

SANTÉ PUBLIQUE ET NOUVEAUX RÔLES DU MÉDECIN EN FRANCE

*Christine Noiville**
& *Florence Bellivier***

Dans une société gagnée par la médicalisation et la judiciarisation, il incombe de revenir sur une question classique, celle du rôle et des responsabilités du médecin, dans un contexte totalement renouvelé par la publicisation de la santé. Au-delà de la préoccupation classique des pouvoirs publics pour la santé des populations, apparaît en effet un concept nouveau, l'ordre public sanitaire, qui exerce une influence indéniablement perturbatrice sur l'activité médicale. Le présent article montre ainsi comment le médecin, bien qu'affaibli par l'effritement du traditionnel pouvoir médical, est investi de rôles de plus en plus variés. Soignant, il est également éducateur de santé, gestionnaire, conseiller, expert et, au bout du compte, apparaît comme un relais plus que jamais indispensable des politiques publiques.

INTRODUCTION	46
I. DE LA SANTÉ PUBLIQUE À LA PUBLICISATION DE LA SANTÉ	47
A. L'extension illimitée du champ de la santé	47
B. La santé, un enjeu politique majeur	48
C. La naissance d'un ordre public sanitaire	49
II. RECONFIGURATION D'UNE PROFESSION	50
A. Le médecin, rouage essentiel	51
B. Un pouvoir contesté doublé de responsabilités mal identifiées	51
1. Un pouvoir de décision inconfortable.....	51
2. L'identification malaisée des responsabilités	52

* Christine Noiville, Directeur de recherche au CNRS, Directeur du Centre de recherche « Droit, sciences et techniques », Université Paris 1, UMR 8103.

** Florence Bellivier, professeur de droit privé à l'Université Paris 10 – Nanterre / Maison des Sciences de l'Homme Paris Nord. Cet article reprend l'essentiel des interventions au colloque organisé le 27 avril 2006 à l'UMR 8103 de droit comparé de Paris, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin* et publié aux Actes Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006. Les auteurs tiennent à remercier les Éditions Dalloz d'avoir autorisé la reprise de cet article.

INTRODUCTION

Syndrome d'alcoolisme fœtal, dépistage précoce des troubles du comportement, lutte contre le tabagisme et l'obésité : nul n'ignore le spectaculaire renforcement de la santé publique et l'emprise croissante que celle-ci exerce sur les choix politiques des sociétés occidentales contemporaines¹.

Moins connue, en revanche, est l'influence profonde et indéniablement perturbatrice de cette publicisation de la santé sur la profession médicale et, partant, sur l'acte médical. Pourtant, il est clair qu'elle aboutit à assigner au médecin des rôles de plus en plus nombreux et variés et, tout en amenuisant le traditionnel pouvoir médical, paraît contribuer à un alourdissement global de ses responsabilités.

On pourra certes aisément objecter qu'inévitablement, toutes les professions changent. De fait, tout comme la profession de juge a sensiblement évolué ces dernières décennies², la profession de médecin³ a d'ores et déjà connu des mutations radicales. C'est d'abord l'art médical qui a profondément évolué, à la fois quant aux techniques employées — PMA, chirurgie de pointe, imagerie, etc. — et quant à ses performances — prolongement de l'espérance de vie et éradication d'une grande partie des épidémies infectieuses, même si parallèlement, de nouvelles pathologies émergent⁴. En tant que profession, ensuite, la médecine a également profondément changé, tant sur le plan économique que social, puisqu'en même temps que la démographie médicale s'est accrue et spécialisée, la figure traditionnelle du médecin s'est banalisée, son autorité sociale fragilisée⁵. Enfin, cela fait déjà longtemps que l'on ne peut plus dire du métier de médecin, envisagé de façon concrète⁶, qu'il est enfermé dans un rôle unique, celui de soignant : le médecin est aussi chercheur, expert, arbitre de conflits privés ou publics, conseil, conciliateur, etc.

Le métier a donc sans aucun doute profondément changé et de façon qui plus est très spécifique, en raison des considérations collectives imposées par la protection de la santé publique et avec lesquelles il a été, de longue date, contraint de s'articuler. Champ de prédilection de l'action publique, la santé a

¹ Sur la notion de santé publique, sa polysémie et son extension, voir Dominique Lecourt, dir., *Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, Quadrige, Presses Universitaires de France, 2004, s.v. « santé publique ». L'expression désigne une réalité épidémiologique — l'état de santé d'une population, un mode de gestion — caractérisé le plus souvent par l'administration étatique de la santé, un domaine d'activité — correspondant à une spécialisation professionnelle et institutionnelle, de même qu'un champ disciplinaire. Jusqu'alors dénuée de définition juridique, la santé publique est désormais définie par l'article 2 de la *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004* relative à la politique de santé publique, J.O., 11 août 2004, 14277 [*Loi n° 2004-806 du 9 août 2004*], comme concernant :

