



**ANNALES  
DE  
L'UNIVERSITE  
MARIEN NGOUABI**

---

***Sciences Juridiques et Politiques***

---

**VOL. 19, N° 2 – ANNEE: 2019**

**ISSN : 1815 – 4433 - [www.annaesumng.org](http://www.annaesumng.org)**

**ANNALES  
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI  
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 19, NUMERO 2, ANNEE: 2019

www.annaesumng.org

## SOMMAIRE

**Directeur de publication**  
J-R. IBARA

**Rédacteur en chef**  
J. GOMA-TCHIMBAKALA

**Rédacteur en chef adjoint**  
D. E. EMAANUEL ADOUKI

**Comité de Lecture :**  
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)  
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)  
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)  
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)  
YAO- NDRE (Abidjan)

**Comité de Rédaction :**  
D. E. EMMANUEL ADOUKI  
(Brazzaville)  
G. MOYEN (Brazzaville)

**Webmaster**  
R. D. ANKY

**Administration - Rédaction**  
Université Marien Nguabi  
Direction de la Recherche  
Annales de l'Université Marien  
Nguabi  
B.P. 69, Brazzaville – Congo  
E-mail : annales@umng.cg

ISSN : 1815 - 4433

- 1 La responsabilité de protéger : mythe ou réalité ?**  
EMMANUEL ADOUKI D. E., KHIESSIE BASSONGA Q.
- 33 Les nouvelles figures de la délinquance mal saisies par le droit pénal des mineurs**  
MAKOSSO A. C.
- 60 Les dispositions transitoires dans les constitutions des états d'Afrique noire francophone**  
BININGA A. A. W.
- 89 L'obligation alimentaire : un devoir de solidarité familial**  
LOKO-BALOSSA E. J., NKONO C. J.
- 142 La théorie Kelsenienne de la hiérarchie des normes juridiques à l'épreuve de la doctrine constitutionnaliste**  
HOUNAKE KOSSIVI
- 174 L'intervention sur la vie et le droit pénal Congolais**  
BIMBOU LOUAMBA A. M.
- 208 Réflexion sur la nature juridique des annexes aux constitutions africaines**  
ABIRA GALEBAY



## **L'INTERVENTION SUR LA VIE ET LE DROIT PENAL CONGOLAIS**

*BIMBOU LOUAMBA A. M.*

*Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature*

*Université Marien N'Gouabi*

*Brazzaville – République du Congo*

---

### **RESUME**

*Dans l'exercice de sa profession, le médecin prend des risques qui sont en réalité inhérents à son intervention sur la vie. Un acte médical d'apparence banale peut vite se muer en une agression à connotation pénale. Le droit pénal congolais précise dès lors la limite entre le délictuel et le non délictuel. Ainsi, le geste mal maîtrisé du praticien peut constituer une atteinte à l'intégrité corporelle et tomber sous le coup de la sanction pénale. Mais la vie ne pouvant se limiter au corps, une protection bien particulière est réservée à la dignité humaine en tant que manifestation de ce que l'être humain a de plus essentiel lorsqu'il a tout perdu. La dignité est, en effet, attachée à l'immatériel. Sa valeur ne peut en conséquence être déterminée comme pourrait être évaluée le préjudice résultant d'un dommage corporel. C'est à ce titre que la dignité humaine est garantie et protégée par la répression des actes portant atteinte à la liberté sexuelle. Aussi, les actes de cruauté et discrimination s'inscrivent à point nommé dans cette logique protectrice de la vie en tant que valeur.*

**Mots-clés:** *intervention sur la vie-acte médical-intégrité corporelle-faute médicale-dignité-protection pénale.*

---

### **ABSTRACT**

*In the course of this profession, the physician takes some risks which are in reality related to his act on life. A medical acte apparently trivial which can result in an aggression in a penal sens. The congolese penal law specifies in thie case the limit between a lawful and unlawful act. Thus, a practitioner's unmastered gesture can take the aspects of an attack to a bodily integrity and fall under a penal sanction. But, as life cannot be limited to the body, particular potection is allocated to the humain dignity which seems to be a true manifestation of what a human being has as the most essential when he has lost all. As amatter affact, dignity is linked to the immaterial. Its value cannot be determined as can be assessed the damage causing a bodily injury. It is to this extent that the human dignity is guaranted and protected by the sanction of acts restraining sexual freedom. In this case, acts of cruelly and discrimination inscribe themselves in this option of life protection as a value.*

---

**Keywords :** *act on life-medical act-bodily integrity-medical faults-dignity-personal protection*

---

## INTRODUCTION

De même que la blouse blanche paraît symboliser la pureté et la vie, de même que lorsque la confiance dont elle est le symbole se transforme en agression, le juge trouve la légitimité de porter des objections au « risque légitime [qui] est pris au nom de la nécessité de l'action »<sup>1</sup>. En effet, c'est par l'acte médical que le médecin intervient sur la vie. L'acte médical qui est « l'acte qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui »<sup>2</sup> mérite bien des observations d'autant que l'objet de l'intervention n'est pas anodin. Il s'agit bien du patient sur le corps duquel le médecin devra agir. Mais comme dans toutes les interventions en « terre étrangère », l'action du médecin comporte bien de risques.

Le médecin était autrefois le « thaumaturge » ou le « mage » doté de pouvoir magique<sup>3</sup>. Aussi, la dimension anthropologique des rapports entre le médecin et le malade exige-t-elle de voir la question de l'intervention sur la vie sous un autre paradigme. En terre congolaise, comme dans bien d'autres contrées d'Afrique au sud du Sahara, la maladie n'est pas seulement la manifestation d'une pathologie ou d'un dysfonctionnement organique. Elle est aussi et surtout regardée comme un fait à la fois social et culturel résultant de pulsions maléfiques ou de mauvais sorts projetés par un *ndoki* (sorcier)

sur un sujet sain qui en devient victime (malade). A cet égard, la guérison ne peut être que le fait du *nganga*, du marabout ou du tradi-thérapeute dont la mission serait d'interpréter les symptômes, de protéger le malade du sort et de le combattre<sup>4</sup>. Aussi faut-il observer que cette réalité n'est pas propre à l'Afrique. En effet, le XIX<sup>ème</sup> siècle européen a connu l'équivalent des tradi-thérapeutes appelés rebouteux. Très actifs dans le pays ch'tis français, ces guérisseurs prétendaient soigner les fractures de jambes, conjurer le mauvais sort, barrer le feu et guérir les malades du mauvais œil. Mais ces interventions sur la vie connaissent des dérives qui peuvent être sanctionnées sous le coup du charlatanisme de l'article 264 du Code pénal. On envisagerait bien l'hypothèse d'un tradi-thérapeute qui serait prévenu d'atteintes volontaires intentionnelles ou non intentionnelles, notamment de coups et blessures, de scarifications ou d'administration de substances nuisibles à la santé, telles que les décoctions. De même, en France, la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>5</sup> a condamné en 1984 un rebouteux pour avoir contribué à la formation d'un cal défectueux sur un malade ayant entraîné de sérieuses complications et une opération chirurgicale grave<sup>6</sup>.

Le médecin, qui se distingue du *nganga*, du mage et du rebouteux par « le

<sup>1</sup> B. Grandordy, *Le médecin devant le juge, Fait-il face à une menace aggravée du pénal ?* L'Harmattan, 2016., p. 93.

<sup>2</sup> R. Savatier, J-M. Aubry, J. Savatier et alii, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris 1956, p. 574.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> D. Mavinga Lake, *L'enfant sorcier et la psychanalyse*, éd. Eres, 2019, pp. 57 à 75.

<sup>5</sup> Cass. crim., 27 févr. 1984, *D.* 1985, IR, p. 367, obs. J. Penneau.

<sup>6</sup> P. Mistretta, *Droit pénal médical*, éd. Cujas, Paris, 2013, n° 596.

caractère scientifique de ses interventions » et « l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée »<sup>7</sup>, est appelé au nom de son ministère à intervenir sur la vie dans un but thérapeutique ou dans un but purement scientifique<sup>8</sup>. A cet effet, le médecin se doit de respecter les normes juridiques dans un souci d'efficacité et de protection du patient, car son intervention sur la vie peut comporter des risques qui sont autant d'atteintes à l'intégrité physique et à la dignité. Par-delà leur variété, les atteintes ont en commun d'être réprimées : il s'agit de protéger la vie contre les intrusions même légitimes de la médecine. A partir de là, quel est l'encadrement prévu par la loi aux désagréments provoqués par l'action du médecin qui cause un effet contraire à celui attendu d'un professionnel ? Pour ce faire, l'éthique et la déontologie s'érigent en règle morale<sup>9</sup> contre les dérives scientistes tandis que le droit pénal organise un système de répression pour protéger les atteintes portées à la vie sous toutes ses formes. En effet, la vie en question<sup>10</sup> dont il convient d'assurer la protection ne saurait se limiter

au corps humain même si les termes de notre réflexion mériteraient bien d'être circonscrits au corps physique. Si le respect de l'être humain doit être garanti dès le commencement de la vie, le corps humain doit être protégé afin de garantir l'intégrité du genre humain et de la dignité de la personne. Si le principe d'inviolabilité du corps humain ne connaît d'exceptions que la nécessité thérapeutique et la loi<sup>11</sup>, la notion de dignité est des plus polysémiques, un « ectoplasme »<sup>12</sup> qui fait « effraction dans le droit »<sup>13</sup>. Le droit à la dignité est appréhendé comme un droit opposable à tout individu en l'absence de l'autonomie personnelle. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 octobre 1995<sup>14</sup> fait de la pratique du « lancer de nain » une atteinte à la dignité humaine. Ainsi, même dans la souffrance extrême, la dignité, le bien-être et le consentement du malade doivent être respectés<sup>15</sup>. Seule cette prise en compte de la personne humaine<sup>16</sup> donnerait un sens à l'intervention du médecin<sup>17</sup>. Mais la définition des principes éthiques clairs en matière de protection de la vie en tant que « bien juridique intangible »<sup>18</sup> et « droit fondamental »<sup>19</sup> transposables en droit

7 R. Savatier, J-M. Aubry, J. Savatier et alii, préc. p. 574.

8 R. Savatier, « La responsabilité médicale en France », *RIDC*, 1976, p. 493, spéc. p. 497.

9 A. Prothais, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, I, 129.

10 J-F. Mattei, *La vie en questions*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1994.

11 *Idem*, p. 140.

12 B. Pellegrini, « Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la personne humaine » comme catégorie juridique », Cairn, La revue lacanienne, 2008/1 n° 1, p. 118, p. 123.

13 *Idem*, p. 120.

14 CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, *RFDA* 1995, p. 1204.

15 Chr. Gilioli, *Droits des patients – Comprendre les textes pour les appliquer*, Grand Format.

16 A. Foulla Damna, « Les politiques de la dignité sur le vivant et le mort en Afrique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 47-63.

17 J. R. Binet, *Droit médical*, LMD, Montchrestien, 2010.

18 U. Cassani, « Le droit pénal suisse à l'épreuve de l'assistance au décès : problèmes et perspectives », p. 123, archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 22 janvier 2020, à 03 heures : 33 minutes.

19 *Ibidem*.

pénal n'est pas une sinécure. En la matière, la science et le droit « sont confrontés à des considérables et quotidiens problèmes déontologiques »<sup>20</sup>.

En droit congolais, les textes incriminateurs sont disséminés tant dans le Code pénal que dans le Code déontologique des professionnels de la santé et des affaires sociales. Certaines dispositions des Conventions internationales<sup>21</sup> se présentent également comme source de droit répressif s'appliquant aux personnels de la santé. Aussi, la vie, considérée comme le bien suprême, est protégée par la Constitution congolaise à son article 8 qui prévoit que « *La personne humaine est sacrée et a droit à la vie (alinéa 1). L'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger (alinéa 2)* ». La même protection est consacrée à l'article 1<sup>er</sup> du préambule de la loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille qui pose que « *1° La personne humaine est sacrée, elle est sujet de droit jusqu'à sa mort à partir de sa conception pourvu qu'elle naisse vivante et viable. 2° L'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger* ». Ce corpus légal de portée générale met en relief le problème réel de l'encadrement par le droit pénal congolais de l'intervention sur la vie. L'existence des textes incriminateurs dans le Code pénal et dans le Code de déontologie des professionnels de la santé et des affaires sociales dissipe le doute quant à la remise en cause de cet acquis légal. Mais

des incertitudes subsistent quant à la question de savoir si l'intervention sur la vie est bien encadrée, car la protection de la personne humaine telle que garantie par le législateur congolais fait difficulté à deux égards : autant les textes incriminateurs semblent réserver un encadrement satisfaisant à l'intervention sur la vie, autant l'encadrement des actes médicaux dans le domaine psychiatrique est sujet à caution. En effet, de façon générale, les hypothèses de médecins condamnés pénalement restent rares. Pourtant les cas de négligence fautive ou de violence sont légion. Il ressort du travail de collecte réalisé dans les juridictions que, sur les dix dernières années, le répertoire pénal des trois premières chambres correctionnelles du tribunal de grande instance de Brazzaville ne consigne que de très rares cas de médecins poursuivis. De plus, il s'agit souvent de cas de médecins condamnés pour exercice illégal de médecine (exercice en clinique privée) notamment à la suite de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner. C'est autant dire qu'il n'existerait pas de cas de médecins exerçant légalement la profession coupables de chefs d'accusations constitutives d'atteintes à l'intégrité physique et à la dignité. L'hypothèse paraît saugrenue et invraisemblable sauf à l'interpréter comme symbolique du « chiffre noir » de la criminalité dans une profession où la

20 D. Manai-Wehrli, « Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie », p. 207, archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 19 janvier 2020, à 22 heures : 03 minutes.

21 Article 4 de Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 : « La personne

humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit ».

solidarité nécessaire à la confraternité paraît justifier l'indigence des poursuites. Ce qui met en lumière les insuffisances du dispositif garantissant l'accès au juge<sup>22</sup> des patients victimes d'actes médicaux abusifs. Aussi faudrait-il ne pas perdre de vue que, sociologiquement réfractaires au contentieux et socialement vulnérables, les victimes d'actes médicaux abusifs préfèrent obtenir, autant que faire se peut, réparation au *mbongui*, c'est-à-dire à l'amiable, que d'affronter les prétoires. Cependant, l'écart spectaculaire entre les réalités congolaise et française en la matière justifiera notre propension à nous inspirer de la jurisprudence française qui est loin d'être indigente au regard des décisions rendues. En effet, c'est dès 1830 que les juges français rendent des décisions relatives à la réparation du dommage causé à autrui. Mais la sanction pénale de ces manquements ne s'est amplifiée qu'avec l'avènement d'une responsabilité civile professionnelle obligatoire.

