

Victime de la séduction du médecin, question de droit, de déontologie ou de morale ?

Bruno PY

Professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine, Faculté de Droit de Nancy, IFG-EA7301

Relation de soin et victime. Depuis Louis JOUVET incarnant le Docteur KNOCK au cinéma en 1951, chacun sait qu'un médecin peut porter sous une blouse blanche une âme bien noire¹. La publication en septembre 2016 de l'ouvrage : « Les brutes en blanc », par Martin WINCKLER, lui-même médecin, soulève une vague de réactions tant de ses partisans que de ses détracteurs². Les débats dans la presse et les réseaux sociaux³ confinent rapidement au manichéisme. Certains patients dénoncent des brutalités dont ils auraient été l'objet de la part de médecins. De nombreux médecins se sentent salis, bafoués, insultés. Les premiers stigmatisent des relents de paternalisme⁴, les seconds évoquent un quasi-sacerdoce⁵. Deux ans plus tard, c'est l'emprise sexuelle qui est dénoncée, certains prétendant faire explicitement prohiber toute forme de sexualité au sein de la relation de soin, au nom de la protection de la partie faible – le patient.

Relation de soins et rapport au corps. Il est un temps que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître, où les ouvrages médicaux et leurs planches anatomiques étaient les seules sources illustrées présentant des images de nudité. Tout professionnel de santé est culturellement un spécialiste du rapport au corps de l'autre. Depuis ses premiers enseignements, le futur soignant apprend à regarder, à palper, à lire le corps humain. La médecine est consubstantielle du corps dénudé, et donc de la pudeur dévoilée⁶.

Relation de soins et séduction : la réalité des faits. Séduire, c'est, selon le petit Robert, l'action de détourner du bien, (*se ducere* : conduire à soi), de faire tomber en faute. Le piège de la séduction est l'un des plus connus des médecins. Et l'un des plus unanimement réprouvés⁷. Les quelques études menées sur la question des relations amoureuses entre soignant et soigné ont montré que de telles idylles n'étaient pas rares⁸. Il se noue donc parfois des relations intimes, y compris sexuelles, entre soignants et soignés. Aphrodite⁹ peut

¹ Jules ROMAINS, Knock ou le triomphe de la médecine, 1924. Bruno PY, Le médecin, la brute et le truand, in *Légalité, légitimité, licéité*, Mélanges Jean-François SEUVIC, PUN 2018, p.475.

² Martin WINCKLER (Dr Marc ZAFFRAN), *Les brutes en blanc*, Flammarion 2016, bandeau : pourquoi y a-t-il tant de médecins maltraitants ? ; « L'Ordre des médecins regrette que Martin Winckler ait fait le choix de la caricature et de l'amalgame pour assurer la publicité de ses écrits. » Prise de position de l'Ordre des médecins sur le livre de M. Winckler 07/10/2016, <https://www.conseil-national.medecin.fr/node/1891> ; Stéphane LONG, *Les brutes en blanc : des médecins écœurés répliquent à Winckler*, *Le quotidien du médecin* 15 oct. 2016.

³ Cf. par ex. le blog du Dr Baptiste BEAULIEU, médecin généraliste très connecté, en passe de devenir une star du web. <http://www.alorsvoila.com/2016/04/12/une-banale-histoire-de-maltraitance/>

⁴ Martin WINCKLER, *Les médecins ne doivent pas être des cadors*, *Le Monde* 16 oct. 2016.

⁵ <https://jesuisjeunegeneraliste.reagir.fr/index.php/2016/06/28/une-vocation-pas-un-sacerdoce/>

⁶ Bruno PY, *La pudeur et le soin*, 2^{ème} éd. PUN édulor 2019.

⁷ Paul BENSOUSSAN, *Pratique médicale et sexualité : éthique et déontologie*, *Sexologies* 2003, - VOL.XII, N° 43. Paul Bensoussan est psychiatre, expert près la Cour d'Appel de Versailles. Il est également sexologue.

⁸ 10% des psychiatres américains selon l'*American Psychiatric Association* en 1986 ; 3 à 11% des médecins Danois, AFP 24-02-2004.