1° La surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et de ses déterminants ; 2° La lutte contre les épidémies ; 3° La prévention des maladies, des traumatismes et des incapacités ; 4° L'amélioration de l'état de santé de la population et de la qualité de vie des personnes malades, handicapées et des personnes dépendantes ; 5° L'information et l'éducation à la santé de la population et l'organisation de débats publics sur les questions de santé et de risques sanitaires ; 6° L'identification et la réduction des risques éventuels pour la santé liés à des facteurs d'environnement et des conditions de travail, de transport, d'alimentation ou de consommation de produits et de services susceptibles de l'altérer ; 7° La réduction des inégalités de santé, par la promotion de la santé, par le développement de l'accès aux soins et aux diagnostics sur l'ensemble du territoire ; 8° La qualité et la sécurité des soins et des produits de santé ; 9° L'organisation du système de santé et sa capacité à répondre aux besoins de prévention et de prise en charge des maladies et handicaps ; 10° La démographie des professions de santé.

² Voir par ex. la *Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002* d'orientation et de programmation pour la justice, J.O., 10 septembre 2002, 14934 et la *Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003* relative aux juges de proximité, J.O., 27 février 2003, 3479, qui ont créé des juges de proximité. Plus récemment, voir aussi la proposition formulée par la Commission parlementaire sur l'affaire d'Outreau d'adjoindre deux citoyens jurés au juge des libertés et des détentions : France, *Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Rapport n° 3125 à la p. 343 et s. (6 juin 2006 ; président : André Vallini).

³ Voir art. L4131-1 Code de la santé publique, qui fait référence à la « profession de médecin » et la rattache désormais à la catégorie plus large des « professionnels de santé », qui désigne l'ensemble des professionnels médicaux et paramédicaux (médecins, chirurgiens dentistes, sages femmes, infirmières, pharmaciens, etc.) (voir par ex. art. L1110-1-1 Code de la santé publique).

⁴ Les causes de morbidité et de mortalité ont radicalement changé depuis 50 ans : la mortalité par cancer est 15 fois plus élevée que celle liée aux maladies infectieuses — qui représentaient 10 % des causes de mortalité en 1945 — et ce malgré l'apparition du sida. Parallèlement, les affections de longue durée ont explosé, comme l'asthme et les allergies, qui progressent dans chaque tranche d'âge, et ont doublé en trente ans. Par ailleurs, les pathologies mentales se diversifient et augmentent : 15 % de la classe d'âge 25-45 ans sont aujourd'hui atteints de dépression. Voir Marie-Hélène Aubert, Martine Billard et André Cicoella, « La santé publique mérite une deuxième révolution », *Libération* (15 juillet 2004) Rebonds 32.

⁵ Georges Tchobroutsky et Olivier Wong, *Le métier de médecin*, 2^e éd., Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 1996. Jean de Kervasdoué, *La crise des professionnels de santé*, Paris, Dunod, 2003.

⁶ Dans son sens classique, le terme « métier » revêt une connotation plus mécanique, manuelle et économique que le terme « profession », à connotation plus prestigieuse et souvent associée à l'idée de carrière. Voir *Le petit Robert*, 2006, s.v. « métier » et « profession ».

toujours donné prise, en effet, à de multiples interventions de l'autorité publique, ici pour prévenir les maladies — il suffit d'évoquer l'ancienneté des mesures d'hygiène publique — et définir la direction des politiques de santé, là pour gérer les institutions hospitalières ou surveiller les professions de santé⁷. Depuis lors, la santé publique n'a pas cessé d'être au cœur des préoccupations du législateur, y compris dans des dispositifs qui semblent les plus individualistes. Ainsi, la loi de 1975 dépénalisant l'avortement⁸ poursuivait-elle autant un but individuel — satisfaire les revendications des femmes sur leur corps — qu'un objectif de santé publique — éviter les nombreux décès dus à des avortements pratiqués clandestinement.

Surtout, comme on le sait, l'État s'est fait garant de la santé en consacrant un droit à la santé⁹ par ailleurs rendu possible par la *socialisation de la santé*, c'est-à-dire la prise en charge collective du coût engendré par cette dernière. Avec cette place croissante de l'État en tant que contrôleur, financeur, garant, s'est alors imposée une conception presque planificatrice de la santé, qui a inévitablement bouleversé l'organisation de la médecine et les principes dont elle s'était initialement dotée — paiement à l'acte, libre entente du prix entre médecin et patient, liberté totale des prescriptions¹⁰. La santé étant ainsi devenue un « triptyque État, patient, médecin », les incidences étaient évidemment décisives sur le statut et le rôle de ce dernier¹¹.

Pourtant, de la santé publique à la « publicisation de la santé », un véritable basculement s'est encore opéré. Il faut dessiner les contours de cette notion nouvelle (I), avant d'en examiner les conséquences les plus notables sur la profession médicale (II).