En tant que contrat, l'acte médical participe de la « démocratie sanitaire ». Ce principe « signifie que le patient doit devenir un acteur, totalement impliqué et responsabilisé dans la démarche de soins dont il est le bénéficiaire »<sup>23</sup>. Ce qui

témoigne d'une recherche d'efficacité optimale et participative qui devrait prendre en considération la protection accrue de l'humain dans sa subjectivité<sup>24</sup>. A cet effet, l'intervention du médecin peut être subie ou sollicitée : le médecin sollicité engage sa responsabilité contractuelle en cas de comportement fautif, tandis que lorsque l'intervention est subie le médecin est exonéré de la charge de la preuve<sup>25</sup>. C'est donc le risque, qui s'entend du non-respect du devoir d'assistance et « qui fait craindre de graves conséquences pour la personne »<sup>26</sup>, qu'implique l'intervention qui doit être encadré. Il est à distinguer de la faute qui s'entend d'une imprudence, d'une négligence, d'une maladresse, d'une inattention ou d'un manquement à une obligation de sécurité prévue par la loi ou le règlement. La faute correspond donc à la notion de « diligence normale non accomplie » de l'article 121-3 du Code pénal français.

Du point de vue juridique, la question recouvre un intérêt certain. En effet, le développement des assurances de la responsabilité civile professionnelle a dilué la faute du médecin en considération de l'indemnisation qui en découle. Mais la démarche indemnitaire laisse un goût amer

22 R. Moutéké, I. Locko, « Protection des droits des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue », in *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, sous la direction de D. Maugest et de P.G. Pougoué, Actes de Colloque de Yaoundé du 9-11 nov. 1994, UCAC-Karthala, Yaoundé-Paris, 1995, p. 169 : « [les juges] doivent garantir les droits fondamentaux de la personne et demander des comptes à ceux qui ses sont rendus coupables d'atteintes à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité des personnes ».

23 Comité consultatif national (France) d'éthique (2004). Avis n° 87 « Refus de traitement et autonomie de la personne »

24 Chr. Hennau-Hublet, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPEL-UREF, Colloque international, 29-30 sept., 1<sup>er</sup> oct. 1993, Port-Louis, p. 465.

25 R. Savatier, « La responsabilité médicale en France », *RIDC*, 1976, p. 501.

26 Trib. corr. Rouen, 9 juill. 1975, *JCP* 1976, II, 8258, note R. Savatier.

aux relents d'inachevé aux patients qui voyaient les médecins échapper aussi facilement à la sanction civile ; d'où le développement des poursuites au pénal. Désormais, le ministère du médecin n'est plus sacralisé. Il en résulte que la réparation civile indemnitaire ne protège pas suffisamment le corps du délit. A la rescousse pour une protection des plus accrues, l'action pénale engagée contre le médecin fait désormais de ce dernier un délinquant potentiel qui doit répondre de ses atteintes volontaires, de ses fautes au lien de causalité souvent insaisissables<sup>27</sup> ainsi que des aléas attachés à l'exercice de la profession. Ces actes devant s'analyser comme des délits auxquels le médecin doit répondre devant un magistrat aux pouvoirs par trop marqués pour juger *in abstracto* ce que le praticien a réalisé *in concreto* dans des conditions émotionnelles et matérielles bien souvent difficiles et propices aux accidents et aux abus de tous genres. L'homme de l'art n'est plus regardé comme un humain ordinaire sujet à l'erreur et à l'inattention. Il devient dès lors le bouc émissaire des attentes irréalisées par une activité médicale, consciente de la réalité de l'échec<sup>28</sup>, mais de plus en plus portée par les prouesses d'une science magnifiée capable de repousser à l'extrême les pouvoirs de la mort sur la vie. Du point de vue pratique, l'approche répressive de la question met en avant l'éthique et la déontologie médicales qui se présentent

comme l'âme de la profession médicale. Derrière la sanction pénale se cache souvent une faute professionnelle qui se mue, par la suite, en délit. En réalité, c'est l'imprudence du médecin, son défaut de conscience professionnelle et l'incompétence au regard des avancées de la science, auxquels il convient d'ajouter le non-respect des prescriptions réglementaires, qui sont à l'origine des infractions médicales<sup>29</sup>.

Ces observations conduisent à déterminer le sens de l'action médicale au regard du risque dont elle est porteuse. Pourtant, chaque jour des pathologies sont vaincues grâce aux risques que prennent au quotidien des médecins soucieux de leur sacerdoce. Pourtant, le progrès en matière de la médecine se fait au détriment de la sécurité attendue d'un acte médical, c'est ainsi que les bénéficiaires de soins médicaux ont bien la légitimité de se plaindre en considération du « déperissement »<sup>30</sup> paradoxal que provoque la science. En effet, l'approche contractuelle des rapports entre le médecin et le malade accroît les pouvoirs du médecin qui devient par la même occasion débiteur d'une obligation de résultat en considération de son devoir d'humanité et d'assistance<sup>31</sup>. Or le résultat qui est le gage de l'efficacité d'une intervention médicale ne se conçoit pas sans risque tant il est convenu que l'on combat le mal avec le risque d'en créer un autre<sup>32</sup>. Mais le

27 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP* 2002, I, 149, p. 1289, n° 14.

28 B. Grandordy, *Le médecin devant le juge, Fait-il face à une menace aggravée du pénal ?* L'Harmattan, 2016, p. 48.

29 P. Mistretta, *Droit pénal médical*, éd. Cujas, 2013, Préface de Denis Safran, p. 12.

30 D. Manai-Wehrli, article précité, spéc. p. 208.

31 R. Savatier, « La responsabilité médicale en France », p. 495.

32 *Idem*, p. 496.

médecin ne devrait prendre de risque que s'il est avéré que celui-ci serait bénéfique au malade qui a donné préalablement son consentement à l'acte médical. Dit autrement, l'intervention ne doit pas se faire au détriment du droit à la vie qui est un droit des plus subjectifs<sup>33</sup>. En effet, le pouvoir du médecin au regard du risque est déterminé par un cadre normatif « qui conférerait de la sécurité face au vertige que peut donner l'efficacité exponentielle des sciences médicales et biologiques »<sup>34</sup>. Il est ainsi question de limiter le pouvoir de la science sur l'humain et sa vie.

A cet effet, il est une dimension qui ne devrait échapper à tout observateur coutumier du fait médical. Il s'agit de savoir quelle est la part de la volonté dans l'intervention sur la vie. En effet, la licéité ou l'illicéité de l'acte médical s'appréciera à la lumière de la volonté. Au regard du patient, l'acte médical est conditionné par la liberté de celui-ci de consentir aux soins et d'y adhérer qui implique celle de ne pas disposer de son corps<sup>35</sup>. L'exigence du consentement relève donc des aspects éthiques de l'intervention sur la vie<sup>36</sup>. Aux Etats Unis, la liberté de refuser un traitement médical est protégée et reconnue à tout citoyen<sup>37</sup>. L'intervention suppose donc une décision à laquelle le malade doit

être associé en tant que droit subjectif, autrement l'acte médical ne serait pas moins qu'un abus de droit<sup>38</sup>. Au regard du praticien, la volonté sera examinée sous l'angle de l'intentionnalité<sup>39</sup>. L'intention sera déterminante de la responsabilité pénale de l'homme de l'art. De fait, la rigueur de la répression dépendra du degré d'implication de l'intention qui « se satisfait de la volonté ou exige plus qu'une simple fermeté dans l'action, rejoint plus ou moins le principe de distinction du dol général et du dol spécifique »<sup>40</sup>. A ce titre, pour le médecin, la volonté de commettre le délit suffit pour qu'il y ait infraction. Mais l'infraction commise, sans échapper toutefois à la volonté de l'auteur, peut être orientée pour une finalité bien spécifique. On parle dès lors des atteintes volontaires intentionnelles. Ce qui revient à dire que le prévenu a voulu l'acte et que sa finalité correspond à son dessein, c'est-à-dire au schéma psychologique voulu et pensé par le médecin. Ce sera le cas du praticien qui refuse de prodiguer des soins à une personne vulnérable qu'il sait en danger. Il s'agit dès lors d'une démarche intellectuelle en vue de parvenir à un résultat déterminé et spécifique contraire aux valeurs morales et sociales. Mais l'acte voulu, sans décharger le médecin de sa culpabilité, peut ne pas être

33 B. Mathieu, « La vie en droit constitutionnel comparé. Eléments de réflexion sur un droit incertain », *RIDC*, vol. 50, n° 4, oct.-déc. 1998, p. 1031-153, spéc. p. 1039.

34 D. Manai-Wehrli, « Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie », spéc. p. 207.

35 R. Savatier, « La responsabilité médicale en France », p. 494.

36 J-F. Mattei, *La vie en questions*, p. 121.

37 U. Cassani, « Le droit pénal suisse à l'épreuve de l'assistance au décès : problèmes et

perspectives », p. 126 ; voir aussi M. Rosenfeld, *L'aide au suicide en droit constitutionnel américain*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, La documentation française, Paris, 1998.

38 H. Capitant, « Sur l'abus de droits », *RTDCiv.* 1928, p. 365, spéc. p. 374.

39 Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges Jean Larguier*, PUG 1993, p. 203.

40 *Ibidem*.

intentionnel<sup>41</sup>. Dès lors, la volonté n'est plus suffisante pour caractériser l'infraction qui est dénuée d'assise intellectuelle nécessaire à déterminer la manifestation du résultat en tant que dessein médité et conçu par le médecin. On parle dès lors d'atteintes volontaires non intentionnelles. En tous les cas, la part de la volonté dans le comportement est sanctionnée en considération de l'élan intentionnel attaché à l'infraction. La sanction peut aussi résulter d'un comportement non fautif du médecin simplement imprudent, négligeant ou moins précautionneux. Mais la faute telle qu'envisagée par le législateur n'implique pas de volonté sauf celle de ne pas observer une réglementation ou celle résultant de la connaissance du risque auquel on expose autrui par son comportement passif ou actif. La matière est riche en subtilités d'autant que la notion de faute connaît une gradation qui correspond à l'échelle des sanctions<sup>42</sup>. Mais il n'est pas rare qu'indépendamment d'une faute se glisse ou s'invite furtivement une erreur dans l'acte médical. Le désagrément causé par une telle immixtion ne laisse pas indifférent les observateurs qui refusent d'y voir une faute, mais plutôt un accident inhérent à toute activité humaine.

Par conséquent, la sanction n'en est pas aisée car l'erreur qui est considérée comme une « espèce » dont la faute est le « genre »<sup>43</sup> peut être à l'origine d'une faute répréhensible. Toutes ces atteintes ont la spécificité de concerner l'intégrité physique et corporelle, on en connaît la substance au travers des dispositions spécifiques<sup>44</sup> du Code pénal.

Mais il est des atteintes qui concernent ce que l'être humain a de plus essentiel, c'est-à-dire la dignité, dit autrement la vie<sup>45</sup>. Ainsi, le rapprochement des corps du médecin et du malade au moment de l'acte médical est-il propice à l'acte sexuel non consenti qui constitue avec évidence une atteinte à la liberté de choisir son partenaire sexuel<sup>46</sup>, elle-même expression de la volonté en tant que droit subjectif dont la violation ne serait pas moins que la négation de la personne d'autrui. A ce titre, le droit se doit de protéger la dignité<sup>47</sup> du malade en lui reconnaissant la liberté de choix lorsque l'acte médical devient un prétexte à l'acte sexuel non consenti. A la faveur de ces brèches ouvertes par les agressions sexuelles se glissent en tant qu'atteintes à la dignité les actes de tortures et de

41 Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », p. 603.

42 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP* 2002, I, 149, p. 1285.

43 J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, LGDJ, 1973, p. 82, n° 135.

44 Articles 295, 309, 317, 319 et 320 du Code pénal congolais.

45 Ces atteintes sont sanctionnées aux articles 331 et 332 du Code pénal et dans bien d'autres textes nationaux et internationaux.

46 D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *D.* 2005, p. 1508.

47 Chr. Hennau-Hublet, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPEL-UREF, Colloque international, 29-30 sept., 1er oct. 1993, Port-Louis, p. 465, cité par P. Nono Kamgaing, « La protection des droits de la personnalité par le juge camerounais », UCAC, Mémoire de master en Droits de l'Homme et actions humanitaires, 2009.

barbaries<sup>48</sup> perpétrés par un médecin ainsi que les refus discriminatoires de soins au caractère particulièrement avilissant. Ainsi présentée, l'intervention sur la vie apparaît comme une nécessité qui ne saurait être envisagée que lorsque le législateur prévoit, en guise de réponse pénale à la faute, au risque et à l'erreur qui constituent des infractions, un encadrement. Celui-ci doit être protecteur de l'intégrité corporelle (I) et protecteur de la dignité humaine (II).

### I - Un encadrement protecteur de l'intégrité corporelle

La notion de faute est fondamentale lorsqu'il s'agit de déterminer les atteintes à la vie. En matière de délits commis dans l'exécution d'un acte médical, il faut relever les incriminations intentionnelles d'intervention sur la vie et leurs effets destructeurs (A) et les cas d'incriminations non intentionnelles aux effets dommageables aléatoires sur la vie (B).

#### A) Les incriminations intentionnelles

Ces atteintes intentionnelles ont la particularité d'être intensives et, par conséquent, d'avoir des effets destructeurs sur la vie. Par l'acte médical, le médecin peut être animé d'une intention sans équivoque de détruire volontairement la vie

(1), comme il peut volontairement porter atteinte à la vie du patient sans l'intention de la détruire (2).

#### 1- Les atteintes volontaires avec intention destructrice

L'acte mortifère qui consiste à détruire volontairement la vie peut prendre la forme d'homicide qui est une infraction réprimée à l'article 295 du Code pénal<sup>49</sup>. Il n'est pas tenu compte que la victime soit vivante avant l'acte meurtrier, pourvu que la volonté du médecin ait été de donner la mort<sup>50</sup>. Médicalement, un certain nombre de critères<sup>51</sup> traduisent l'acte d'homicide pratiqué par le médecin<sup>52</sup> qui n'implique pas nécessairement que la mort soit instantanée<sup>53</sup>. Mais il n'est pas exclu que le médecin soit amené à aider au suicide<sup>54</sup> un malade en lui fournissant les substances susceptibles de donner la mort<sup>55</sup>. Ainsi, la fourniture d'un moyen pour se procurer la mort est incriminée au même titre que la provocation au suicide<sup>56</sup> qui consiste en de pressions psychologiques sur la victime. Enfin, l'acte matériel doit être voulu par le médecin, ses effets attendus. Un lien de causalité est donc nécessaire entre l'acte médical et la survenance du décès dont l'intervention du médecin constitue une circonstance aggravante<sup>57</sup>. Il existe donc

48 J-D. Boukongou, « L'interdit universel de la torture : un principe en péril en Afrique », in *Protection des droits de l'Homme en Afrique*, Manuel de formation, PUCAC, 2007, p. 19.