⁹ Aphrodite (en grec ancien Ἀφροδίτη / *Aphrodité*) est la déesse grecque de la germination, de l'amour, des plaisirs et de la beauté. Elle a pour équivalent Vénus dans la mythologie romaine. On peut distinguer deux conceptions différentes d'Aphrodite : celle du plaisir de la chair, plus « terrienne » en quelque sorte, et celle de l'amour spirituel, pure et chaste dans sa beauté. (Symbole la pomme) Déesse de l'amour, (Vénus en latin) elle s'ingénie à faire naître dans le cœur des dieux - et particulièrement celui de Zeus - le désir de s'unir à des mortelles. Pour

rencontrer Hippocrate¹⁰. L'incidence de ces écarts est difficile à évaluer. Elle est en augmentation apparente, entraînant des sanctions ordinales aggravées, probablement en raison d'une évolution vers une moindre tolérance à la fois des victimes, du public et du corps médical¹¹.

Relation de soins et séduction : un interdit implicite. L'altruisme bienveillant du professionnel de santé le conduit à consacrer son énergie à faire du bien au soigné. Cette « vocation » altruiste est-elle forcément platonique ? La relation de soin a longtemps été fondée sur une asymétrie de savoir et de pouvoir. Le médecin, savant, était décidant. Le patient, soigné, ignorant était passif et obéissant. Ce schéma était constitutif d'un modèle paternaliste dans lequel le médecin jouait le rôle du père et le malade celui de l'enfant comme en témoigne la conception du Professeur Louis Portes en 1954 : « *Face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune manière le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair, qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est et doit être pour lui comme un enfant à apprivoiser* »¹². Partant d'une telle posture paternaliste, il était assez logique que la question de la séduction et des éventuels prolongements sexuels soit régie par un régime fortement prohibitionniste. Le « père » ne saurait « corrompre » l'enfant. Après être parti à la recherche de l'origine de l'interdit, nous nous demanderons quelle portée celui-ci peut avoir au 21^{ème} siècle.

I) À la recherche de l'origine de l'interdit

Le curieux qui part à la recherche des sources de la prohibition de toute relation de séduction entre soignant et soigné se tourne intuitivement vers les textes régissant la déontologie professionnelle des médecins (A). Dans un second temps, il explore les sources législatives et réglementaires (B). Dans les deux cas, il découvre avec gêne que la prohibition est seulement implicite et qu'elle est fondée sur des préceptes fragiles.

A) LA SEDUCTION ET LES REGLES DEONTOLOGIQUES

Relation de soins et séduction : une prohibition « évidente » ? En France, bien que le Code de déontologie soit muet sur ce point, il apparaît que bon nombre d'auteurs affirment que ce silence est dû à l'évidence de l'interdiction... « *La pratique médicale expose à des contacts intimes susceptibles de dégénérer en relation sexuelle. Or, celle-ci correspond à un interdit absolu, si évident sans doute qu'il n'est pas précisément identifié dans le Code de déontologie*

éviter qu'elle ne se vante d'être à l'origine de ces aventures, Zeus lui fait rencontrer un beau prince troyen, Anchise, dont elle tombe immédiatement amoureuse : de cette liaison naîtra Énée, l'ancêtre des Romains (Homère, Hymne à Aphrodite). Elle trompe son époux Héphaïstos avec Arès (Homère, Odyssée) ; de cette union naît Éros (Cupidon en latin), dieu du désir amoureux ; avec Hermès, elle engendre Hermaphrodite.

¹⁰ Hippocrate « le Grand » ou Hippocrate de Cos (en grec: Ἱπποκράτης *Hippokratés*) (vers 460 av. J.-C., île de Cos - vers 370 av. J.-C., Larissa) était un médecin grec de l'âge de Périclès considéré comme une des grandes figures de l'histoire de la médecine.

¹¹ En France, la Section Disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins a eu à connaître une quarantaine d'affaires de ce type au cours des dix dernières années. Aux États-Unis sur 1 % des praticiens sanctionnés chaque année, 10 % des sanctions sont motivées par une conduite sexuelle inappropriée. Psychiatres et gynécologues seraient plus exposés que d'autres. Conseil National de l'Ordre des médecins, Pratique médicale et sexualité, Rapport adopté lors de la session de déc. 2000, Pr. Bernard HOERNI. « En 2016, 35 sanctions ont été prononcées par les chambres disciplinaires de première instance pour des manquements déontologiques liés à des actes à connotation sexuelle, dont six radiations. Au niveau de la chambre disciplinaire nationale, qui traite les appels, 15 sanctions ont été prononcées en 2016 pour ce motif, dont quatre radiations. » (François BEGUIN, Le Monde 27 mars 2018).