I

DE LA SANTÉ PUBLIQUE À LA PUBLICATION DE LA SANTÉ

Une chose est d'observer que la santé, préoccupation continue des pouvoirs publics, est prise en charge dans un cadre public¹², autre chose de constater d'une part, que son champ s'accroît de façon quasi infinie (A), d'autre part, qu'elle se formule en termes politiques (B), enfin, qu'elle se traduit notamment par l'émergence d'une notion-clé, l'ordre public sanitaire (C).

A. L'extension illimitée du champ de la santé

On ne peut comprendre cette première réalité que si l'on rappelle que la santé est une construction sociale, au sens où le rapport à la maladie, à la mort, à ce qui ressortit au normal ou au pathologique est très lié à des représentations culturelles¹³. Or le sens que notre société contemporaine attribue à la santé

⁷ Bien avant que l'État ne joue le rôle principal dans la définition et la direction des politiques de santé (par exemple en créant un Ministère de la santé en 1920), les interventions publiques en matière sanitaire ont toujours existé sous trois formes : la gestion des institutions hospitalières ; la surveillance des professions de santé ; la police sanitaire destinée à empêcher la propagation des maladies contagieuses pour lutter contre l'insalubrité — c'est le mouvement classique *d'hygiène publique* — puis à lutter plus activement contre les fléaux — c'est la *prévention sanitaire*. Voir Jean-Michel de Forges, *Le droit de la santé*, 5^e éd., Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, à la p. 4 [de Forges, *Le droit de la santé*]. Voir aussi Antoine Leca, « Introduction historique au droit de la protection de la santé publique » R.G.D.M., 2005.n° spécial.12.

⁸ *Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, J.O., 18 janvier 1975, 739.

⁹ Alinéa 11 du préambule de la *Constitution du 27 octobre 1946*. Pour le commentaire d'une décision du Conseil d'État déniait la qualification de liberté fondamentale à ce principe constitutionnel, voir Xavier Bioy, note sous Cons. d'État, 8 septembre 2005, Rec. 2005.

¹⁰ En témoigne la profonde évolution de la *Charte de la médecine libérale* de 1927, progressivement vidée de sa substance. Sur l'articulation entre l'exercice libéral et individuel de la médecine et les considérations collectives en jeu, voir notamment Louis Dubouis, « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins » *Revue de droit sanitaire et social*. 1996.743 ; Noël-Jean Mazen, « Le médecin libéral : un homme sous haute surveillance » *Gaz. Pal.* 1997.Doctr.1383 ; Didier Truchet, « L'intervention publique dans le domaine de la santé. La décision médicale et le droit » *A.J.D.A.* 1995.611.

¹¹ Sur la question de l'intervention étatique dans le domaine de la santé, voir Jean-Marie Auby, « L'intervention publique dans le domaine de la santé. La légitimité de l'intervention publique » *A.J.D.A.* 1995.588.

¹² Sur l'intensification de l'intervention publique dans le domaine de la santé, qui « fait naître à la vie juridique un corpus de normes, de principes juridiques capables de faire plier les autres branches du droit et de les contraindre à respecter les normes qu'il édicte », voir Emmanuel Cadeau, « Sur l'autonomie du droit de la santé... publique » dans Jacques Fialaire et Eric Mondielli, dir., *L'homme, ses territoires, ses cultures : mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, Paris, LGDJ, 2006, 309.

¹³ Voir École nationale d'administration (Groupe 10), Rapport « Santé et société », Séminaire « Les politiques de santé », Paris, juillet 2003, en ligne : École nationale d'administration <<http://www.ena.fr/index.php?page=ressources/rapports/sante/santesociete>>. Voir aussi Jean-Pierre Dozon et Didier Fassin, dir., *Critique de la santé publique. Une approche anthropologique*, Paris, Balland, 2001, qui montrent que la santé publique a beau prétendre œuvrer de façon neutre au bien-être de tous, le sens qui lui est attribué varie profondément selon les cultures et empêche toute approche universaliste en la matière.

laisse apparaître une donnée très nette. Non seulement constate-t-on une extraordinaire extension de l'objet de la protection — en vertu de la définition qu'en donne l'OMS, la santé recouvre aussi le bien-être¹⁴ —, mais une multitude de questions est désormais traduite en langage sanitaire et prise en charge à travers le prisme de la santé.

Les exemples de questions sociales ou morales reformulées en langage médical abondent, allant de la santé mentale¹⁵ à la sexualité¹⁶ en passant par l'échec scolaire¹⁷. De cette extension de la santé publique, c'est toutefois une récente expertise de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) qui s'avère la plus emblématique¹⁸. Elle préconise le dépistage précoce des « troubles de conduite » chez le petit enfant, entre autres pour aider à mieux prévenir la délinquance ; quelle que puisse être sa validité scientifique, elle illustre alors très bien la médicalisation d'un phénomène pourtant largement social et éducatif et, au-delà, la façon dont notre société tend à traduire ses maux en langage sanitaire.