49 Article 221-1 du Code pénal français.

50 Crim., 16 janvier 1986, *D.* 1986.265, note D. Mayer, C. Gazounaud ; *GP*, 1986.377, note J.P. Doucet.

51 P. Mistretta, *Droit pénal médical*, éd. Cujas, 2013, n° 249.

52 Le meurtre n'admet pas l'acte d'omission : affaire dite de la séquestrée de Poitiers

; Poitiers, 20 nov. 1901, *D.* 1902, 2, p. 81, note G. Le Poittevin.

53 Cass. crim., 13 mai 1965, *Bull. crim.* n° 139.

54 Article 221-1 du code pénal français.

55 Crim., 27 avril 1815, *B.C.*, n° 28, S. 1851.I.317 ; Trib. corr. Lisieux, 26 févr. 1937, *D.H.*, 1937. 261. Il s'agirait d'empoisonnement lorsque le moyen utilisé est une substance mortifère.

56 Article 223-13 à 223-15 du Code pénal français.

57 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 3<sup>ème</sup> éd. 2016, n° 108.

dans le meurtre un dol spécial (vouloir donner la mort) consistant en un acte positif (le fait de donner la mort)<sup>58</sup> n'importe le mobile<sup>59</sup>.

Il est tout aussi regrettable que dans la pratique de l'acte médical le médecin porte atteinte à la vie d'un enfant nouveau-né. Prévue à l'article 300 du Code pénal, le terme « infanticide » est difficile à cerner à raison de son caractère exclusif, car le nouveau-né est entendu comme tout enfant de moins de trois mois, ce qui suppose que le meurtre d'un enfant de plus de trois mois ou d'un enfant à naître (embryon, fœtus) ne peut être regardé comme un infanticide selon le droit congolais. Dès lors, se trouve légitimée l'hypothèse selon laquelle le corps de la femme n'est pas distinct de celui de l'enfant qu'il porte. L'auto-avortement pouvant ainsi être considéré comme une simple mutilation de soi et le meurtre d'un enfant de plus de trois mois pourrait donc être qualifié d'homicide. Toutefois, l'article 317, alinéa 4, du Code pénal congolais incrimine tout acte d'avortement pratiqué par un médecin. En effet, le médecin qui intervient à l'avortement porte atteinte à l'intégrité physique de la mère seule ; il ne peut donc y avoir infanticide dans ce cas, l'enfant n'étant pas encore né. Cependant, la frontière entre l'infanticide et l'avortement est des plus ambiguë et la difficulté à réprimer l'infanticide qu'aurait commis le médecin évidente<sup>60</sup>. Par

simplification, en droit français, l'auto-avortement n'existe plus comme délit depuis la loi du 27 janvier 1993 et l'infanticide, en tant que délit autonome depuis 1992, ne concerne plus uniquement le nouveau-né de moins de trois jours. L'incrimination a été élargie aux enfants de quinze ans<sup>61</sup> au jour des faits alors que le législateur congolais ne parle d'infanticide que concernant un « enfant nouveau-né ».

Il est constant de relever que le médecin est souvent confronté à un cas de conscience quant à savoir s'il faut alléger ou abrégé la souffrance du mourant en s'abstenant de tout acharnement thérapeutique au regard de la profondeur du mal qui ne lui laisse aucune chance de survie, intervient alors la question de la valeur juridique du consentement de la victime<sup>62</sup>. Le code pénal congolais ne prévoit pas l'incrimination d'euthanasie, mais le médecin congolais est soumis au *Serment d'Hippocrate* qui lui interdit de distribuer la mort. En effet, le consentement donné au praticien par la personne menacée d'une mort inévitable en vue d'abrégé ses souffrances est au centre de l'incrimination d'euthanasie qui, lorsqu'elle est active, constitue un meurtre<sup>63</sup>. Et le médecin qui donne la mort à un malade dans l'incapacité d'exprimer son consentement s'expose à l'incrimination de meurtre aggravé<sup>64</sup>. Le droit français prévoit que « *Nul ne peut demander à autrui de lui donner la mort à*

58 Y. Mayaud, *Meurtre*, Répertoire pénal spécial, n° 20.

59 E. Dreyer, préc., spéc. n° 58.

60 Crime en 1810, délit en 1943, crime à nouveau en 1954, v. Pradel, *Droit pénal spécial*, n° 24, p. 40.

61 E. Dreyer, préc., n° 66.

62 Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 2002-2003, n° 540 ; F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan 2003.

63 Crim., 2 juillet 1835, D. 1835.I.861.

64 Cass. crim ; 1er juillet 1937, S. 1983, 193.

sa place »<sup>65</sup>, sauf dans le cas très exceptionnel de fin de vie causée par une affection grave incurable<sup>66</sup>. Partout en Afrique, les considérations anthropologiques qui sacralisent la vie humaine ne laissent pas entrevoir, en l'état actuel du droit, une tolérance à l'égard de l'aide au suicide et de l'euthanasie<sup>67</sup>.

Il arrive cependant que l'assistance du médecin soit sollicitée. D'aucuns pensent que l'euthanasie pourrait dans ce cas prendre la forme d'une aide au suicide qui n'est pas punissable<sup>68</sup>. Mais on admet néanmoins que la provocation au suicide<sup>69</sup> est quant à elle punissable. Aussi, lorsque l'arrêt de l'acharnement thérapeutique est fait à la demande du malade qui a donné à l'acte un consentement sans équivoque, l'acte ne saurait être répréhensible<sup>70</sup>. De fait, en France, la loi permet une fin de vie douce<sup>71</sup> en légitimant l'« exception d'euthanasie ». En effet, la permission légale de « laisser mourir » intervient lorsque les soins nécessaires apparaissent « inutiles », « disproportionnés » ou n'ont pour seul effet que le « maintien artificiel de la vie ». Ainsi, le droit à refuser les soins peut être accompagné par leur suspension par le médecin lorsque la personne en fin de

vie, consciente ou inconsciente<sup>72</sup>, le demande. La manifestation de la volonté du malade peut également être anticipée<sup>73</sup>, ce sera le cas d'une personne dans les dispositions d'établir son « testament de vie ». Si elle est hors d'état de manifester sa volonté, le consentement peut être donné par une personne de confiance ou par l'entourage<sup>74</sup>. Dans son arrêt du 20 mai 2019, la Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé toute « obstination déraisonnable » de soins dans l'affaire Vincent Lambert<sup>75</sup>.

Ce tableau de différentes atteintes à la vie resterait prosaïque si l'on n'y ajoute les cas d'actes non mortifères qui consistent à porter volontairement atteinte à la vie sans l'intention de la détruire.

## 2- Les atteintes volontaires sans intention destructrice

Le Code pénal congolais prévoit les incriminations de « coups », « voies de fait » sous le vocable « violences » à l'article 309<sup>76</sup>. Toutefois, pour schématiser, la matérialité des violences ne suffit pas, encore faut-il que le médecin ait agi volontairement pour que l'incrimination soit constituée indépendamment du

65 Circ. du 20 octobre 2011, Loi n°2005-370 du 22 avril 2005.

66 Article 1110-10 Code de la santé publique.

67 R. S. Assoumou, *La responsabilité pénale du médecin traitant dans le système pénal camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2006, p. 39. [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com) Consulté le 22 janvier 2020, à 05 heures : 44 minutes.

68 J. Pradel, préc., n° 540.

69 Article 223-1, du Code pénal français.

70 Article L.1111-4 du Code de santé publique (CSP) ; J. Pradel, « Le refus de soins au risque de la mort », *G.P.*, 19-20 juin 2002, pp. 3 et s.

71 E. Dreyer, n° 92 ; A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP* 2011, étude 536 ; *Crim.* 3 janvier 1973, *B.C.*, n° 2.

72 Articles 1111-4 à 1111-10 CSP.

73 Article L.1111-11 CSP.

74 Article L.1111-4 et 13 CSP.

75 CEDH, 20 mai 2019, Lambert et autres c/ France, n° 21675/19.

76 Articles 222-7 à 222-16 du Code pénal français ; G. Levasseur, « Le nouveau régime répressif des atteintes contre l'intégrité corporelle d'autrui », *JCP* 1959.I.1515).

résultat<sup>77</sup>. Ainsi, le médecin auteur d'actes délictueux volontaires n'échappe à la sanction. Toutefois, il faudrait distinguer entre la violence directe, dans le cas d'un médecin qui aurait asséné une gifle à un patient mineur avant l'intervention pour le calmer<sup>78</sup>, et la violence indirecte exercée au travers d'instruments<sup>79</sup>. De même, lorsque l'atteinte concerne les organes procréateurs, on parle de stérilisation violente<sup>80</sup>. C'est à ce titre que dans l'affaire opposant le ministère public contre O. et K., peu après une interruption volontaire de grossesse pratiquée par le Docteur O., mademoiselle N. sera admise au CHU de Brazzaville pour une ablation utérine. Poursuivi pour coups et blessures involontaires ayant entraîné une infirmité permanente, le Docteur O. sera condamné à cinq ans de prison avec sursis et à 120.000 francs CFA d'amende<sup>81</sup>. En effet, ces mutilations ne peuvent être justifiées que lorsqu'elles sont pratiquées dans un but curatif<sup>82</sup>, à défaut l'acte tombe sous le coup de la violence. Seulement, une fois les conséquences de l'acte prescrites et en l'absence de l'élément moral, le médecin

échappe à la sanction<sup>83</sup> et l'acte de stérilisation peut être considéré comme un acte chirurgical normal<sup>84</sup>. Au final, l'acte de stérilisation à finalité essentiellement scientifique ne saurait être justificatif de la loi et exposerait le médecin aux sanctions prévues à cet effet<sup>85</sup>.

Le domaine psychiatrique n'échappe guère à la violence. En proie au comportement violent, la réponse du médecin peut être coercitive (enfermement, isolement). Mal maîtrisée, cette « violence légitime » expose le praticien en psychiatrie à des sanctions pénales. Mais, en effet, lorsqu'elle prend la forme de pression psychologique, la coercition est plus subtile et plus dangereuse pour le patient. Dépositaire de l'autorité due à son ministère, en l'absence d'un cadre juridique approprié en considération de la particularité de la médecine psychiatrique, le médecin peut être amené à en abuser en portant atteinte à la dignité. En réalité, les traitements psychiatriques portent tous (ou presque) la marque de l'incrimination<sup>86</sup>,

77 Crim., 28 juillet 1969, *B.C.*, n°239 ; 15 mars 1977, *B.C.*, n° 94 ; *JCP.*, 1979.II.19148, note Roujou de Boubée.

78 In *Responsabilité*, éd. du GAMM, n° 27, sept. 2007, p. 43.

79 CA Chambéry, 2 mars 2000, inédit. L'arrêt de condamnation est cassé mais sur le fondement de l'élément moral du délit : Cass. crim., 6 févr. 2001, *Bull. crim.* n° 33.

80 Ablation des testicules, ovariectomie, vasectomie, ligature des trompes.

81 Cour criminelle de Brazzaville, 30 mars 1994, *Répertoire de la Cour criminelle*, n° 004, du 30 mars 1994.

82 Mutilations à but curatif, contraceptives.

83 Cass. crim., 19 janvier 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. n° 55, obs. M. Véron.

84 S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, éd. Heures de France, 2006, n° 214.

85 Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.* n° 232.

86 A la différence d'autres domaines de la médecine, les coups et blessures en psychiatrie ne sont pas incriminés : « Les procédures psychiatriques de contention répondent parfaitement à la définition de mots « agression » et « coups et blessures », sauf sur un point : elles sont légales. La psychiatrie s'est hissée au-dessus de la loi et de là, elle peut asséner coups et blessures à ses malheureuses victimes sans devoir rendre des comptes, sous couvert de « traitement » ». Voir, Rapport de la Commission des citoyens pour les droits de l'Homme : *Contraintes fatales – La violence en guise de « traitement » psychiatrique*. [www.ccdh-france.fr](http://www.ccdh-france.fr) consulté le 22 janvier 2020, 06 heures : 06 minutes.

car la fragilité de la santé morale peut abolir le discernement et par conséquent baisser l'autonomie de la volonté du patient. Cela étant, si l'isolement sans le consentement du patient est attentatoire à la liberté d'aller et venir en tant que droit fondamental, la contention est également susceptible de tomber sous le coup de l'incrimination<sup>87</sup> de coups et blessures volontaires lorsque l'intervention est faite sans le consentement éclairé du patient et en dehors du cadre légal<sup>88</sup>. Aussi, au regard de leur dangerosité, les actes médicaux thérapeutiques psychochirurgicaux (lobotomie) et psychochirurgicaux (électrochocs) ne peuvent être pratiqués qu'à titre exceptionnel<sup>89</sup>.

Bien plus subtil, le délit prévu à l'article 317, alinéa 6, du Code pénal congolais<sup>90</sup>, suppose une simple intention de nuire du médecin qui pourrait produire un effet plus dangereux (la mort) que nuisible<sup>91</sup>. Le délit d'administration de substances nuisibles à la santé<sup>92</sup> est d'interprétation large<sup>93</sup> dans la mesure où

toute substance nuisible pour la santé n'est pas à même de donner la mort<sup>94</sup>. Néanmoins, le médecin qui administre des soins est un « empoisonneur potentiel »<sup>95</sup> à raison des substances de composante chimique<sup>96</sup> familières à l'activité médicale<sup>97</sup>. En tous les cas, l'administration des substances doit être « nuisible » sans être toutefois de nature mortifère. Mais la nocivité se mesure en considération de l'effet de la substance sur l'« individu moyen »<sup>98</sup> qui doit être saisi comme une personne dont la constitution ne prédispose à des risques de dommages pour la santé. Ainsi verrait-on mal qu'un médecin administre des substances nuisibles à un malade sauf pour l'aider à mourir même si, en réalité, c'est l'élément matériel qui est sanctionné sans tenir compte du résultat. Aussi, la question mérite-t-elle d'être soulevée s'agissant de la transmission du virus du sida pour lequel la jurisprudence<sup>99</sup> s'accommode de parler de « nuisibilité » ou d'une maladie « pour le moins

87 Organisation mondiale de la santé, *Ouvrage de référence sur la santé mentale, les droits de l'Homme et la législation*, 2005, p. 4.