¹² Louis PORTES, À la recherche d'une éthique médicale, Masson 1954, p.163.

médicale »¹³. Ils s'en réfèrent généralement au serment d'Hippocrate pourtant sans valeur juridique¹⁴, qui prévoit pour le médecin entrant dans la carrière : « *Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait, et de tout acte volontaire et corrompue, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves* »¹⁵.

Relation de soins et séduction : le silence du Code de déontologie. Quatre articles du code de déontologie professionnelle sont parfois invoqués à l'appui de la prohibition. Aucun n'est réellement pertinent. L'article 2 prône le respect de la personne et de sa dignité ; l'article 3 rappelle le nécessaire respect des principes de moralité ; l'article 31 impose de s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci ; l'article 51 interdit toute immixtion sans raison professionnelle dans la sphère privée des patients¹⁶. Seule une conception particulièrement extensive des notions de dignité ou de moralité pourrait fonder l'interdiction de tout rapprochement amoureux et/ou sexuel. Le Code de déontologie ne parle ni de sexe, ni de sentiments¹⁷.

Relation de soins et séduction : un obstacle moral. La déontologie tendrait-elle à devenir une nouvelle police des mœurs ?¹⁸ La lecture de la presse spécialisée montre parfois les signes d'une posture morale particulièrement restrictive. « *La relation sexuelle avec son patient est interdite. Même sincère, une relation sexuelle avec un -ou une- patient(e) peut être sévèrement réprimée par l'Ordre. A moins de rompre au préalable toute relation médicale. (...) Si le médecin en question a perdu le Nord, il faut rappeler que la relation sexuelle consentie avec un patient n'est pas non plus autorisée par la déontologie. S'il ne s'agit pas d'une faute pénale, ni civile, l'ordre est toujours susceptible de sévir. Peu importe le degré de sincérité de la liaison...* »¹⁹. Sans doute faut-il déceler derrière ces affirmations la crainte d'un abus de pouvoir médical, lequel n'est pas en soi une infraction mais une circonstance aggravante des infractions sexuelles²⁰.

¹³ « Principe : L'interdit de relations sexuelles entre médecin et patient relève de la même logique inhérente à " l'exception médicale " que l'interdiction de donner la mort, le secret médical ou l'interdiction de faux certificats ». Conseil National de l'Ordre des médecins, Pratique médicale et sexualité, Rapport adopté lors de la session de déc. 2000, Pr. Bernard HOERNI.

¹⁴ Joel MORET-BAILLY, *Essai sur les déontologies en droit positif*, Thèse droit, Saint-Étienne, 1996.

¹⁵ Extrait des œuvres complètes d'Hippocrate, traduites par Emile Littré, Paris, Baillière 1819-1861. « *Si je remplis ce serment sans l'enfreindre, qu'il me soit donné de jouir heureusement de la vie et de ma profession, honoré à jamais des hommes. Et si je le viole et que je me parjure, puisse-je avoir un sort contraire* ». Hippocrate rappelle en passant que, dans la Grèce antique, on pouvait séduire indifféremment les filles ou les garçons, et que le statut du médecin pouvait l'amener à avoir un comportement séducteur - et d'user de son autorité pour obtenir les faveurs sexuelles des personnes dont il s'occupait. C'est bien entendu toujours le cas aujourd'hui. (...) En relisant le « serment d'Hippocrate » *Un commentaire en trois mouvements*, par Martin WINCKLER Article mis en ligne le 29 septembre 2007 Ce texte est extrait de *J'ai mal là*. Je le publie ici pour servir de contrepoint au *Décatalogue de la relation de soins*.

¹⁶ Code de la santé publique, Article R.4127-2 : Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. Article R.4127-3 : Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. Article R.4127-31 : Tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci. Article R.4127-51 : Le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients.