B. La santé, un enjeu politique majeur

Que la santé constitue parallèlement un enjeu politique majeur est un constat qui s'impose de lui-même : en dix ans, le législateur français a voté plus de textes en santé publique qu'il n'en avait adopté depuis le début du dernier siècle¹⁹ ; par-delà l'offre de services cliniques et curatifs, toujours plus sophistiqués, il s'est doté d'un mandat plus vaste orienté vers la promotion de la santé, la prévention, la recherche, la formation professionnelle. C'est dire si la déontologie médicale n'est plus aujourd'hui qu'une petite facette d'un droit de la santé dont les règles sont de plus en plus définies dans un cadre public.

Mais il faut prendre soin d'affiner encore l'analyse. Un double mouvement s'impose alors. D'une part, les questions de santé se politisent. Tabagisme, obésité, alcoolisme sont érigés en enjeux politiques ; saturnisme ou handicap servent désormais de justification à la mise en œuvre d'une politique sociale²⁰ ;

¹⁴ *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, 22 juillet 1946, Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100, (entrée en vigueur : 7 avril 1948), préambule : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».

¹⁵ Voir Alain Ehrenberg, « La santé mentale », *Cahiers français*, n°324 (janvier-février 2005) 14 : la santé mentale est caractéristique d'une réorganisation des rapports entre maladie, santé et société, le souci actuel pour les « troubles de masse de la subjectivité individuelle » imprégnant aujourd'hui l'ensemble de la vie sociale. Voir aussi Entrevue du Dr. Daniel Zagury par Delphine Saubaber (18 juillet 2005) dans *L'Express* à la p. 58. Pour Zagury, la psychiatrie est devenue la « bonne à tout faire de la société », à qui l'on demande non plus de soigner les malades, mais d'apaiser un corps social en souffrance, ce qui conduit à un paradoxe terrible : « tout le monde a son psy, sauf les fous, vu l'état d'abandon de la psychiatrie publique ».

¹⁶ Voir *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* (1997), 29 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 120 (la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a condamné les pratiques sado-masochistes sur le fondement de la santé). Voir toutefois *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 (17 février 2005), en ligne : Cour européenne des Droits de l'Homme <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=&sessionid=11380945&skin=hudoc-fr>> (La Cour a substitué à ce fondement celui de l'absence de consentement de la victime).

¹⁷ Voir la prolifération des orthophonistes et autres orthoptistes luttant contre dysgraphie, dyslexie, etc., ou encore la croissance des prescriptions de *Ritaline* aux enfants agités, autant d'exemples qui indiquent que l'on confère une nature médicale à des réalités qui n'étaient jusqu'alors pas appréhendées socialement en ces termes.

¹⁸ Institut national de la santé et de la recherche médicale, Dossier de presse, « Trouble des conduites chez l'enfant et l'adolescent », (22 septembre 2005), en ligne : site officiel de l'INSERM <http://www.inserm.fr/fr/presse/dossiers_presse/att00000407/DPTroublesdesconduites.pdf>. Sur ce rapport, voir l'avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), *Problèmes éthiques posés par des démarches de prédiction fondées sur la détection de troubles précoces du comportement chez l'enfant*, Paris, 6 février 2007 <<http://www.ccne-ethique.fr/francais/pdf/avis095.pdf>>.

¹⁹ Après la loi fondatrice du début du siècle dernier — la *Loi du 15 février 1902* relative à la protection de la santé publique —, les progrès significatifs en matière de santé et l'efficacité croissante des techniques de soins ont réduit l'intérêt porté à la santé publique par l'État et le corps médical. La prévention et l'épidémiologie sont passées au second plan des préoccupations, les pouvoirs publics et les médecins se concentrant davantage sur les aspects curatifs et les soins. C'est l'objet des grands textes adoptés ces 15 dernières années que de procéder à un rééquilibrage en la matière. Voir : *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993* relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, J.O., 5 janvier 1993, 237 [*Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993*] ; *Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998* relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, J.O., 2 juillet 1998, 10056 [*Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998*] ; *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O., 5 mars 2002, 4118 ; *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004*, *supra* note 1 ; *Loi n° 2004-810 du 13 août 2004* relative à l'assurance maladie, J.O., 17 août 2004, 14598. Sur les racines historiques et sociologiques du « mal français » jusqu'alors caractéristique en la matière et que cet ensemble de textes a pour objet de surmonter, voir Aquilino Morelle, *La défaite de la santé publique*, Paris, Flammarion, 1996.

²⁰ S'agissant du handicap, on est passé d'un modèle individuel et médical à un modèle social, où le handicap ne renvoie plus aux caractéristiques d'un individu mais aux obstacles s'opposant à sa pleine participation sociale. Voir en effet la *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005* pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, J.O., 12 février 2005, 2353, et la récente condamnation de l'État pour non-scolarisation d'un jeune handicapé, Trib. admin. Lyon, 29 septembre

exemple plus emblématique encore de cette politisation de la santé, la sécurité sanitaire, face à une attente sociale exigeante et critique, a dépassé le champ médical pour devenir une priorité politique²¹ et judiciaire, comme en témoigne l'instauration des pôles de santé publique.