88 La contention ne peut être pratiquée qu'en dernier recours, en cas de trouble de comportement entraînant un danger imminent pour le patient ou pour autrui. Sa durée ne peut dépasser 24 heures selon l'article 3222-5-1 du Code de la santé publique.

89 Si « le patient n'a pas été suffisamment soulagé par d'autres traitements appropriés, appliqués de manière satisfaisante » pour la lobotomie ou en tant qu'« ultime remède pour soulager une personne en proie à des dépressions très graves », pour ce qui concerne l'électrochoc.

90 « Celui qui aura occasionné à autrui, même avec son consentement une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant volontairement, de quelque manière que ce soit, des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé, sera puni d'un

emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 4.000 francs à 120.000 francs ».

91 Articles 309 Code pénal congolais, 222-7 code pénal français.

92 Crim., 18 juin 1835, *D.* 1836.I.227.

93 Crim., 2 juillet 1886, *B.C.*, n° 238, *S.* 1887.I.489 ; Crim., 18 juillet 1952, *B.C.*, n° 193, *D.* 1952.667 : administration d'un virus.

94 Article 222-15 code pénal français.

95 P. Mistretta, n° 264.

96 J. Pradel, *Droit pénal spécial*, n° 28.

97 Cass. crim., 18 juill. 1952, *Bull. crim.* n° 193 : il s'agissait du virus du typhus exanthématique.

98 V. Malabat, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2018, n°123.

99 T. corr. Mulhouse, - févr. 1992, p. 301, note D. Mayer ; critique : A. Prothais, « Le SIDA ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? » *D.* 2003, chron. 2.

incurable »<sup>100</sup> concernant une maladie dont la finalité est la mort<sup>101</sup> à moyen ou à long terme de la personne atteinte. La transmission de la maladie par voie sexuelle constitue un des procédés nouveaux d'administration de « substances à risque mortel »<sup>102</sup> et non de « substances forcément mortelles »<sup>103</sup>. Cette tendance à minimiser la dangerosité du sida ne devrait pas occulter la responsabilité de l'agent compte tenu de l'élément psychologique. Le médecin atteint du sida qui transmettrait en toute conscience la maladie au patient qui est en contact direct avec lui par transfusion sanguine, piqure ou par une relation sexuelle non consentie ne commettrait pas moins un délit aggravé par son état de médecin censé connaître le risque mortel auquel il expose le malade.

Aussi, l'obligation du médecin d'assister et de soigner les malades conformément à l'article 5 du Code de déontologie des personnels de la santé et des affaires sociales<sup>104</sup> se heurte au principe de « l'intangibilité et de l'inviolabilité du corps humain »<sup>105</sup> qui consiste pour le patient à refuser l'assistance et les soins qui lui sont prodigués. Toutefois, cette disposition n'est pas assortie de l'obligation d'obtenir le consentement du patient qui, par ailleurs, est sous-entendu d'autant que l'article 6 du

même code<sup>106</sup> donnerait à penser que le consentement requis est un gage de protection du malade. La même exigence de consentement du patient est inscrite à l'article 16-3 du Code civil. A fortiori, il nous semblerait que des soins prodigués sans le consentement du patient constitueraient une violence volontaire sauf dans le cas très particulier de soins urgents prodigués aux mineurs et aux incapables. A cet effet, si le consentement du représentant légal est exigé pour les personnes vulnérables, le consentement libre et éclairé serait donc la norme pour les personnes jouissant de toutes leurs capacités. Le refus du malade en dépit des efforts de persuasion du praticien devrait être mis sur le compte du respect de la volonté et de la dignité humaine en tant que droits fondamentaux. Par conséquent, le médecin qui outrepasserait ses droits en prodiguant des soins malgré le refus du patient d'être assisté et soigné commettrait un acte constitutif de dol justificatif de violence non intentionnelle. Ainsi, pour des motifs religieux, les témoins de Jéhovah refusent toute transfusion sanguine qui, selon leur confession, est une « violation du caractère sacré du sang »<sup>107</sup>. Mais lorsque le pronostic vital est en jeu, en dépit du droit au refus de se soigner que reconnaît la loi n°

100 Cour d'appel de Rouen, 22 sept. 1999, *JCP* 2000, IV, n° 2737.

101 J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2017, n° 28. Les auteurs parlent de substance mortifère.

102 Article 222-15 du Code pénal français ; D. Mayer, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994, chron. 325, p. 325.

103 Article 221-5 du Code pénal français.

104 Article 1111-4, alinéa 1 du *Code de la santé publique*.

105 P. Mistretta, n° 279.

106 Article 6 du Code de déontologie des professions de la santé et des affaires sociales : « Appelés d'urgence près d'un mineur ou autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal, les personnels de la santé et des affaires sociales doivent user immédiatement de leurs connaissances, compétences et des moyens dont ils disposent ».

107 P. Mistretta, n° 279.

2002-303 du 4 mars 2002, le juge administratif français a fini par enjoindre aux médecins de convaincre le patient d'accepter la transfusion sanguine en tant qu'intervention « proportionnée et indispensable à la survie de l'intéressée »<sup>108</sup>.

Mais il ne suffit pas d'incriminer les atteintes intentionnelles pour protéger l'intégrité corporelle, encore faut-il mettre en lumière les atteintes non intentionnelles qui produisent des effets dommageables aléatoires sur la vie.

### **B) Les incriminations non intentionnelles**

Ces incriminations non intentionnelles à finalité répressive se déclinent en autant de fautes dommageables aux effets aléatoires sur la vie qu'il conviendra de distinguer (1). On compte également, parmi les incriminations intentionnelles, les accidents ou erreurs médicales (2) commises par les praticiens.

### **1- La distinction des atteintes non intentionnelles**

Les poursuites pour fautes non intentionnelles sont fondées sur la responsabilité pénale de l'article 319 du Code pénal congolais lorsque le prévenu « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause [...] »<sup>109</sup>. Les termes subtils de cette disposition qui décrit la psychologie du médecin délinquant ne peuvent que difficilement échapper à la sanction<sup>110</sup>. En l'absence de toute conséquence dommageable (lésions dont la conséquence immédiate serait l'homicide involontaire ou l'incapacité totale ou partielle de travail), la faute simple ordinaire est néanmoins retenue contre le médecin agresseur<sup>111</sup> dès lors que le lien de causalité directe de l'article 320 du Code pénal est établi<sup>112</sup>. Contrairement au législateur français qui établit une nette distinction entre les dimensions répressive et indemnitaire de la faute<sup>113</sup>, le législateur congolais ne dissocie pas les deux approches pour sanctionner une faute simple commise préalablement à

<sup>108</sup> CE, 26 août 2002, *JCP G* 2002, II, 10184, note Mistretta. Le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre son patient témoin de Jéhovah, d'accepter les soins indispensables et s'assurer que le recours à la transfusion sanguine est proportionné et indispensable à la survie de l'intéressé, sans porter atteinte aux articles 16-3 du Code civil, 1111-4 CSP et à l'article 9 de la CEDH : « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! ».

<sup>109</sup> Voir les articles 221-6, 222-19, 222-29 du code pénal français.

<sup>110</sup> J. Pradel, *Droit pénal général*, préc. n° 516, 517 ; Crim., 18 janv. 1966, *J.C.P.*, 1966, II, 14663, 3ème espèce, note Vivez ; Paris, 13 juill. 1993, affaire dite « du sang contaminé », *Dr. pénal*, 1994, comm. 12.

<sup>111</sup> P. Mistretta, n° 310.

<sup>112</sup> Article 320 du Code pénal : « S'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution, des blessures, coups ou maladies, entraînant une incapacité de travail personnel pendant plus de six jours [...] ».

<sup>113</sup> La loi française « ne soumet pas à un régime uniforme ce qui participe de différences sensibles ». Voir Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », *D.* 2002, Doctr. p. 603. Pour renforcer cette autonomie, on retiendrait avec l'auteur que « la faute pénale est l'expression d'une culpabilité, et non point l'instrument d'une indemnisation ». *Idem.*, spéc. p. 606.

la faute pénale. C'est dans ce sens que la chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Brazzaville a sanctionné Madame T., technicienne de laboratoire, pour avoir administré des injections de Quinimax à la jeune N. ayant provoqué une infirmité de la jambe gauche du patient<sup>114</sup>. A priori sous-entendue<sup>115</sup>, la faute simple du médecin admet une causalité directe énoncée à l'article 320 du Code pénal, en d'autres termes le dommage causé sur l'intégrité corporelle de la victime doit être en rapport direct avec l'acte médical<sup>116</sup>. Dans la même veine, la Cour d'appel de Brazzaville a retenu dans un arrêt du 29 février 1996 que le dommage causé par Madame B.P. sur l'intégrité physique de l'enfant B.A. était bien en lien direct avec l'acte médical car l'infirmière « était au service de l'Etat et a agi dans l'exercice de ses fonctions »<sup>117</sup>. Ainsi, pour retenir la faute simple, le médecin doit n'avoir pas observé des obligations réglementaires professionnelles ou effectuer des diligences normales inhérentes à sa mission

d'assistance et de soins<sup>118</sup>. C'est le cas « lorsque l'acte médical ne participe pas de la normalité »<sup>119</sup> ou lorsque le médecin a mis en danger le malade en s'abstenant d'observer l'obligation qui lui incombait d'arrêter toute alimentation du patient et de poser une sonde gastrique postérieurement à son intervention<sup>120</sup>. Il s'agit en tous les cas de toute hypothèse de « défaillance ordinaire »<sup>121</sup>. A l'inverse, l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal français permet de sanctionner tout comportement de médecins « qui n'ont pas causé directement le dommage », ou « qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter » indépendamment du dommage. Sauf que la « théorie de l'équivalence des conditions »<sup>122</sup> qui sous-tend l'approche extensive de la faute dans l'arrêt Perruche<sup>123</sup> est difficile à mettre en œuvre en droit pénal<sup>124</sup> : tantôt c'est l'auteur médiateur qui est sanctionné, celui qui n'a pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage ; tantôt c'est l'auteur indirect qui est frappé pénalement. Au reste, cette théorie expose à

114 Chambre correctionnelle du TGI de Brazzaville, mars 1992, Rôle correctionnel n° 98, Répertoire n° 98, Répertoire n° 417 bis, 1992.

115 E. Dreyer, « La causalité directe de l'infraction », *Droit pénal*, 2007, chron. n° 9.

116 M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, PUF, 2010, n° 371.

117 Tribunal populaire d'arrondissement 3, Poto-Poto, Brazzaville, 7 juillet 1990, Rôle civil n° 009, 1988, répertoire n° 392.

118 Les articles 5, 6 et 25 du Code de déontologie des professionnelles de la santé et des affaires sociales du Congo.

119 P. Mistretta, n° 329 : Cass. crim., 18 sept. 2007, n° 06-87438 : cas d'un chirurgien qui avait ainsi de façon imprudente et fautive pris un risque vital en prolongeant l'intervention de près de deux heures, ce qui rendait irréversible l'évolution de l'état de choc hémorragique et le décès de la patiente.

120 Cass. crim., 29 mai 2001, n° 00-85497, inédit. Cité par P. Mistretta, « La

responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, spéc. p. 1290, n° 16.

121 P. Mistretta, n° 330 ; A. Ponceille, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* janvier/mars 2003, p. 79, spéc. p. 87.

122 Cass. crim., 18 nov. 1927, S. 1928, I, p. 192 ; cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, p. 1287, n° 6 ; P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mélanges Pradel*, p. 443, spéc. 447.

123 Cass., Ass. plén., 17 nov. 2000, *JCP G* 2000, II, 10438, rapport Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas.

124 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1290, n° 7.

la répression tous les médecins pris dans leur globalité à raison de la pluralité des fautes<sup>125</sup>, bien même que certains praticiens soient plus exposés que les autres<sup>126</sup>.

Mais, en droit français, la faute simple peut vite muer en faute caractérisée de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal lorsque le médecin ne pouvait « ignorer »<sup>127</sup> le danger ou le risque « d'une particulière gravité » auquel il expose autrui par sa désinvolture. Il s'agit en réalité de la faute que le praticien ne pouvait commettre sans engager sa responsabilité<sup>128</sup> au regard du risque pris qui relève du dol éventuel<sup>129</sup> caractérisé par une abstention<sup>130</sup> ou une commission. Ainsi, le médecin expérimenté qui omettrait d'interroger un malade sur ses antécédents médicaux commettrait une faute caractérisée<sup>131</sup>. La conscience du risque suffit, il n'est pas nécessaire que la faute se matérialise dans l'«inobservation des règlements » comme l'indique l'article

319 du Code pénal. Dès lors, la faute est caractérisée lorsque le lien de causalité est aisément établi entre le comportement du médecin qui n'a pas respecté le règlement et le fait dommageable<sup>132</sup>. En schématisant, il est question de savoir si l'acte du médecin qui est intervenu a bel et bien causé un dommage sur le patient. Dans l'affirmative il y a culpabilité, c'est le cas « lorsqu'il existe un lien de causalité entre la négligence et le décès survenu »<sup>133</sup>. Tandis qu'en droit français, le seul fait d'exposer le malade à un risque d'une particulière gravité suffit pour établir la culpabilité du médecin en considérant qu'il ne pouvait ignorer la faute au regard de son intensité<sup>134</sup>.

Du point de vue de l'échelle de gravité, la faute caractérisée est à mi-chemin entre la faute simple et la faute délibérée<sup>135</sup>. La faute caractérisée est donc une faute plus grave que la faute simple, mais moindre en gravité que la faute

125 Cass. crim., 26 mars 1997, *JCP G*, IV, 1778 ; CA Nancy, 16 mars 1999, *Juris-Data* n° 045080. Dans la première comme dans la deuxième décision, la responsabilité du chef de service hospitalier a été retenue en tant que coupable médiateur du dommage.

126 Chirurgiens : Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-82213 ; anesthésistes : Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-87448, *Revue pénitentiaire*, 2011, p. 217, obs. P. Mistretta ; Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-82202, *JCP G* 2007, II, 10 107, note P. Mistretta ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003, p. 79 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet, Evolution ou révolution ? » *JCP G* 2002, I, 149.

127 A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *R.S.C.* 2003, p. 79, p. 89.

128 J. Pradel, *Droit pénal général*, n° 518 ; Soc., 28 février 2002, *D.* 2002, I.R., 1009.

129 P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mélanges Pradel*, p. 445.

130 Crim. 12 déc. 2011, n° 11-82.313 : abstention de pratiquer une césarienne et recours et

recours à la ventouse obstétricale ; Cass. crim., 16 nov. 2010, n° 09-87.296 : négligence dans le suivi d'une patiente par un chirurgien, retard dans le transfert vers un centre de prise en charge plus adapté : lien de causalité direct avec le décès.