¹⁷ Patrick MISTRETTA, L'odyssée des mœurs en droit pénal et médical, in Bruno PY et Frédéric STASIAK, *Légalité, légitimité, licéité*, Mélanges Jean-François SEUVIC, PUN 2018, p.191.

¹⁸ Déontologie : « *Ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel* » G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F. 2004.

¹⁹ Impact Médecin, 5 nov. 2004.

²⁰ « Un interdit connu de tous et dont on ne parle pas, c'est bien d'un tabou qu'il s'agit ; un sujet sur lequel on fait silence, par crainte ou par pudeur. Le tabou, c'est ici l'indicible social, qui ne peut ni se dire, ni se voir, et génère, par essence, le secret. Or, la transgression d'un interdit – d'un tabou – par une autorité aussi symbolique que celle du médecin ne peut revêtir qu'un caractère pervers. Non au sens d'une perversion sexuelle, mais bien dans celui d'une perversité de caractère, c'est-à-dire d'une volonté de manipulation, de chosification, de réification de l'autre. L'autre, qui se sentira, parfois rétrospectivement, abusé, au sens réel de ce terme. » Paul BENSOUSSAN, *Pratique médicale et sexualité : éthique et déontologie*, Sexologies 2003, - VOL.XII, N° 43.

Relation de soins et séduction : un obstacle ordinal d'ordre purement moral. La jurisprudence disciplinaire relate un cas de sanction ordinaire d'un psychiatre ayant eu avec sa patiente des relations intimes : « *ce comportement, même de courte durée et avec le consentement de la patiente, a méconnu les principes généraux qui s'imposent aux médecins dans leurs rapports avec leurs patients* »²¹. Pour notre part, nous considérons que cette décision n'a aucun fondement textuel précis, vu le silence du code de déontologie et relève plus d'un jugement moral que d'une décision disciplinaire²².

Une pétition pour faire modifier le code de déontologie. Le 27 mars 2018, plusieurs personnalités adressent au Ministre de la Santé, Madame Agnès Buzyn une pétition²³ par laquelle « *Les signataires de cette pétition demandent l'ajout au Code de Déontologie Médicale d'un article interdisant explicitement aux médecins toute relation sexuelle avec les patient(e)s dont ils assurent le suivi* ». L'argumentation principale vise à faire cesser les agissements des « prédateurs sexuels » en « blouse blanche » ou « sur divan »²⁴. Se fondant sur les théories de Freud, du transfert et du contre transfert, la pétition prétend que toute relation sexuelle entre médecin et patient devrait être prohibée. L'argumentation renvoie aux notions très à la mode d'emprise psychologique et implicitement de système agresseur²⁵. L'inspiration canadienne est évidente, quand on étudie le code des professions loi-cadre qui régit l'ensemble du système professionnel québécois²⁶, lequel prévoit explicitement un interdit dans son article 59-1 : « *Constitue un acte dérogatoire à la dignité de sa profession le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services, d'abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles* ». Heureusement, en France, le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) a clairement réagi en revenant aux principes fondamentaux. « *L'Ordre estime cependant qu'une telle disposition, et son inscription dans un texte réglementaire, serait une intrusion dans la vie privée des personnes libres et consentantes. Cela lui paraît en outre inutile, dès lors que les textes actuellement applicables et appliqués permettent de réprimer en droit disciplinaire tous les abus de faiblesse sur personne en situation de vulnérabilité, y compris en matière sexuelle. L'interdiction, par voie réglementaire, de relations sexuelles librement consenties entre un médecin et son patient contreviendrait selon l'Ordre des médecins aux principes de la liberté des personnes* »²⁷.

Une affirmation médiatique de révolution déontologique. Au printemps 2019, la presse grand public l'a claironné à grand bruit, les médias l'ont diffusé largement et les réseaux sociaux l'ont répandu à l'envi, l'Ordre des médecins aurait explicitement prohibé toute forme de relation sexuelle entre un médecin et un patient²⁸. Certains journalistes évoquent une modification de l'article 2 du code de déontologie médicale. Cet article 2 n'a pourtant pas changé depuis le Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie

²¹ CE, 8 déc. 2000, n° 196204.

²² « On fait une toilette morale pour son confesseur, on n'en fait pas pour son médecin. » Marie VALYERE, *Nuances Morales*, in La Revue hebdomadaire, septembre 1901, p. 256.