D'autre part, on constate un mouvement de « sanitarisation » du champ politique et social, au sens où de multiples questions ayant traditionnellement peu ou pas à voir avec la santé acquièrent désormais une dimension sanitaire²². Immigration, politique carcérale, politique de la ville : toujours plus nombreux sont en effet les sujets d'importance politique qui intègrent une composante santé, soit parce qu'ils peuvent constituer un levier — la politique de la ville sera par exemple conçue à l'appui des politiques de santé²³ —, soit tout simplement parce que la santé, bonne ou mauvaise, constitue un critère de reconnaissance de tel ou tel droit — elle est ainsi devenue un mode de régulation de l'immigration.

Avec cet enchevêtrement de sphères jadis largement étanches — le politique et le social d'un côté, la santé de l'autre —, la santé se décline plus que jamais en termes collectifs, parallèlement, voire concurremment, avec le rapport traditionnellement privé entre médecin et patient.

C. La naissance d'un ordre public sanitaire

Très corrélé aux deux précédents, un troisième constat conforte cette tendance. Il tient à la naissance d'un ordre public sanitaire. Si l'expression est nouvelle, son contenu l'est certes moins puisque historiquement, dans un but d'hygiène publique notamment, l'État a largement usé de mesures de police sanitaire — vaccinations obligatoires, examens médicaux pré-nuptiaux constituent ainsi autant de mécanismes de contrainte imposés dans l'intérêt supérieur de la société²⁴.

Toutefois, le fait marquant actuel consiste en un véritable envahissement du corps social par divers impératifs de santé publique. Un simple survol du *Code de la santé publique* le confirme : la lutte contre le dopage, la toxicomanie ou le tabagisme et les restrictions qui en découlent pour la liberté individuelle se marquent par un arsenal répressif croissant ; les obligations qui pèsent sur les personnes privées au titre de la santé publique se multiplient — propriétaires vendeurs d'un bien immobilier contraints de procéder à un « diagnostic amiante »²⁵, industriels obligés à renforcer l'information sur les risques sanitaires de leurs produits²⁶, etc. Prévention, incitation, contraintes ou répression : quel que soit le mode adopté, on

2005, 1^{ère} chambre, n° 0403829. Voir aussi Jean-François Ravaud et Isabelle Ville, « Le handicap comme nouvel enjeu de santé publique » *Les cahiers français* n°324 (janvier-février 2005) 21. Concernant le saturnisme, voir le volet « saturnisme » de la *Loi n°98-657 du 29 juillet 1998* d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O., 31 juillet 1998, 11679, et la lutte contre « l'habitat indigne » prévue par la *Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000* relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU), J.O., 14 décembre 2000, 19777.

²¹ La notion est née avec l'affaire du sang contaminé mais aussi avec l'efficacité croissante de la médecine qui, paradoxalement, rend plus présentes les préoccupations de sécurité sanitaire. Elle s'est définitivement imposée avec la *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993*, *supra* note 19, et la *Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998*, *supra* note 19. Voir Didier Tabuteau, *La sécurité sanitaire*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 2002 à la p. 20 et s.

²² Voir Didier Fassin, « Les nouvelles frontières de la santé » *Sciences humaines* n°141 (août-septembre 2003) 16.

²³ Depuis la fin des années 1990, la politique de la ville mise en place par l'État français a développé un nouvel outil, les « ateliers santé-ville », qui visent à réduire les inégalités et à améliorer l'accès aux soins et à la prévention des personnes vulnérables. Notons qu'une quantité croissante de textes, tant à l'échelle nationale qu'euro-péenne, imposent un tel croisement entre politiques sectorielles et santé. Voir notamment CE, *Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Amsterdam)*, [1997] J.O. C 340/03 à la p. 173, art. 152, lequel requiert la prise en compte « d'un niveau élevé de protection de la santé humaine dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté ».

²⁴ De Forges, *Le droit de la santé*, *supra* note 7 à la p. 79 et s., à la p.92 et s. Sur les notions d'ordre public, de démocratie et de citoyenneté sanitaires analysées du côté du patient, voir Benjamin Pitcho, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, Études Hospitalières, Thèses n° 15, 2004.

²⁵ Art. R1334-24 Code de la santé publique.