131 Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80.635 : négligences graves et fautives. Encore faut-il prouver l'intention fautive du médecin.

132 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1290, n° 7.

133 TGI de Brazzaville, 9 août 2006, Répertoire n° 305, inédit.

134 Article 221-3, alinéa 4, du Code pénal ; Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-82202, *JCP G* 2007, II, 10 107, note Mistretta. Pour évaluer l'intensité du risque, les juges considèrent les données professionnelles personnelles du praticien ainsi que son expérience dans l'art médicale.

135 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, spéc. p. 1290, n° 18 ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », p. 88.

délibérée. En réalité, il n'est pas rare qu'une faute légère engendre de sanctions plus lourdes qu'une faute caractérisée<sup>136</sup>. En règle générale, le critère de la sanction demeure le défaut de « diligences normales ». Mais en la matière, le médecin libéral ne peut engager sa responsabilité civile personnelle qu'en cas de « faute détachable de service »<sup>137</sup>, tandis que le praticien du secteur public engage sa responsabilité lorsque sa faute est « en relation directe » avec le dommage<sup>138</sup> sans jamais l'engager en cas de faute de service. C'est ainsi que par la faute du personnel médical de l'Hôpital général de Brazzaville ayant refusé de tenir compte de l'avis du Docteur V.J., praticien à l'Hôpital Blanche Gomez, quant aux « graves dégâts intra-oculaires » observés sur la personne du jeune M.K. qui devait subir dans l'urgence une intervention chirurgicale, l'hôpital engagea sa responsabilité pour « faute de service » car l'enfant n'avait finalement subi d'intervention chirurgicale que onze jours après son hospitalisation, ce qui lui valut de perdre son œil<sup>139</sup>. Dans l'espèce en cause, il nous semble que si la faute était le fait d'un médecin, les juges auraient retenu « la faute de service » contre ce dernier. Or il s'agit dans ce contexte d'une négligence causée par un dysfonctionnement

systemique (causalité indirecte), d'où la responsabilité de l'Hôpital général de Brazzaville. De toute évidence, lorsque le comportement fautif du médecin n'engendre pas un homicide involontaire<sup>140</sup>, le simple « défaut d'adresse ou de précaution » du praticien génère les risques prévus à l'article 320 du Code pénal<sup>141</sup> consacrant ainsi en droit congolais la conception unitaire des fautes civile et pénale. Ainsi, pour caractériser la faute générée par son « impéritie », le comportement fautif du médecin doit exister et avoir fait courir au patient un danger<sup>142</sup>. Mais l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français ne se limite pas comme l'article 319 du code pénal congolais à établir la faute du médecin, encore faut-il que le « risque » ait été d'une « particulière gravité » que le médecin fautif ne « pouvait ignorer ». Le danger auquel est exposé le patient est ici prévisible, mais la certitude quant à savoir si le risque était voulu laisse à désirer<sup>143</sup>. Ainsi, à défaut de la conscience du risque, la faute caractérisée ne peut être retenue contre le médecin fautif<sup>144</sup>. Aussi, la faute caractérisée peut-elle s'entendre de l'insuffisance de précaution du médecin<sup>145</sup>, de la négligence du médecin qui a fait courir

136 Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 », p. 606.

137 Cass. crim., 2 déc. 2003, *JCP G* 2004, II, 10 044, note P. Mistretta.

138 Cass. crim., 23 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 217 et 218.

139 T.G.I. de Brazzaville, 21 mai 1983, cité par M. Miambi, *La mise en jeu de la responsabilité administrative par le juge congolais*, Mémoire pour l'obtention du diplôme de l'ENAM, filière Magistrature, 1988, p. 36.

140 Article 319 du Code pénal congolais.

141 Les coupables d'atteintes à l'intégrité corporelle sont punis de peine de prison et d'amende.

142 Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-81089, *JCP G* 2007, II, 10 107, note Mistretta.

143 P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mélanges Pradel*, p. 443, spéc. p. 46.

144 Crim., 10 janvier 2001, *D.* 2001, IR, p. 983.

145 Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

« un risque mortel essentiel »<sup>146</sup> pour le patient ou du « mépris pour autrui »<sup>147</sup>. La faute caractérisée doit être évidente<sup>148</sup>, elle est la sanction de la défaillance du médecin qui a manqué à ses obligations de prudence et de sécurité. De surcroît, en premier lieu, plus l'homme de l'art a de l'expérience<sup>149</sup> et la connaissance du risque<sup>150</sup> lié au métier<sup>151</sup> plus ses défaillances sont constitutives de faute caractérisée<sup>152</sup>. Ainsi c'est à bon droit que le Tribunal de grande instance de Brazzaville avait relevé, en ce qui concerne le décès d'une patiente, suite à un accouchement, que le Docteur X « a manqué d'adresse en ce qu'il a semblé sous-estimé la gravité du cas notamment en administrant à la patiente un seul sachet [poche] de sang alors qu'après interrogatoire aussi bien du médecin ayant pratiqué l'autopsie du corps que du médecin « neutre » invité par le tribunal pour l'éclairer, [ces derniers] ont soutenu que dans de tels cas deux sachets [poches] de sang étaient exigés »<sup>153</sup>.

La question du risque est envisagée en termes de mise en danger de la vie d'autrui, celle-ci peut être délibérée lorsque

le médecin qui ne satisfait pas à une obligation de prudence et de sécurité est conscient des conséquences de son comportement. L'article 5 du Code de déontologie des professionnels de la santé et des affaires sociales<sup>154</sup> vise en premier lieu le risque ou la faute délibérée du médecin qui viole l'obligation de porter secours aux personnes en état de vulnérabilité, notamment les « accidentés » et les « enfants », en les privant d'une sécurité sanitaire minimale. En deuxième lieu, l'article 8 du même code interdit aux personnels de santé « toute négligence professionnelle ». Ainsi, les règles de source déontologique s'érigent-elles en incrimination et acquièrent dès lors un caractère obligatoire, alors qu'une telle interprétation extensive n'est que d'admission récente<sup>155</sup> en droit français. Ainsi faudrait-il voir dans l'obligation déontologique une règle générale de sécurité « immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation individuelle »<sup>156</sup>. Sans être explicitement volontaire, la faute délibérée constitue selon le mot d'un auteur « l'antichambre »<sup>157</sup> de l'intention étant

146 P. Mistretta, n° 332 ; Cass. crim., 23 févr. 2010, n° 09-85791, *Droit pénal*, 2010, comm. n° 58, obs. M. Véron.

147 TGI de Brazzaville, 9 août 2006, Répertoire n° 305, inédit.

148 CA Agen, 27 nov. 2000, n° 00-753, *BICC* 31 mai 2001, n° 606. Cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, spéc. p. 1290, n° 18 : Selon les magistrats, il n'était pas établi que les médecins « savaient que leur comportement créait à l'encontre de leur patiente un danger d'une particulière importance ».

149 Cass. com., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

150 Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80653, *JCP G* 2012, chron. 341, obs. Véron.

151 Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-81089, *JCP G* 2007, II, 10 107, note P. Mistretta.

152 Cass. crim., 12 sept. 2006, n° 05-86700 ; Cass. crim., 8 févr. 2011, n° 10-84161.

153 TGI de Brazzaville, 9 août 2006, Répertoire n° 305, inédit.

154 Article 121-3 du Code pénal français.

155 Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83067, *JCP G* 2008, II, 10 027, note P. Mistretta.

156 Y. Mayaud, « Risques causés à autrui », article préc., n° 31.

157 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, spéc. p. 1290, n° 17.

donné que le risque pris par le médecin en mettant en danger la vie d'autrui est d'une extrême gravité<sup>158</sup> que le prévenu ne pouvait ne pas en ignorer les conséquences sans les vouloir. C'est le cas du médecin qui applique un traitement aventureux<sup>159</sup> ou qui accomplit un acte chirurgical maladroit<sup>160</sup>. L'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français parle de la transgression « manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Le médecin doit donc avoir agi en toute conscience de mettre en danger la vie du patient<sup>161</sup>. L'acte médical anesthésique semble être le terreau favorable<sup>162</sup> à la faute délibérée au regard de nombreuses prescriptions légales et réglementaires en matière de sécurité. En effet, en France, depuis le décret du 5 décembre 1994, les médecins qui violent l'obligation de doter les hôpitaux de salles de réveil et d'équipements de réanimation sont coupables de faute délibérée<sup>163</sup>. Aussi convient-il de noter que la faute délibérée à l'instar de la faute caractérisée est une

« faute qualifiée »<sup>164</sup>, dénommée encore « faute grave »<sup>165</sup>, « faute lourde »<sup>166</sup>, « faute aggravée »<sup>167</sup> ou « faute indirecte »<sup>168</sup> selon les auteurs. Dans cette catégorie de faute, le médecin qui méconnaît une prescription légale ou réglementaire encourt la sanction à raison de la « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » que génère son comportement<sup>169</sup>. On pourrait voir dans l'article 319 du Code pénal congolais les germes d'une interprétation doctrinale de la faute délibérée du médecin qui s'entend de la violation d'un devoir de sécurité ou de prudence en cas « d'inobservation des règlements ». C'est le cas, nous semble-t-il, du médecin expérimenté qui « n'a pas pu se faire assister d'une sage-femme et d'un anesthésiste pour ses opérations d'accouchement »<sup>170</sup>, indique la décision du Tribunal de grande instance de Brazzaville. De telles prescriptions réglementaires ne doivent guère relever de la généralité mais d'obligations particulières dont la violation enfonce les règles de sécurité exposant ainsi au danger

158 P. Mistretta, n° 347.

159 Crim., 5 avril, *DP* 2005, n° 103, obs. Véron.

160 Crim. 30 oct. 2007, *DP* 2008, n° 18, obs. Veron.

161 Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », *Mélanges Larguier*, 1993, p. 203. Selon l'auteur, il s'agit d'« une attitude volontaire dans une conduite négligente[...] la part du vouloir dans l'imprudence ».

162 Médecins urgentistes et anesthésiste : P. Mistretta, n° 332 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP G* 2002, I, 149, p. 1285, spéc. p. 1290, n° 18.

163 TGI de Bobigny, 7 juill. 1999, *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 41, note J. Bonneau.

164 A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003, p. 79, spéc. p. 82.

165 J. Pradel, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », *D.* 2000, Point de vue, p. IV.

166 B. Bouloc, G. Levasseur, G. Stefani, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2000, 17<sup>ème</sup> éd., n° 275-1.

167 J.-H. Robert, « La responsabilité pénale des décideurs publics », *AJDA* 2000, p. 925.

168 Cl. Roca, « Nouvelle définition de l'infraction non intentionnelle : une réforme qui en cache une autre plus importante », *Petites affiches*, 2000, n° 214, p. 4

169 Cass. crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203. La formule est devenue de style : « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal ».

170 TGI de Brazzaville, 9 août 2006, Répertoire n° 305, inédit.

le patient. Il est cependant convenu que le danger peut provenir d'un évènement indésirable, c'est-à-dire d'une erreur du médecin.

## 2- L'erreur médicale

A la différence de la faute, l'erreur est inhérente à la défaillance humaine. De la sorte, toute personne humaine est appelée un jour à commettre des erreurs qui n'admettraient pas une intervention extérieure mais une « anomalie accidentelle de comportement »<sup>171</sup>. Le bon médecin ne saurait y échapper. Ainsi, l'erreur pourrait être considérée comme la maladresse ou l'imprudence de l'article 319 du Code pénal dont la causalité indirecte « ne s'impose pas avec la même force que dans les hypothèses précédemment évoquées »<sup>172</sup>. Mais les mêmes considérations, qui conduisent à sanctionner la « faute » en matière médicale, font de « l'erreur une espèce dont la faute est le genre »<sup>173</sup>. Toutefois, en la matière, c'est l'accident qui résulte de la conduite non fautive, c'est-à-dire conforme aux règles de l'art de la médecine (prudente et non négligente) qui pose le problème de la sanction au regard du dommage causé. Dans de telles conditions, l'erreur ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle devient faute. Or, « Toute erreur constitue

assurément une faute et si la faute la plus légère peut engager la responsabilité, il en est de même pour l'erreur la moins grave »<sup>174</sup>. Ainsi reconnaît-on qu'il est propre à l'esprit humain, et donc au médecin, soit de se tromper en opérant un diagnostic erroné, anormal, inexact sans pourtant commettre une faute, soit de se tromper en pratiquant sur le malade un acte matériel avec l'intervention d'instruments. L'absence de faute ne devrait pas engager sa responsabilité<sup>175</sup> car l'erreur qui est une banalité de la vie humaine peut devenir répréhensible lorsque la faute s'y est immiscée, notamment lorsque le médecin a commis une faute<sup>176</sup> ou des « négligences graves traduisant paresse et désintérêt »<sup>177</sup>. Dans les ambiguïtés créées par les accidents médicaux, le juge arrive à se frayer tant bien que mal un chemin entre la répression en cas de faute, et la relâche en cas d'erreur. Il n'est pas rare que pour un accident qui semble bien porter la marque de l'erreur que le juge apprécie le lien de causalité directe. C'est ainsi que dans un jugement du 7 juillet 1999 un tribunal de Brazzaville avait condamné Madame B.P., infirmière, pour avoir mal administré une injection à l'enfant B.A ayant traversé le nerf et provoqué une paralysie. Le tribunal avait jugé Madame B.P. responsable de la paralysie causée à

171 Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, LGD7, 1973, n° 18, p. 12.

172 P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? *JCP G* 2002, I, 149, p. 1289, spéc. p. 1289, n° 13.

173 J. Penneau, thèse préc. n° 135, p. 82.

174 T. corr. Mons, 29 juin 1965, Journ. Trib., p. 95, note Dalcq ; Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, tome I, 2ème éd., 1967, n° 266 bis.

175 J. Penneau, thèse préc., n° 206, p. 138.

176 Jean Penneau, thèse préc., n° 18 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? *JCP G* 2002, I, 149, p. 1289, spéc. p. 1289, n° 13.