²³ <http://www.atoute.org/n/article366.html>

²⁴ Bruno PY, Faut-il interdire les relations sexuelles entre médecins et patients ? Quand une pétition rappelle que l'enfer est pavé de bonnes intentions, RDS n° 83, mai 2018, pp.441-445.

²⁵ Marlène SCHIAPPA, *La culture du viol*, L'aube, 2018.

²⁶ http://gpp.oig.qc.ca/le_code_des_professions.htm

²⁷ CNOM communiqué de presse 27 mars 2018, en ligne.

²⁸ L'Ordre des médecins interdit les relations sexuelles avec les patients, Barbara KRIEF et Bérénice ROCFORT-GIOVANNI, L'obs 12 mars 2019 ; L'Ordre formalise l'interdit des relations sexuelles entre médecin et patient, Elsa BELLANGER, Le quotidien du médecin, 12 mars 2019 ; Les relations sexuelles entre médecins et patients désormais interdites, Maud LE REST, francetvinfo.fr/sante, 13 mars 2019 ; L'Ordre des médecins interdit les relations sexuelles entre médecins et patients, Anissa BOUMEDIENE, 20mn.fr 14 mars 2019.

médicale²⁹. Un communiqué du Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM), publié le 8 mars 2019 à l'occasion de la journée internationale des droits des femmes, rappelle les multiples prises de positions de l'ordre au sujet du harcèlement sexuel, des infractions sexuelles et du sexisme en général. Le juriste sait l'importance des mots quand il est question de sexualité³⁰. Une information extraite de ce communiqué du CNOM doit retenir notre attention : « En décembre 2018, le Conseil national a modifié le **commentaire** de l'article 2 du Code de déontologie médicale, consacré au respect de la vie et de la dignité de la personne, afin d'y introduire plusieurs paragraphes sur les inconduites à caractère sexuel ».

Un commentaire et des conseils. La lecture des commentaires du Code de déontologie³¹ permet effectivement d'identifier un nouveau paragraphe 6-2 : Inconduites à caractère sexuel. Il y est indiqué que « *La relation médicale implique l'obligation éthique du respect de la personne humaine et de sa dignité. Tous les actes d'atteinte à la personne humaine, pénalement condamnables, notamment s'agissant des agressions sexuelles, du harcèlement et de la discrimination, sont interdits pour le médecin, comme pour tout citoyen. Par ailleurs, le médecin ne doit pas abuser de sa position notamment du fait du caractère asymétrique de la relation médicale, de la vulnérabilité potentielle du patient, et doit s'abstenir de tout comportement ambigu en particulier à connotation sexuelle (relation intime, parole, geste, attitude, familiarité inadaptée...)* ». Autrement dit, le CNOM rappelle que le droit commun s'applique jusque et y compris au sein de la relation de soin. Force doit rester à la loi, fut-ce dans un cabinet médical.

Des préconisations préventives. Dans ses commentaires de l'article 2 du Code de déontologie, le CNOM donne désormais ses préconisations préventives sous forme d'une liste de 10 conseils qu'aucun lecteur prudent ne qualifiera de dix commandements...³²

« *Pour se prémunir de toute inconduite, notamment à caractère sexuel, le médecin respectera les 10 conseils suivants :*

- 1. Ne pas abuser de l'ascendant de la fonction de médecin notamment sur des patients vulnérables, du fait de leur état pathologique ou de leur situation, pour transformer la relation médicale en relation sexualisée.*
- 2. Toujours, par une attitude de réserve consciente et de bonne tenue, sans familiarité, respecter la personne humaine et sa dignité. Garder en toutes circonstances la bonne distance qui sied à toute relation patient-médecin.*
- 3. Réserver le cabinet médical, lieu de la pratique médicale, uniquement à celle-ci (prévention, soins, investigations para-cliniques, expertise)*
- 4. Expliquer toujours le déroulement de l'examen au patient, en annonçant les gestes et en précisant leurs modalités et finalité, pour en recueillir son consentement.*
- 5. Assurer l'intimité du déshabillage (box, paravent...) en le limitant à ce qui est nécessaire.*

²⁹ La partie législative du code de la santé publique a été établie par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 (J.O du 22 juin 2000) ratifiée par l'article 92 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La partie réglementaire relative à la quatrième partie a été codifiée par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 (J.O. du 8 août 2004) ; Valérie CABROL, La codification de la déontologie médicale : l'exemple de l'introduction du Code de déontologie médicale dans le Code de la santé publique, Revue générale de droit médical, juillet 2005, n° 16.