²⁶ Par exemple, les baladeurs doivent porter un message de caractère sanitaire précisant que, à pleine puissance, l'écoute prolongée du baladeur peut endommager l'oreille de l'utilisateur. Voir *Décret n° 98-858 du 22 septembre 1998* relatif aux sanctions en cas d'infraction aux dispositions concernant les baladeurs musicaux et modifiant le code de la santé publique, J.O., 25 septembre 1998, 14623. Au sujet de la lutte contre l'obésité, les messages publicitaires en faveur de certaines boissons doivent contenir une information à caractère sanitaire (les annonceurs peuvent déroger à cette obligation sous réserve du versement d'une contribution au profit de l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé et destinée à financer des actions d'information et d'éducation nutritionnelles). Également, les distributeurs automatiques de boissons et de produits alimentaires payants et accessibles aux élèves sont désormais interdits dans les établissements scolaires. Voir les articles 29 et 30 de la *Loi no 2004-806 du 9 août 2004*, *supra* note 1. Enfin, une mention sur les bouteilles d'alcool doit informer les femmes enceintes des risques encourus. Voir *Arrêté du 2 octobre 2006* relatif aux modalités d'inscription du message à caractère sanitaire préconisant l'absence de consommation d'alcool par les femmes enceintes sur les unités de conditionnement des boissons alcoolisées, J.O., 3 octobre 2006, 14626.

constate que comme l'ordre public économique ou environnemental²⁷, l'ordre public sanitaire gagne du terrain et conduit à un véritable maillage sanitaire du corps social, au point que certains ont pu voir dans la loi de santé publique le retour d'un « État policier »²⁸.

Ce maillage est par ailleurs soutenu par une myriade de structures qui, elles aussi, illustrent un profond renouvellement. Voilà en effet un domaine où les institutions et acteurs foisonnent : État, Haute autorité de santé, agences, assurance maladie, observatoires régionaux de santé, institut d'éducation pour la santé, associations de patients, etc. forment un ensemble, assez peu lisible du reste, comparable à un véritable « gouvernement de la santé », où se redéfinissent les rapports entre les différents acteurs du système de santé, ainsi que l'indiquent diverses innovations sémantiques telles « usagers du système de santé » ou « démocratie sanitaire »²⁹.

Ordre public sanitaire, publicisation de la santé : il ne s'agit certes pas de nier que derrière ces notions se joue une réalité plus nuancée et souvent plus subtile que celle qui vient d'être brossée à grands traits.

On sait ainsi qu'en même temps qu'elle se publicise, la santé n'échappe pas au phénomène de marchandisation qui marque la société tout entière : certaines pathologies sont purement et simplement construites par une logique marchande — il en est ainsi du dysfonctionnement sexuel féminin, qui démontre la facilité avec laquelle l'industrie pharmaceutique suscite de nouveaux besoins et une consommation médicale supplémentaire³⁰ ; la question des conflits d'intérêts se pose par ailleurs de façon exacerbée en matière de santé³¹.

Il convient également de nuancer et d'affiner le concept d'ordre public sanitaire. D'abord, quant à sa portée — pensons au refus de soin, conforté par la loi du 4 mars 2002³² ou aux réticences que suscite encore le projet d'interdiction totale de fumer dans les lieux publics. Quant à ses sources, ensuite, puisque au-delà de l'action de l'État, l'ordre public sanitaire s'alimente partiellement à l'offre de services du corps médical lui-même : à travers la multiplication des tests — génétiques, de grossesse, etc. —, les pratiques de procréation médicalement assistée ou le diagnostic préimplantatoire se diffusent en effet une offre et des usages dont il faut reconnaître que, *de facto*, ils finissent par se nover en obligations, au moins sociales.

Quelles que soient les nuances à lui apporter, toutefois, la publicisation de la santé, telle qu'elle vient d'être décrite, constitue assurément un renouvellement profond de la façon dont a été classiquement appréhendée la santé publique. Aussi bien ses répercussions sur le rôle du médecin constituent-elles un véritable basculement.

II

RECONFIGURATION D'UNE PROFESSION

La plupart des conséquences de la publicisation de la santé sur le rôle du médecin sont invisibles à la seule lecture des textes vu le cloisonnement encore trop souvent de mise entre droit de la santé et droit médical. Si l'on fait un effort pour le dépasser, on constate que si le médecin est un indispensable rouage du système (A), son pouvoir, au sens classique du terme, est de plus en plus contesté tout en étant corrélé à de nouvelles responsabilités pesantes mais incertaines (B).

²⁷ Marguerite Boutelet et Jean-Claude Fritz, dir., *L'ordre public écologique : Towards an Ecological Public Order*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

²⁸ *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004*, *supra* note 1. Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Rapport de synthèse : le droit des politiques publiques de protection sanitaire » R.G.D.M. 2005.n° spécial.134. Sur les incidences de cet ordre public sur le patient, devenu « citoyen sanitaire », voir Pitcho, *supra* note 24.

²⁹ S'agissant de cette redéfinition, il faut en effet noter qu'autant la révolution hygiéniste était une révolution centralisée et parfois autoritaire, autant les récentes réformes de santé publique sont plus régionalisées, tendent à remettre de nombreuses compétences aux instances locales et sont fondées sur une participation active des citoyens (associations de malades et d'usagers, associations de victimes du travail, etc.). Voir Gérard Mémeteau, *Cours de droit médical*, 2^e éd., Bordeaux, Études Hospitalières, 2003 à la p. 19 et s.

³⁰ Voir Boris Hauray, *L'Europe du médicament. Politique, expertise, intérêts privés*, Paris, Presses de Sciences Po., 2006.