177 Jean Penneau, thèse préc., n° 18 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », article préc., spéc. p. 1289, n° 13.

l'enfant B.A. et condamné le Congo civilement responsable<sup>178</sup>. On pourrait prétendre que la condamnation de l'Etat congolais ne se justifiait que par l'établissement sans équivoque de la faute du préposé<sup>179</sup>(sans établir néanmoins la négligence fautive de l'infirmière). Toutefois, le juge aurait pu, en tenant compte des circonstances de la cause, retenir l'erreur non fautive car, en effet, il s'agit bien plus d'une erreur résultant d'une mauvaise appréciation de la situation *in concreto* que d'une faute simple de l'infirmière. On pourrait aussi voir dans l'esprit du juge la volonté de sanctionner la prévenue en retenant en l'occurrence la faute simple à raison du lien de causalité directe. Pourtant, on ne saurait guère ignorer l'enjeu financier chevillé à l'affaire. En effet, dans les circonstances de la cause, la sanction indemnitaire à l'encontre de la prévenue serait moins intéressante pour la victime. Or tout change en cas de condamnation de l'Etat qui présente à tout le moins plus de garanties de solvabilité que sa préposée. Cette décision fut bon gré mal gré retoquée par la Cour d'appel de Brazzaville, mais seulement pour ce qui concerne la réparation du préjudice<sup>180</sup>. L'infirmière a ainsi engagé sa responsabilité sur le fondement des articles

1382 et 1383 du Code civil et échappé à la sanction pénale. Cependant, en France, la Cour de cassation avait retenu que, en cas d'injection intraveineuse<sup>181</sup> il y a également indéniablement erreur, mais seule la négligence du praticien pourrait faire que les juges retiennent à son encontre une faute pour n'avoir pas « réservé la possibilité d'une anomalie anatomique »<sup>182</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un contrat médical, le prévenu serait sanctionné sur le fondement de l'article 1147 du Code civil qui suppose un désir d'indemnisation de la victime de la faute civile. C'est ce à quoi a été confronté le juge congolais dans une décision du 21 mai 1983<sup>183</sup>. Aussi, l'aléa médical pourrait-il de ce fait être couvert par l'assurance et échapper à la sanction pénale.

On perçoit dès lors la distinction entre la faute qui est la transgression d'une diligence (négligence fautive) et l'erreur qui est due simplement à la défaillance humaine ; on ne saurait donc y voir une faute. Il s'agit de « l'imprévisibilité, de l'inévitable, de la fatalité » que le médecin qui se comporte en bon père de famille a toujours « refoulé » en tant qu'évènement indésirable<sup>184</sup>. Mais le médecin qui omet de faire un diagnostic ou dont le diagnostic dérive de la légèreté commet

178 Tribunal populaire d'arrondissement 3, Poto-Poto, Brazzaville, 7 juillet 1990, Rôle civil n° 009, 1988, répertoire n° 392.

179 E. Eyangué, *La responsabilité des personnels du corps médical, des sciences infirmières et auxiliaires médicaux au Congo*, Mémoire de cycle supérieur, filière Magistrature, Ecole nationale d'administration et de magistrature, ENAM, 1998, p. 73.

180 Cour d'appel de Brazzaville, 29 févr. 1996, Rôle n° 142, arrêt n° 163.

181 Cass. 12 juillet 1961, *D.* 1962, somm. 23.

182 J. Penneau, thèse préc., n° 230, p. 156 ; Lyon, 6 novembre 1961, *D.* 1962, somm. 55 ; Cass. civ. 18 oct. 1960, *D.* 1961, 125, *JCP* 1960, 2, 11846, note Savatier.

183 TGI de Brazzaville, 21 mai 1983, K. contre Hôpital général, cité par E. Eyangué, mémoire préc., p. 79.

184 G. David, C. Sureau, « De la sanction à la prévention de l'erreur médicale : propositions pour une réduction des événements indésirables liés aux soins », p. 11. <http://vlex.com/vid/evenements-indesirables-lies-soins-38871075>, consulté le 31 oct. 2019 à 13:41:47.

indiscutablement une faute par sa négligence<sup>185</sup>. Il en est de même du médecin qui opère un choix erroné sur le traitement à administrer au malade. Mais lorsque les risques constitutifs d'erreur sont intrinsèques aux prédispositions propres au patient, les erreurs qu'ils génèrent ne peuvent être mises au passif du médecin comme faute<sup>186</sup>. Sans tenir compte des circonstances qui entourent ces accidents, l'erreur ou la maladresse est également manifeste lorsque le chirurgien oublie des compresses<sup>187</sup> ou des instruments dans le corps du patient<sup>188</sup>.

Ainsi, l'erreur n'est pas la faute, elle n'est pas non plus la force majeure même si la parenté entre les deux peut être déconcertante (imprévisibilité, irrésistibilité). Cependant, l'erreur a de commun avec la force majeure d'être fortuite<sup>189</sup>. Mais la sanction des atteintes est fonction de la gravité, il en va de même lorsqu'il est question de l'atteinte à la dignité humaine.

## II - Un encadrement protecteur de la dignité humaine

Il existe des atteintes qui touchent bien plus à l'intégrité corporelle de la personne. Il s'agit des actes qui affectent les valeurs intrinsèques de la personne qui doit être traitée et respectée dans ce qu'elle a de

plus cher, c'est-à-dire son humanité. A ce propos, il conviendra d'élucider les atteintes à la liberté sexuelle (A) et les actes de cruauté et de discrimination portés sur la personne humaine (B) par le médecin intervenant sur la vie.

### A) Les atteintes à la liberté sexuelle

Lorsqu'en marge de l'acte médical le médecin obtient du patient un avantage sexuel non consenti, la rigueur de l'incrimination, en plus des circonstances aggravantes liées à son statut professionnel, dépendra selon que l'acte sexuel non consenti l'a été avec pénétration (1) ou selon que les atteintes sexuelles l'ont été sans pénétration (2).

#### 1- L'acte sexuel non consenti avec pénétration

La proximité entre le médecin et le malade est propice aux abus de tous genres. En effet, le « contact physique »<sup>190</sup> peut faire échec à la liberté du malade de ne pas entretenir de relations sexuelles avec le médecin agresseur ; celui-ci pouvant imposer contre la volonté du malade un comportement sexuel agressif, en l'occurrence un viol. Avoir des relations sexuelles est un droit, mais le choix qui s'impose à l'homme d'avoir ou de ne pas avoir des relations sexuelles demeure une liberté<sup>191</sup> qui mérite protection en tant que

185 *JCP* 1951, IV, 165 ; *D.* 1959, somm. 7 ; *D.* 1965, somm. 59, *JCP* 1964, 4, 158 ; *GP* 1965, 1, 43 ; cas du médecin qui n'a pas su lire exactement un cliché radiographique : Trib. civ. Seine, 20 juin 1939, *GP* 6 janvier 1940.

186 J. Penneau, thèse préc., n° 228, p. 154.

187 Paris, 16 janvier 1950, *D.* 1950, 169 ; *JCP* 1950, I, 5716, note Brunet ; Civ. 1ère, - mai 1959, *D.* 1960, somm. 24.

188 On fait la différence entre la faute en cas d'intervention normale : Besançon, 11 juillet 1932, *JCP* 1932, 2, 944 ; Paris 16 avril 1934, *DH* 1934, 321 ; l'absence de faute en cas d'intervention compliquée : Paris, 29 octobre 1934, *DH* 1934, 609.

189 J. Penneau, thèse préc., n° 235, p. 158.

190 E. Dreyer, n° 312.

191 M. Fabre-Magnan, par B. Pellegrini, « Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la

valeur fondamentale<sup>192</sup>. Dans toute relation sexuelle contrainte, la part de liberté manquante correspond à l'incrimination de viol de l'article 332 du Code pénal. Le consentement est essentiel à la liberté sexuelle<sup>193</sup> et donc à la protection de la dignité. Le viol est qualifié de crime par le Code pénal, qui n'en donne pas malheureusement de définition légale. L'incrimination est surtout considérée comme « la plus terrible atteinte qui puisse être portée à la dignité et à la souveraineté de la personne sur son corps »<sup>194</sup>. Laconique, l'article 332 dispose que « *Quiconque aura commis le crime de viol, sera puni des travaux forcés à temps* » sans préciser que l'incrimination se matérialise par un acte de pénétration sexuelle sans consentement. Une lecture attentive de la section IV du Code pénal titrée « Attentats aux mœurs » fait ressortir une distinction entre « l'attentat à la pudeur » de l'article 331 et le viol incriminé à l'article suivant. Cette démarcation des échelles de gravité entre les deux incriminations renvoie à la distinction moderne qu'opère le droit français dans la terminologie générique d'« agressions sexuelles » qui regroupe le viol en tant qu'acte de pénétration sexuelle non

consentie et les autres agressions sexuelles sans pénétration<sup>195</sup>. Il revient de préciser qu'en matière de droit pénal médical, la violence physique n'est pas souvent employée par les médecins d'autant que le contact physique est déjà établi et imposé par la nature même de l'acte médical. Les juges français retiennent le plus souvent la violence morale ou la menace<sup>196</sup>, la contrainte physique par administration de valium<sup>197</sup>, la pénétration par surprise d'une patiente qui tenait en haute estime le praticien<sup>198</sup> pour imposer une pénétration sexuelle sur autrui<sup>199</sup>. En tous les cas, le consentement du patient n'est pas libre, ses capacités physiques et psychiques annihilées. La fonction et la qualité de médecin, dépositaire de l'autorité sur le malade<sup>200</sup> suffisent pour renforcer cette impression d'absence de l'autonomie de la volonté de la victime<sup>201</sup>. L'ascendance du médecin sur le patient constitue dès lors une circonstance aggravante<sup>202</sup>. Ainsi, ces circonstances favorables à l'incrimination seraient-elles dépourvues de sens dans le cas où la victime se laisserait faire ? Selon la jurisprudence, la victime qui n'opposerait pas une résistance à l'acte déplacé du

---

personne humaine » comme catégorie juridique », article précité, spéc. p. 121.

192 J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, préc., n° 359.

193 D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? la liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, Chron. p. 1508.

194 J. Pradel, M. Danti-Juan, préc., n° 735.

195 *Idem*, n° 315.

196 Cass. crim., 9 juill. 2003, n° 03-82179.

197 Cass. crim., 21 avril 1998, n° 98-80582.

198 Cass. crim., 27 mai 1997, n° 97-81371.

199 Homme ou femme indifféremment du sexe ; le viol perpétré sur un cadavre constituant une infraction impossible : Cass. crim., 13 juill. 1965, Bull. crim. n° 175.

200 Article 333 du Code pénal congolais.

201 Cass. crim., 21 avril 1998, n° 98-80582 : victimes de pénétration vaginale affaiblie et contraintes par l'autorité qu'incarne le gynécologue.

202 Cass. crim., 1er février 2006, n° 05-86579 ; Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87533 qui évoque des relations sexuelles d'un psychiatre avec introduction de « semence chaude et douce ».

praticien ne saurait être regardée comme consentante<sup>203</sup>.

Mais l'aggravation du cas par la qualité de médecin ne suffit pas, encore faut-il mettre à son passif le « mobile lubrique » de l'acte<sup>204</sup>. En d'autres termes, le médecin doit avoir voulu porter atteinte à la liberté sexuelle du malade. On retiendra que l'acte déplacé du médecin est porteur des germes de l'incrimination. En effet, le médecin qui pratique une pénétration sexuelle sur un malade ne peut qu'avoir conscience de l'anormalité de son intervention qui est à mille lieux de l'acte médical attendu d'un praticien dans son état<sup>205</sup>. En cette occurrence, mal intentionné, l'acte médical du praticien ne sert que d'alibi à l'abus sexuel.

Dans l'incrimination de viol, la pénétration n'est pas forcément sexuelle. Le rapport direct entre le médecin et le malade au moment de la réalisation de l'acte médical implique que le viol puisse être « *de quelque nature que ce soit* ». C'est ainsi que la pénétration digitale anormalement pratiquée par un gynécologue sur une patiente<sup>206</sup> fait encourir au praticien les mêmes sanctions

que celles encourues pour une pénétration sexuelle non consentie. L'acte sexuel incriminé peut également être matérialisé par une pénétration buccale, lorsque le médecin agresseur introduit son sexe dans la bouche du malade<sup>207</sup>. Mais le principe de légalité aurait voulu qu'il n'y ait viol qu'en cas de pénétration sexuelle. En effet, la pénétration simplement buccale fait lever le doute sur l'incrimination même si la Cour de cassation, avant de se raviser, a estimé que l'acte de fellation pratiqué par un médecin sur un malade était constitutif de viol<sup>208</sup>. Répressive plus que de coutume, la décision a suscité une levée de bouclier de la doctrine qui a regretté l'absence de distinction opérée par les juges entre l'« infraction particulière »<sup>209</sup> que constitue le viol et les autres agressions sexuelles. Désormais, contrairement à l'acte de sodomie<sup>210</sup> et à la pénétration digitale<sup>211</sup>, la fellation pratiquée sur un malade n'est plus qualifiée de viol mais plutôt « d'agression sexuelle »<sup>212</sup> ou d'« attentat à la pudeur » selon l'expression consacrée à l'article 331 du Code pénal congolais. Lorsque le médecin délinquant est une femme, la pénétration sexuelle n'a plus son sens premier. En vérité, la pénétration est l'acte

203 Cass. crim., 1er févr. 2006, n° 05-86579 : « ...le plaisir qu'elle a pu éprouver, ne saurait exonérer le mis en examen de l'imputation de violence, contrainte ou surprise au sens de la loi »).

204 Article 121-3 du Code pénal français.

205 P. Mistretta, n° 378, p. 226 : « [...]les arrêts se fondent sur des expertises pour indiquer que la pénétration sexuelle imposée par le praticien ne relevait pas d'une nécessité thérapeutique mais visait à assouvir un besoin sexuel du médecin ».

206 Cass. crim., 17 mars 2010, n° 09-88674 ; Cass. crim., 8 juill. 2009, n° 09-82661 ; Cass. crim., 25 oct. 1994, n° 94-83726

207 Cass. crim., 4 avr. 2007, n° 07-80253 ; Cass. crim., 9 juill. 2003, n° 03-82179.

208 Cass. crim., 16 déc. 1997, *JCPG* 1998, note D. Mayer ; H. Angin, « Viol d'autrui ou viol de la loi ? », *Droit pénal*, 1998, chron. n° 7 ; L. M. Nivose, « Le Crime de viol et l'égalité des sexes », *Droit pénal*, 1998, chron. n° 10.

209 *D.* 1998, chron., p. 212, spéc. p. 213, note Y. Mayaud, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et *contra rationem* ».