³⁰ Bruno PY, Les mots du sexe dans la loi pénale, in La loi pénale et le sexe, PUN, Dir. Audrey DARSONVILLE et Julie LEONHARD 2015, pp.45-62.

³¹ <https://www.conseil-national.medecin.fr>

³² « *Le conseil de l'Ordre des médecins, chargé du maintien de l'ordre public de la santé nationale, donne des conseils, mais n'en reçoit pas, sauf sur rendez-vous.* » Pierre DAC 1893-1975, Les pensées, 1^{ère} éd. 1972, le cherche midi 1985, p. 59.

6. Envisager l'opportunité, en accord avec le patient, de la nécessité de la présence d'un tiers (proche du patient, étudiant, autre collaborateur tenu au secret professionnel).
7. S'abstenir d'un comportement ambigu (palpation, commentaires...) et de séduction.
8. Détecter les personnes à risques comme les séducteurs et érotomanes, clarifier la situation avec les patients et, si nécessaire, appliquer les dispositions de l'article 47 du Code de déontologie médicale qui permet « au médecin, hors le cas d'urgence et le respect de ses devoirs d'humanité, de refuser ses soins ».
9. Analyser la situation en étant à l'écoute de ses émotions pour les canaliser entre ce qui peut ou ne peut pas, être vécu.
10. S'interroger sur ses actes, ses attitudes et, en cas de situation difficile, identifier la personne ressource comme un confrère, avec laquelle on peut, en confiance, en parler et bénéficier de l'écoute et de conseils, pour clarifier la situation. »

Les mots du Droit sont simples, le Code de déontologie n'a pas été modifié³³. Les mots du commentaire du Code de déontologie sont des conseils, lesquels ne sont pas nouveaux puisque déjà exprimés quasiment à l'identique dans le rapport Hoerni en 2000³⁴.

B) LA SEDUCTION ET LES REGLES JURIDIQUES

Relation de soins et séduction : une absence de prohibition juridique. Sur le plan strictement juridique, une relation amoureuse et/ou sexuelle entre un médecin et un patient majeur ne constitue en rien une infraction pénale. En vertu du principe de la légalité criminelle, la répression ne peut frapper qu'un médecin imposant à la volonté du patient un acte de nature sexuel par violence, menace, contrainte ou surprise. « *En droit pénal, ce que l'on appelle vide juridique n'est que l'espace de liberté* »³⁵. Une relation sincère – *i.e.* consentie - entre adultes ne tombe pas sous le coup de la loi.

Qualité de patient et consentement libre à une relation sexuelle. Il est intéressant de constater que la notion, de « consentement » est commune au domaine de l'intégrité corporelle et au domaine de la liberté sexuelle. Sans doute faut-il y voir deux prolongements du principe d'inviolabilité du corps humain. Dans les deux cas, un individu majeur est supposé bénéficier d'une autonomie de sa volonté lui permettant de choisir librement ce qu'il accepte et ce qu'il refuse³⁶. L'évolution de notre société et donc des règles juridiques qui régulent les rapports sociaux, permet d'affirmer que le patient n'est plus désormais infantilisé et que son autonomie est considérée comme un droit du patient³⁷. Peut-on affirmer en même temps que le patient est aujourd'hui co-décideur de la relation de soin par un consentement libre et éclairé, mais qu'il lui serait interdit d'être co-décideur d'un acte sexuel ? Toute accusation de viol ou d'agression sexuelle nécessite la preuve que le suspect a imposé à la volonté de la victime un acte à connotation sexuelle par violence, contrainte, menace ou surprise. À défaut de cette preuve, toute promiscuité sexuelle est présumée volontaire, donc licite³⁸.

³³ Bruno PY, Le médecin et le sexe : les mots et la chose, RDS n° 89, mai 2019, pp.397-401.

³⁴ Pr. Bernard HOERNI, Conseil National de l'Ordre des médecins, Pratique médicale et sexualité, Rapport adopté lors de la session de déc. 2000.