³¹ Voir les travaux de la mission parlementaire d'information sur le médicament instituée en 2005 à la demande du sénateur François Autain : France, Sénat, Commission des Affaires Sociales, « Mission d'information de la commission des affaires sociales sur les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments ».

³² *Loi n°2002-303 du 4 mars 2002* relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O., 5 mars 2002, 4118. Voir toutefois Cass. civ. 1e, 15 novembre 2005, J.C.P. 2005.II.10045, obligeant le médecin à veiller à ce que le refus de soins soit éclairé.

A. Le médecin, rouage essentiel

Parce qu'il est celui qui est en contact le plus étroit avec le corps du patient et peut ainsi influencer sur les comportements de ce dernier, parce qu'il est ordonnateur des dépenses de santé, en tant que prescripteur, transformateur d'informations, etc., le médecin, de concert avec les autres professionnels de la santé, est l'un des vecteurs privilégiés des réformes touchant la santé publique.

Plus précisément sa tâche ne cesse de se complexifier, les rôles qui lui incombent de se multiplier. D'une part, au nom de l'ordre public sanitaire le médecin est de plus en plus sollicité pour soutenir des mesures qui à travers la prise en charge de l'individu protègent le groupe. Certes, l'article R4127-2 du *Code de la santé publique* relatif au code de déontologie médicale énonce déjà que le médecin exerce sa mission « au service de l'individu et de la santé publique » mais les choses vont désormais plus loin. C'est ainsi qu'en tant que médecin traitant il doit gérer le dossier de ses patients, coordonner leur parcours et surtout se faire l'instrument de l'équilibre financier de la sécurité sociale³³; en tant qu'acteur de la prévention, et parce qu'il doit comme l'énonce la loi de santé publique, concourir « à la politique de réduction des risques », et « mettre en œuvre les objectifs quantifiés adoptés par la représentation nationale »³⁴, le médecin est sollicité pour participer par exemple à la lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme. Cette mission de réduction des risques l'installe parfois dans une posture inconfortable et inédite, par exemple quand il doit convaincre un patient de transmettre une information génétique utile à des apparentés ou encore quand il doit se faire éducateur de santé en façonnant les comportements de ses patients.

D'autre part, et inversement, bien que toujours au nom de l'ordre public sanitaire, on lui demande, au-delà du colloque singulier, d'assumer toujours plus de tâches d'intérêt général (déclarations, certifications, transmission d'informations), parfois au moyen de nouvelles structures tels les réseaux de santé ou de soins, ou de nouveaux instruments comme les contrats de santé publique. On voit qu'avec cette croissance de la facette « intérêt public » de sa mission, le médecin est plus que jamais un relais de choix de société, qui s'exprime de manière particulièrement nette dans le domaine de la santé ou qui comporte de plus en plus une composante relative à la santé. Exécutant de premier ordre ou simple maillon ? L'analyse de la réalité du pouvoir qu'il exerce devrait fournir quelques éléments de réflexion.

B. Un pouvoir contesté doublé de responsabilités mal identifiées

L'analyse de l'évolution du pouvoir médical dans un contexte de publicisation de la santé met au jour un phénomène indéniable, à savoir l'extension de son rôle politico-social du fait de la délégation croissante d'un certain nombre de décisions au corps médical. Ce pouvoir, réel mais décalé par rapport à la mission classique du médecin, contesté par ceux-là même qui en sont dotés (1) est redoublé de responsabilités dont il est difficile de mesurer la portée (2).

1. *Un pouvoir de décision inconfortable*

Ce phénomène, devenu classique dans un certain nombre de domaines, est aujourd'hui renouvelé. Que le médecin assume un rôle de décision croissant n'est certes pas nouveau à proprement parler. Une telle tendance a depuis un certain temps déjà été bien mise en relief s'agissant de l'expérimentation biomédicale ou de l'assistance médicale à la procréation dont les réglementations successives confèrent indéniablement au médecin le pouvoir d'apprécier la légitimité de la demande à laquelle il est confronté. On peut alors se risquer à qualifier les médecins de « petits législateurs » au sens où ils finissent par exercer un pouvoir normatif consistant à élaborer à leur propre usage, dans le cadre législatif ou réglementaire, une « doctrine » justifiant des décisions qui ne sont pas toujours prises au regard de

³³ Voir Odile Plichon, « Les médecins contrôleurs de la Sécu payés au mérite » *Le Parisien* (7 avril 2006) 10 : il semblerait que la Confédération française de l'encadrement — Confédération générale des cadres (CFE-CGC), Force Ouvrière (FO) et la Confédération française démocratique du travail (CFDT) aient avalisé la convention collective des praticiens conseil, ces médecins de la sécurité sociale chargés de vérifier que les assurés n'abusent pas des arrêts maladie et que les médecins libéraux n'en prescrivent pas trop. Non seulement le salaire de base de chaque praticien serait réévalué de 300 euros mais de nouveaux éléments de rémunération au mérite entreraient en ligne de compte. *Quid* alors de l'indépendance de la profession vis-à-vis de son employeur (l'assurance maladie) ? Et des droits des malades ? Si, par exemple, en fin d'année, l'objectif fixé par la sécurité sociale de réduire de 10 % le nombre d'arrêts maladie n'est pas atteint, certains médecins conseil ne seront-ils pas tentés de remettre au travail des assurés afin de toucher leur prime ? Le Conseil national de l'ordre des médecins a exprimé ses plus vives inquiétudes. Le dossier est entre les mains du ministre de la santé qui doit agréer le texte.