210 Cass. crim., 9 juillet 2003, n° 03-82179.

211 Cass. crim., 4 avril 2007, n° 07-80253.

212 Cass. crim., 21 oct. 1998, *D.* 1999, p. 75, note Y. Mayaud ; *JCP G* 1998, II, 10215, note D. Mayer.

« viril » qui marque l'originalité du viol ; or anatomiquement la femme est inapte à la pénétration sexuelle qui demeure l'atteinte qui matérialise l'incrimination<sup>213</sup>. On ne saurait donc voir dans la pratique de la fellation un viol. Mais dans les faits, il y aurait viol (hypothèse rare ou inédite) lorsqu'une femme médecin se sert d'un objet de forme phallique pour pénétrer sexuellement un malade. En effet, le viol ne traduit pas seulement la pénétration d'un sexe par un autre, tout acte de pénétration proche du viol est sanctionné au regard de sa finalité<sup>214</sup>. Ici le terme consacré n'est pas une pénétration sexuelle mais une pénétration à « des fins sexuelles »<sup>215</sup>. En réalité, le viol n'est retenu que lorsqu'il y a pénétration par un organe sexuel masculin ou mieux lorsqu'il y a pénétration d'un organe sexuel féminin par un sexe masculin ou par un objet de forme phallique. En dehors de ces cas il n'y a pas de viol mais simplement agression sexuelle. Ce qui a justifié le refus par la Cour de cassation de retenir le viol, s'agissant d'une fellation, en dehors de « pénétration par l'organe sexuel masculin »<sup>216</sup>. En effet, dans cette dernière espèce un médecin avait introduit sous la contrainte un objet de forme phallique dans la bouche de ses patients mineurs tout en simulant une pénétration sexuelle. Les

Juges du fond avaient qualifié les faits de viol. La décision fut censurée par les Juges régulateurs en ces termes : « [...] pour être constitutive de viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel de l'auteur masculin et non par un objet le représentant (forme phallique) »<sup>217</sup>. De même, dans l'hypothèse où les fellations seraient pratiquées par un médecin sur un patient, les juges régulateurs ne retiendraient pas le viol mais plutôt des « délits d'agression sexuelle »<sup>218</sup>. Aussi, la femme médecin qui abuserait de son autorité sur un jeune patient pour obtenir de lui des rapports sexuels imposés serait coupable d'agression sexuelle<sup>219</sup>. Le viol serait dans ce cas écarté faute de pénétration par la prévenue.

Au-delà des sanctions prévues en droit commun, la peine appliquée au médecin est alourdie lorsque la victime est une personne vulnérable. Tout au plus convient-il d'évoquer des cas de viol ou de maltraitance à caractère sexuel sur des pensionnaires âgées dans les EHPAD<sup>220</sup>, en France, où des aides-soignants sont régulièrement mis en cause<sup>221</sup>. Le seul fait que le médecin intervienne dans la vie du malade le rend vulnérable en raison du rapport de pouvoir qui existe entre les deux. Cet état de fait, avilissant et attentatoire à la

213 D. 1998, chron., p. 212, spéc. p. 213, note Y. Mayaud, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et contra rationem ».

214 D. 1998, chron., p. 212, spéc. p. 213, note Y. Mayaud, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et contra rationem ».

215 P. Mistretta, n° 370.

216 Cass. crim., 21 févr. 2007, *Droit pénal*, 2007, n° 68, obs. M. Véron.

217 R.S.C. 2007, p. 301, obs. Y. Mayaud.

218 Crim., 22 août 2001, D. 2002, Somm. 1803, obs. Gozzi.

219 E. Dreyer, p. 154, n° 331 ; Crim., 21 oct. 1998, D. 1998, 75, note Mayaud.

220 Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

221 M. Persidat, V. Tassel, « Val d'Oise : un aide-soignant mis en examen pour viol dans un Ehpad », *Le Parisien*, 25 novembre 2019, à 19h18. [www.leparisien.fr/val-d-oise-95/val-d-oise-un-aide-soignant-mis-en-examen-consulte-le-22-janvier-2012-a-10-heures-21-minutes](http://www.leparisien.fr/val-d-oise-95/val-d-oise-un-aide-soignant-mis-en-examen-consulte-le-22-janvier-2012-a-10-heures-21-minutes).

dignité humaine, renforcé par l'acte sexuel imposé suffit pour retenir contre le médecin la réclusion criminelle de droit commun et l'interdiction définitive d'exercer toute profession à caractère médical, paramédical en guise de « mesure de sûreté »<sup>222</sup>. Ainsi, l'incrimination de viol porte atteinte à deux égards : d'abord à la liberté sexuelle qui ne peut être garantie sans le consentement, ensuite à la liberté corporelle bafouée par l'acte sexuel.

Mais il est une hypothèse dont l'omission dans notre champ d'étude serait blâmable. C'est celle du médecin qui pratiquerait l'acte médical en échange de l'avantage sexuel. Dans ce cas, il s'agirait bien d'un abus de faiblesse avéré du patient. Prévue à l'article 334 du Code pénal, la consommation sexuelle par le médecin constitue l'incrimination d'incitation à la prostitution qui récrimine le comportement lubrique du médecin. En effet, l'abus de faiblesse du médecin rivaliserait la violence économique et la vulnérabilité sociale et psychologique dans laquelle se trouve le patient. On retiendrait une circonstance aggravante au regard du rapport d'autorité et de confiance qui existe entre le médecin et le malade et, surtout, au regard de la connaissance par le praticien de la pathologie, de l'infirmité ou du handicap dont souffre le patient<sup>223</sup>. Mais toutes les agressions sexuelles n'aboutissent pas à une pénétration.

## 2- Les atteintes sexuelles sans pénétration

Les atteintes sexuelles non consenties sans pénétration ne sont autre que les agressions sexuelles constitutives d'« attentats à la pudeur » de l'article 331 du Code pénal congolais. Si à la différence du viol les autres agressions sexuelles n'impliquent pas une pénétration, elles admettent toutes une violence de la part du médecin agresseur. C'est cette différence de procédés qui distingue le viol des attentats à la pudeur de droit congolais et qui en détermine les peines. En tous les cas, l'agression sexuelle qui résulte de l'attentat à la pudeur comme l'attouchement n'est pas consenti. Ce qui est sanctionné ce n'est pas le contact physique entre le médecin et le malade ; l'article 331, alinéa 2, réprime « un acte impudique ou contre nature », c'est-à-dire le contact indu, inapproprié, malsain voulu par le médecin sur le malade<sup>224</sup>. Mais à la question de savoir où commence ou s'arrête le contact médical malsain s'invite furtivement la notion de la tentative qui est difficile à cerner en la matière. Quelle a été l'intention du médecin ? Obtenir une pénétration ou se limiter à des attouchements sexuels sur la personne du patient ? A ce propos, l'article 332, alinéa 2, du Code pénal sanctionne de la réclusion « *Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté, avec violence contre des individus de l'un ou l'autre sexe [...]* ». Ainsi, pour le législateur congolais, la commission, la consommation ou la

222 Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501.

223 Article 225-20, 9° du Code pénal français.

224 Cass. crim., 30 janv. 2008, n° 07-84408.

tentative importe peu, pourvu qu'il y ait commencement d'exécution car en tous les cas il y a agression sexuelle. La solution retenue en droit français n'est pas différente. En effet, il est généralement opiné que la tentative de viol laisse forcément transparaître l'idée d'agression sexuelle. Il nous semble que tout est question d'intentionnalité de laquelle dépendra la peine à encourir par le médecin<sup>225</sup>. Dans une espèce du 14 juin 1995, les Juges régulateurs, sans tenir compte du résultat, ont estimé qu'il y avait bien commencement d'exécution et, partant, tentative d'agression sexuelle<sup>226</sup>. Mais il n'est pas rare que le prévenu soit condamné et pour viol et pour agression sexuelle. C'est l'hypothèse moins rare du concours d'infractions qui implique un cumul de qualifications et de peines<sup>227</sup>.

Le comportement agressif de l'auteur abolit toute liberté sexuelle de la victime qui ne consent pas aux abus sur elle pratiqués par le médecin<sup>228</sup>. La contrainte subie par le malade peut prendre la forme d'administration de substances nuisibles pour la santé<sup>229</sup> ou de la pratique d'hypnose<sup>230</sup>. Au vrai, le médecin, conscient de son intervention sur la vie du malade, se sait auréolé de la haute estime

que lui voue le patient. Ce rapport de pouvoir, inhérent à la mission de soigner du médecin, place le malade dans un état de vulnérabilité favorisant ainsi le comportement déplacé du praticien plus enclin à des abus sexuels sous la forme d'attouchements<sup>231</sup> qu'à dispenser véritablement des soins. Ainsi, il y a attentat à la pudeur dès lors que l'intervention du médecin sort du cadre limité par l'acte médical. Se servant de sa position, l'acte pratiqué par le médecin devient vite une atteinte qui annihile la liberté sexuelle et corporelle de la victime. C'est ainsi que, en dehors d'« une nécessité médicale stricte »<sup>232</sup>, le médecin peut être amené à porter sexuellement atteinte aux malades venus en consultation<sup>233</sup>. Le délit peut prendre la forme d'actes à « connotation sexuelle »<sup>234</sup> ou « objectivement sexuels »<sup>235</sup> sans jamais s'aventurer sur le terrain criminel du viol<sup>236</sup>.

Sans doute, les relations sexuelles non consenties constituent-elles une violation de la liberté de choisir son partenaire. On pourrait se permettre également de s'interroger sur la validité de la liberté de consentir sans contrainte du faible face au fort. C'est entre autres l'hypothèse malheureuse selon laquelle le

225 V. Malabat, *Infractions sexuelles*, Répertoire pénal Dalloz, n° 216.

226 Cass. crim., 14 juin, n° 94-85119, Droit pénal, 1995, n° 222, obs. M. Véron.

227 Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501.

228 Cass. crim., 4 juin 2008, n° 07-88096 ; Cass. crim., 11 mai, n° 05-86110 ; CA Douai, 22 oct. 2008, n° 08-01605.

229 Lorsque le médecin administre au patient du valium qui produit l'effet d'endormissement : Cass. crim., 27 oct. 2004, n° 04-81237.

230 Autoprogrammation mentale : Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-86233.

231 Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 03-86208 : attouchements sexuels ou plus osés (Cass. crim., 31 mars 2004, n° 85624).

232 P. Mistretta, n° 285 ; Cass. crim., 12 mai 2004, n° 03-87326.

233 Cass. crim., 31 mars 2004, n° 85624.

234 E. Dreyer, p. 154, n° 331.

235 Ibidem.

236 D. Dassa-Le Deist, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité pénale », *Gaz. Pal* 26-27 oct. 2012, p. 5.

médecin entretiendrait des rapports sexuels avec un mineur. Un tel cas n'est malheureusement pas envisagé par le législateur congolais<sup>237</sup>. Il se pose ni plus ni moins la question encombrante et brouillonne du consentement donné par l'enfant. En effet, d'emblée, l'âge et le rapport d'autorité existant entre les partenaires constituent une limite à la liberté sexuelle. Le consentement de la victime reste inopérant, car le médecin a l'obligation de soigner le malade et de le protéger. Aussi, tout commerce sexuel bien même consenti est dès lors proscrit. Mais le consentement change le visage de l'infraction sans l'effacer : il ne s'agit plus d'agression sexuelle mais d'atteinte sexuelle<sup>238</sup>. A propos, le droit invite la morale<sup>239</sup> qui incrimine de tels écarts ; on pourrait ainsi penser à un abus de faiblesse<sup>240</sup> en considération de la confiance qu'un malade mineur peut avoir dans le médecin par le consentement initial<sup>241</sup> qu'il donne à l'acte médical. En réalité, lorsque l'incrimination est le fait d'un médecin, la réponse pénale nécessite une protection pénale de la victime à la hauteur des faits.

Autant le viol en tant qu'agression sexuelle peut paraître comme le « crime suprême » qui bafoue l'autonomie de la volonté attachée à la victime, autant sa filiation avec les actes de cruauté n'est pas à démontrer<sup>242</sup> au regard de l'avilissement de la personne qu'occasionne ces atteintes.

En effet, dans l'acte sexuel non consenti, le médecin qui intervient sur la vie ne reconnaît pas au malade l'autonomie de la volonté qui est l'expression de toute liberté individuelle. On se demande dès lors que vaut le patient sans sa volonté ? Reconnaître la volonté du patient revient à lui reconnaître son humanité, sa subjectivité. Ainsi, dans les atteintes à la liberté sexuelle le patient est réduit à l'état d'objet. Il en sera de même des actes de cruauté et de discrimination qui portent atteinte à la dignité humaine.

### **B) Les actes de cruauté et de discrimination**

Ces incriminations constituent une atteinte à ce que l'être humain a de plus fondamental en tant que droit, c'est-à-dire le respect de sa personne. L'individu ne se définit en tant qu'être que parce qu'il a une dignité qui est une valeur immatérielle et universelle, la quintessence même de la vie. La violation de la dignité humaine par le médecin connaît d'autres variables au nombre desquelles on trouve les actes de torture et de barbarie (1) qui sont regardés comme des actes de cruauté. Aussi, on ne pourrait dès lors exclure que quelques médecins indéliques soient coupables de refus de soins discriminatoire (2) en tant que comportement dévalorisant à l'égard des malades.

<sup>237</sup> Code pénal français le prévoit aux articles 227-25 et 227-27 du Code pénal.

<sup>238</sup> E. Deyer, n° 294, p. 138.

<sup>239</sup> V. Malabat, « Morale et droit pénal », in *Droit et morale*, sous la direction D. Bureau, F. Drummond, D. Fenouillet, Dalloz 2011, p. 227.

<sup>240</sup> Crim. 29 mars 2006, B. n° 96 ; RSC 2006, p. 828, obs. Y. Mayaud.

<sup>241</sup> E. Dreyer, p. 141, n° 302.

<sup>242</sup> Carotte dans l'anus peut réaliser un viol : Cass. crim., 27 avril 1994, Bull. crim. n° 157 ; Baton dans l'anus : 19 janvier 1996, torture et actes de barbarie.

## 1- Les actes de torture et de barbarie

Si le Code pénal congolais ne donne aucune définition de la torture, ce comportement est sanctionné à l'article 6 f) de la loi du 31 octobre 1998, en tant que crime contre l'humanité, et à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984 ratifiée par le Congo<sup>243</sup>. Sa valeur constitutionnelle est reconnue à l'article 11, alinéa 2, de la Constitution congolaise de 2015. De mémoire, les médecins nazis à Dachau ont été auteurs d'expérimentations médicales dans des conditions de cruauté sans précédent. Des patients ont été soumis à des pratiques médicales peu habituelles et destructrices de la vie. Leur condamnation à Nuremberg fixe les règles modernes de la bioéthique (Code de Nuremberg). En dépit du contexte particulier lié à la guerre, il reste difficile d'imaginer un médecin qui pratiquerait des actes de torture et de barbarie sur les patients. En effet, la cruauté est contraire à l'éthique de l'intervention sur la vie. Mais certaines disciplines médicales sont propices à la commission d'actes portant atteinte à la dignité humaine. Ces « traitements cruels et dégradants » que le législateur congolais assimile à la « torture » et aux « mutilations et toutes formes de peine » sont réprimés à l'article 7 de la loi du 31 octobre 1998. En effet, de la chirurgie à la mutilation il n'y a qu'un pas.

