été certainement efficace (79).

Une fois encore la définition du standard évolue en fonction de la pression sociale et des impératifs économiques.

(74) Voir en ce sens : C.E. 11 mai 1987, R.T.D.S.S. 1988, p. 41, obs. J.M. Auby ; C.E. 21 février 1984, Bulletin de l'Ordre des Médecins, 1985, pp. 58-59 ; section disciplinaire de l'Ordre National, 24 mars 1983, B.O.M., 1984, p. 16.

(75) Voir par exemple : section disciplinaire O.M., 27 novembre 1986, B.O.M., juin 1987, p. 19-21 ; id. 5 juin 1986, p. 24-25.

(76) Décision du 5 juin 1986, précitée.

(77) Dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, le 11 mai 1987, la Haute Juridiction indique que les premiers juges n'étaient nullement tenus d'examiner dans les détails des expérimentations rapportées par le médecin, ni d'indiquer quelles autres expérimentations auraient été nécessaires.

(78) Il a été ainsi jugé que "le praticien avait commis une faute sur le fondement de l'article 30 du Code de déontologie médicale, en appliquant son traitement sans recours préalable ou simultané à une thérapeutique classique", C.E., 5 mars 1986, B.O.M., 1987, pp. 77-78 ; que le praticien aurait dû "corroborer"... "un diagnostic dépourvu de valeur scientifique"... "par des examens conformes aux données acquises de la Science", Section disciplinaire, 27 novembre 1986, précitée.

(79) Il en est ainsi d'un traitement à base de "crudités cultivées et récoltées dans la propriété" "pour un cancer du col de l'utérus" qui ne s'opposait pas à une intervention chirurgicale", Section disciplinaire du Conseil de l'Ordre, 21 mars 1984, B.O.M., 1985, p. 26-27.

## CONCLUSION

Les standards et les notions floues occupent donc en droit médical une place particulièrement importante, à l'image d'une discipline soumise sans doute plus que toute autre, depuis une dizaine d'années, à des pressions sociales puissantes et parfois contradictoires.

Ces mouvements conduisent à une utilisation des standards et notions floues qui rejailit sur leur nature.

Certains, tel le médicament, correspondent au phénomène initialement décrit : le juge et partant l'analyse juridique conservent à son égard un rôle décisif : l'arbitrage du droit prend ici sa pleine dimension.

En revanche, se développe parallèlement un nouveau type de standards, qui, du point de vue taxinomique, s'apparenterait à des "faux standards". Leur nature est presque extra-juridique puisque leur imprécision ne détermine aucun conflit et par voie de conséquence ne nécessite aucun arbitrage : ils ne servent qu'à masquer un pouvoir quasi-discrétionnaire d'appréciation. En effet, la femme est seule comptable de la détresse dans laquelle elle se trouve, le corps médical apprécie presque souverainement la notion de traitement tandis que la communauté scientifique est quasiment seule à juger du caractère scientifique de sa recherche. On peut cependant se demander si, dans l'avenir, les choses ne seront pas appelées à évoluer et si, comme cela s'amorce timidement en matière de recherche, des limites ne seront pas imposées. Ne recouvrant aucune réalité pour l'instant, ces standards pourraient prendre vie lorsque, les équilibres sociaux ayant évolué, de nouveaux impératifs se feront jour.

Une dernière catégorie a fait son apparition : les "standards et notions éclatés". Notions autrefois "dures", elles ont perdu leur évidence et leur immédiateté sous les coups tout à la fois de l'approfondissement des connaissances scientifiques et de l'évolution des convictions morales : la mort, le sexe et l'enfant à naître. Elles sont moins la proie d'un conflit que d'un débat dont les termes mêmes ne sont pas toujours fixés tant il est vrai qu'elles ne recouvrent pas des imprécisions juridiques mais des enjeux qui dépassent très largement l'orbite du droit. Or, les standards et notions floues, compris dans le sens classique du terme, trouvent leur ambiguïté dans le seul ordre juridique.