³⁴ *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004, supra* note 1.

critères médicaux³⁵. Deux domaines illustrent particulièrement le propos, la procréation médicalement assistée et la fin de vie.

Plus étonnant est sans doute que ce phénomène de délégation de pouvoir se produit de plus en plus souvent dans des domaines *a priori* indifférents à la santé et sans que le médecin l'ait en quelque façon sollicité, contrairement à ce qui se passe dans les champs comme l'euthanasie et la reproduction, où les médecins — quoique souvent critiques par rapport à la législation qui le leur confère — sont souvent à l'origine, de façon directe ou indirecte, de la délégation de cet embarrassant pouvoir de décision. En effet, à mesure que s'accroît l'*imperium* de la santé, devenant un critère d'attribution de tel droit ou de refus de tel autre, les cas de figure se multiplient dans lesquels le médecin se trouve fortement impliqué dans une décision non médicale, du fait même qu'il a établi tel certificat ou donné tel avis. Le phénomène est particulièrement net en matière de séjour des étrangers et de droit d'asile.

Pourtant, il serait trop simple de corrélér de façon systématique ce pouvoir décisionnel lourd de conséquences sociales à un accroissement de pouvoirs. En effet, il est difficile d'ignorer le discours de médecins se plaignant de devoir assumer de plus ou plus de tâches qui ne sont pas les leurs³⁶ ou, de manière plus pertinente, d'être insidieusement transformés en agents de politiques publiques par des autorités qui se défont. Est-ce au médecin du travail de participer à la politique de sélection de travailleurs qui seraient exposés à tel ou tel risque ? Est-ce au médecin de décider qu'il n'y a pas de contre-indication à ce que tel étranger retourne dans son pays d'origine ? Est-il suffisamment armé et bien placé pour juger des cas de dopage en matière sportive ?

D'où un paradoxe : c'est par ceux-là même qui l'exercent — les médecins — que ce pouvoir d'un nouveau genre, plus administratif ou politique que médical, est contesté. Au fond, qu'il s'agisse de participer à la prise de décisions politiques qui ne le regardent pas ou de s'instituer en expert de telle ou telle condition sociale ou psychologique, le médecin est mal à l'aise avec le pouvoir dont il est investi, parce qu'il s'exerce dans un cadre autre que celui du classique paternalisme médical, borné par le colloque singulier et la compétence technique indiscutable du médecin. Dès lors on est conduit à se demander si, en refusant de s'engager résolument dans ces voies nouvelles, le médecin, sous couvert de manque de moyens et de compétence, s'enferme dans une conception technicienne et désuète de son rôle. À tout le moins faudra-t-il, à l'avenir, que soient redessinés plus fermement les contours de la notion d'acte médical.

Sans doute cet inconfort trouve-t-il également sa source dans la difficulté d'identifier les conditions de mise en œuvre et les effets de la responsabilité médicale.

2. *L'identification malaisée des responsabilités*

Si la publicisation de la santé affecte à coup sûr l'identité sociale du médecin, ses effets sur sa responsabilité sont plus difficiles à mesurer : est-il plus ou moins responsable ? L'est-il autrement ? La synthèse est difficile car une tendance chasse l'autre : la responsabilité civile est globalement marquée par un recentrage autour de la faute, parfois même caractérisée, sans parler des dispositifs indemnitaires d'où est évacuée toute notion de faute ; la mise en cause de plus en plus fréquente de l'État dans des affaires de santé publique semble mettre le médecin au second plan mais en même temps, c'est bien parce que ces hypothèses concernent la santé, et qu'à un moment donné ou un autre il y a eu défaillance de prévention ou de soin, qu'elles surgissent au contentieux ; enfin, le droit pénal étant, en dépit des classifications judiciaires et universitaires, intrinsèquement du droit public, il est logique que la publicisation de la santé affecte la responsabilité pénale du médecin dans une mesure qu'il faudra déterminer.

³⁵ Sur ce phénomène, voir Marcela Iacub et Pierre Jouannet, dir., *Juger la vie. Les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La Découverte, 2001.

³⁶ Il est ici question de la protestation récurrente relative aux tâches administratives croissantes que devraient assumer les médecins. Le constat est indéniable mais d'une part il concerne presque toutes les professions, d'autre part il est parfois piquant de voir ceux-là mêmes qui sont payés par la Sécurité sociale se plaindre de devoir lui envoyer des documents.