L'excision est pratiquée dans un contexte spécifiquement culturel et rituel au Congo et l'hypothèse qu'une telle pratique soit le fait d'un médecin n'est pas à écarter. Dans l'acte de mutilation ou d'ablation sexuelle, l'approche rituelle caractéristique des atteintes à l'« intégrité physique et psychique » de la personne se voudrait bien évidemment volontaire. Un auteur y voit une négation de la vie humaine<sup>244</sup>. A priori, l'ablation du clitoris qui constitue en soi une mutilation du corps de la femme occasionne des « souffrances très intenses »<sup>245</sup> et engendre des « douleurs aiguës » entrant dans le champ de l'incrimination de l'article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ainsi, la portée de l'incrimination est très large<sup>246</sup>, il s'agit de tout acte par lequel « une douleur ou des souffrances aiguës »<sup>247</sup> sont infligées à une personne en vue d'atteindre sa dignité. Pour l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'élément matériel qui fait la spécificité de l'incrimination est « l'infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »<sup>248</sup>.

Les actes de torture et de barbarie impliquent une violence d'une gravité qui dépasse celle de la violence ordinaire. Cette violence est caractérisée par la cruauté confinant « à la barbarie et à l'horreur

243 Texte d'application directe au Congo ; article 16 de la Convention contre la torture ; article 222-1 à 222-6-3 du Code pénal français.

244 M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, PUF, 2010, n° 248.

245 TA Lyon, 12 juin 1996, RUDH, p. 695, note M. Levinet ; JCP G 1997, I, 3996, obs. H. Fulchiron.

246 E. Dreyer, p. 178, n° 379 ; D. Roets, « Le crime français de tortures et actes de barbarie à l'aune du droit international des droits de l'homme », *Mélanges Koering-Joulin*, Anthemis, 2014, p. 251.

247 CA Lyon, 19 janvier 1996, D. 1996, p. 258, note François-Louis Coste.

248 CEDH, 28 juill. 1999, Selmouni c/ France, Paragraphe 96.

desquelles découle une réprobation générale »<sup>249</sup>. Du point de vue matériel, l'incrimination serait constituée si le médecin soumet le malade à une intervention qui occasionnerait une souffrance de nature à lui nier la dignité de sa personne. En dehors du nihilisme de l'humanité de la victime, l'incrimination perdrait sa spécificité et serait considérée comme une violence ordinaire. De la sorte, c'est le comportement du médecin qui aurait usé d'une violence exceptionnelle qui serait en cause donnant ainsi à l'acte la qualification de torture et de barbarie<sup>250</sup>. C'est l'intention du médecin « tortionnaire » qui justifierait dans ce cas la qualification de tortures et d'actes de barbarie. Une réserve toutefois, la loi ne définit pas les tortures et actes de barbarie. En réalité, l'acte de torture et de barbarie est retenu lorsque le prévenu par des moyens horribles sème la terreur et la désolation pour arriver à ses fins<sup>251</sup>. L'infraction concerne « des actes d'une gravité exceptionnelle » réalisant « l'atteinte la plus odieuse », la « négation la plus forte » du droit au respect de son corps par autrui<sup>252</sup>. Ces actes sont marqués du « sceau de l'horreur »<sup>253</sup>.

La gravité de l'incrimination mérite ainsi qu'on s'y attarde. Le mot « torture » vient de « *tortura* » qui veut dire action de tordre et souffrance qui a donné torsion et tortionnaire. Ainsi, l'objet (négation du

sujet) dont il est question d'extorquer (« *torquere* », tordre avec violence comme on tordrait un linge humide) pour obtenir des aveux, des révélations est la victime. L'idée de violence gratuite est ici entretenue. En appliquant la lettre de la loi, l'acte médical peut-il être considéré comme une torture ? C'est au juge de qualifier les faits, exercice d'autant difficile que la loi ne donne pas une définition d'actes de torture et de barbarie qui « constituent des incriminations aussi graves qu'imprécises »<sup>254</sup> nécessairement intentionnelles. Quelle différence il y aurait-il entre un médecin, par exemple, qui aurait pratiqué une excision et les actes de torture pratiqués par les médecins nazis au nom d'un racisme biologique forcément fondé sur la « discrimination » ? Dans les deux cas, la volonté du praticien de faire souffrir le patient est délibérée. Dès lors, l'acte médical sans portée thérapeutique est une atteinte à la dignité humaine<sup>255</sup>, sa raison d'être étant la négation de l'humanité d'autrui par son avilissement<sup>256</sup>. Toutefois, appliquée au médecin, l'hypothèse de la clitoridectomie qui est une opération pratiquée en toute clandestinité dans le cercle familial ou communautaire<sup>257</sup> n'a que très peu de chance de prospérer. Il serait donc difficile d'établir l'intentionnalité de l'acte de mutilation nécessaire à la qualification d'actes de torture et de barbarie concernant le médecin qui serait

249 A. Vitu, *R.S.C.* 1992, p. 691.

250 CA Lyon, *D.* 1996 ; p. 259, n°4 : pas de torture pour défaut d'élément intentionnel.

251 CA Lyon, *D.* 1996, p. 259, n°5.

252 JO Sénat CR, 2ème session 1986, rapport n° 295 et 300.

253 CA Lyon, *D.* 1996, p. 259, n°7.

254 CA Lyon, *D.* 1996, p. 259, n°12.

255 Dol spécial ; contra : V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc. n° 109 ; Lyon, 19 janvier 1996, arrêt préc.

256 E. Dreyer, n° 381 ; CA Lyon, 19 janvier 1996, *D.* 1996, p. 258, note F.-L. Coste.

257 Cass. crim., 9 mai 1990, *R.S.C.* 1991, p. 565, obs. G. Levasseur ; CA Paris, 10 juillet 1987, *D.* 1987, IR 197.

plus sous le coup de l'incrimination de violences volontaires aggravés<sup>258</sup>. Mais la réponse pénale donnée à l'excision, qui est un acte qui emporte l'adhésion du corps social dans certaines cultures africaines, devrait tenir compte de l'approche anthropologique de la question au regard de la réalité et du « droit vulgaire »<sup>259</sup> en tant que source traditionnelle du droit. Cependant, si on a la constance d'admettre que ces hypothèses n'ont que d'infimes et rares possibilités de se réaliser à raison de l'éthique propre à l'art médical, il en est autrement concernant le refus de soins qui constitue une pratique discriminatoire en vigueur dans la profession.

## 2- Le refus de soins discriminatoire

Le principe de non-discrimination est contenu dans des textes à valeur normative qui prévoient des sanctions contre toute pratique discriminatoire. Cette valeur est garantie à l'article 15, alinéa 2, de la constitution<sup>260</sup> et par la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui posent les bases de l'égalité pour tous devant la loi. C'est ainsi qu'une ordonnance du 28 juillet 1962 interdit toute atteinte à l'intégrité corporelle caractéristique de l'appartenance à une ethnie déterminée. Dans la même veine, le Code de

déontologie des professionnels de la santé et des affaires sociales précise en son article 5, 2° que les personnels de la santé et des affaires sociales sont dans l'obligation d'« assister et soigner tous les patients quelles que soient leur condition, leur nationalité, leur religion, leur opinion politique et philosophique, leur réputation ». Il est clair que le médecin qui se livrerait à des pratiques discriminatoires en « favorisant » ou en « désavantageant » un malade selon les critères<sup>261</sup> indiqués à l'article précédent devrait se voir appliquer les dispositions répressives de l'article 4 du Code de déontologie des professions de la santé et des affaires sociales<sup>262</sup>. Mais la valeur constitutionnelle de ce texte suffit pour obtenir condamnation du praticien coupable de discrimination à l'égard des patients. On peut dès lors en déduire que le principe de non-discrimination s'érige en devoirs généraux édictés par la profession contre les médecins soupçonnés de pratiques discriminatoires ou de favoritisme en raison de la condition des patients.

Dans le domaine médical, le principe de non-discrimination concerne au premier chef les discriminations liées à l'accès aux soins qui est un principe garanti par le droit de la santé qui implique le

258 P. Mistretta, n° 284.

259 N. Rouland, *Anthropologie*, PUM 1990, Collection « Que sais-je ? », p. 30

260 Article 15, alinéa 2 : « Nul ne peut être favorisé ou désavantagé en raison de son origine familiale, ethnique, de sa condition sociale, de ses convictions politiques, religieuses, philosophiques ou autres ».

261 Ces critères peuvent évoluer : sexe, situation familiale, grossesse, apparence physique, patronyme, état de santé, handicap, caractéristiques génétiques... ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, préc. n° 382 ; Etude IRDES, « Le refus de

soins à l'égard des bénéficiaires de la Couverture maladie universelle à Paris », 2009.

262 Article 5, 2° CDPSAS : « Les infractions aux dispositions du présent code sont punies conformément au code pénal, aux textes en vigueur notamment la loi n° 001/82 du 7 janvier 1982 et aux dispositions disciplinaires des conseils des ordres ». En France, le Code pénal prévoit des sanctions en cas de discrimination aux articles 432-7 et 225-1. Ces deux textes incriminent respectivement la discrimination dont sont coupables le médecin du service public et le médecin libéral.

« droit de tous de jouir du meilleur état de santé possible »<sup>263</sup>. Ainsi, au regard de ce principe, tout individu devrait avoir accès à la prévention et aux soins. L'incrimination résulte du fait que le médecin refuse à un patient l'accès aux soins qui est un droit reconnu par la loi. Ce refus a pour effet essentiel de ne pas considérer le discriminé comme un être ayant des droits<sup>264</sup>, notamment celui d'accéder à des soins c'est-à-dire d'être maintenu en vie. L'infraction suppose un caractère intentionnel même si l'élément psychologique est toujours difficile à prouver<sup>265</sup>. Mais le principe de non-discrimination est à relativiser concernant le médecin qui, débiteur d'une clause de conscience, refuserait de pratiquer une interruption volontaire de grossesse<sup>266</sup>.

Dans le contexte congolais, les organisations et associations pour la protection des droits humains ont bien constaté l'existence de pratiques discriminatoires du personnel de la santé à l'encontre des populations autochtones. En effet, ces populations sont discriminées et marginalisées quant à l'accès aux soins ; d'où l'initiative de la loi n°5-2011 du 25 février 2011<sup>267</sup> qui énonce à son article 23 des garanties importantes pour l'accès des peuples autochtones aux soins de santé primaires. Comme le souligne un auteur, « la discrimination positive de l'altérité

consolide ainsi la coexistence pacifique entre les communautés »<sup>268</sup>. La discrimination atteint également les personnes vivant avec le VIH. Ces derniers sont ostracisés à raison de l'ignorance et du mépris de certains médecins qui refuseraient tout contact physique avec les personnes séropositives. Ainsi, affaiblis par la maladie et victimes des considérations mystico-religieuses attachées à la maladie, stigmatisées et discriminées<sup>269</sup>, les personnes vivant avec le VIH ont droit à la protection de leur dignité de malades. La prise en compte de cette vulnérabilité conduirait à sanctionner les médecins auteurs de discrimination. En France, des cas de discrimination pratiqués par les médecins ont été enregistrés concernant les personnes socialement vulnérables bénéficiant de l'Aide médicale d'Etat et de la Couverture maladie universelle<sup>270</sup>. Désormais, au titre de la loi n° 2009-876 du 21 juillet 2009, le refus discriminatoire de soins peut donner lieu à une conciliation devant la juridiction ordinaire<sup>271</sup>.

En matière d'actes de torture et de barbarie ainsi que de refus de soins discriminatoire, plus que la volonté du malade c'est son humanité qui est frappée de nihilisme. En tous les cas l'homme est éprouvé dans ce qu'il a d'essentiel, c'est-à-dire son existence qui se confond avec la notion de dignité en tant que droit

263 Article 5, 2° code de déontologie des professionnels de santé.

264 J. Pradel, M. Danti-Juan, n° 359.

265 P. Mistretta, n° 453, p. 266.

266 Article 2212-8 CSP : « ...un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » ; P. Mistretta, n° 456.

267 JO, 3 mars 2001, 53ème année, n° 09.

268 A. Foulla Damna, article préc., spéc. p. 47.

269 Rapport national d'évaluation de la déclaration et du programme d'action de Beijing Plus 25.

270 Etude de la DREES, « Les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système des soins », n° 645, juillet 2008.

271 P. Mistretta, n° 443.

fondamental. Ainsi, la sanction pénale est justifiée par le fait que le médecin, comme tout homme, est dépositaire d'une part d'humanité du patient, il ne peut dès lors en abuser car il n'en est pas propriétaire<sup>272</sup>. D'où les limites imposées par le droit pénal à l'action du médecin qui intervient sur la vie.

### CONCLUSION

Si l'intervention sur la vie demeure pour le patient un risque dont il faut se prémunir, le droit pénal prévoit des dispositions pour encadrer l'action du médecin. Mais cette protection présente plusieurs variables d'autant que les atteintes n'ont pas toutes la même gravité. En effet, à catégorie juridique égale, la sanction des incriminations dépend de l'implication de l'homme de l'art dont l'action ou l'inaction est déterminée par le mobile psychologie. Mais les domaines d'intervention du médecin sont pluriels et ne présentent pas tous les mêmes risques. Ainsi, même s'il est reconnu que les domaines de la chirurgie, de l'anesthésie-réanimation et de la gynécologie-obstétrique sont plus exposés au risque de mise en danger d'autrui que les autres, l'existence d'un encadrement satisfaisant et spécifique dans ces domaines d'intervention fait défaut. En effet, les dispositions du Code pénal ne sont pas suffisantes à protéger l'homme et la vie, des textes réglementaires pourraient bien venir préciser les obligations des personnels exerçant dans ces domaines d'activités médicales. Aussi revient-il de préciser que la médecine psychiatre est une discipline

assez spécifique au regard des interventions qui, souvent mal encadrées, peuvent être à l'origine des abus et violence de tous genres dont il faut protéger les victimes. Mais, en général, il serait injuste de ne pas envisager une protection accrue des praticiens dont le métier en soi constitue un risque que le principe de précaution ne saurait limiter. Par conséquent, cette protection ne saurait se faire sans la facilitation des mécanismes d'accès au juge qui semblent moins favorables aux justiciables en considération de la disproportion entre le nombre de cas de délinquance médicale constatés dans les hôpitaux et le nombre d'affaires portées devant les juridictions pénales.

<sup>272</sup> B. Pellegrini, « Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la personne humaine »

comme catégorie juridique », article préc., spéc. p. 124.