³⁵ Jean CARBONNIER, Introduction, droit civil, PUF Thémis 25^e éd° 1997, n° 63, p. 106.

³⁶ Romain PORCHER, Le consentement en droit médical, Médecine et Droit 2018, 10.1016/j.meddro.2018.08.002.

³⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Sur le consentement du patient à participer à la formation des étudiants cf. Bruno PY, Le patient : objet pédagogique, in Mélanges Claire NEYRINCK, LexisNexis 2015, pp.119-132.

³⁸ « La meilleure morale est de se rendre heureux. » Charles-Simon FAVARD, L'Anglais à Bordeaux, sc. 8 (La Marquise), 1763.

Qualité de patient et refus d'une relation sexuelle. Il faut insister sur le fait que la qualité de personne malade ou de personne en situation de handicap n'est pas en soi suffisante pour qualifier de viol une relation sexuelle avec un médecin. Il a ainsi été jugé que le fait qu'un trisomique 21 affirme que son médecin lui demandait de « faire la fille » ne suffisait pas à prouver la commission d'une infraction³⁹. Justifie un non-lieu le fait pour un soignant d'avoir une relation sexuelle avec une patiente souffrant d'un grave handicap physique (hémiplégié droite, trouble cérébelleux), et d'une détérioration mentale, dès lors que celui-ci a pu légitimement croire au réel consentement de la jeune fille⁴⁰. La Cour de cassation considère que la liberté ou l'absence de liberté de consentir s'apprécie ponctuellement dans chaque situation⁴¹.

II) À la recherche de la portée de l'interdit

Dès lors que le patient est juridiquement autonome et qu'il peut décider des actes qui concernent son corps, la question de la liberté sexuelle redevient une question de Droit commun. « *Le consentement remplace la morale comme fondement de la bonne sexualité (...) le consentement devient la morale même de la sexualité* »⁴². S'il est fondamental de pouvoir réprimer les abus de pouvoir (A), il est tout aussi essentiel de rappeler la liberté des amours licites (B).

A) LA REPRESSION DE L'ABUS DE POUVOIR

Le soignant et le viol. Depuis la loi du 23 décembre 1980, le Code pénal connaît une définition précise du viol : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* »⁴³. L'infraction suppose d'une part, un acte de pénétration sexuelle⁴⁴, d'autre part, que cet acte soit réalisé à l'égard d'une personne non consentante et enfin qu'il soit réalisé consciemment par l'auteur. L'absence de consentement est un élément constitutif de l'infraction de viol. Or, en matière sexuelle comme dans d'autres domaines de la vie humaine, il est possible de surprendre le consentement de quelqu'un, c'est-à-dire d'obtenir sa coopération ou plutôt sa passivité par un artifice. Le médecin peut dérapier et abuser de son pouvoir, comme un policier, un enseignant ou un prêtre⁴⁵.

³⁹ Crim. 12 mai 2004, n° 03-85.104.

⁴⁰ Crim. 10 oct. 2000, n° 99-83.138.

⁴¹ « *Attendu que pour renvoyer L. devant la cour d'assises sous l'accusation de viol aggravé, l'arrêt attaqué, énonce que la contrainte qu'aurait exercé L. doit s'apprécier de manière concrète en fonction de la capacité de résistance de la victime laquelle, atteinte de psychonévrose dépressive et obsessionnelle grave, se trouvait isolée, en complet désarroi, dans une chambre d'hôpital où l'intéressé serait venu la réveiller en pleine nuit ; que les juges (...) observent enfin que les violences auraient été perpétrées par L., pendant son service, sur une patiente particulièrement vulnérable de l'hôpital dans lequel il était employé en qualité d'infirmier* » (Crim., 8 juin 1994, n° 94-81.376).

⁴² Jean-François CHASSAING, Le consentement, réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal, in Daniel BORILLO, La liberté sexuelle, PUF 2005, p.76.

⁴³ Art. 222-23 C. pén. ; Bruno PY, Le sexe et le Droit, PUF, Que-sais-je n° 3466, 1999, p.54 et s. ; La loi 2018-703 du 3 août 2018 a ajouté « Tout acte de pénétration sexuelle, (...), commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur ».

⁴⁴ La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers pour violation des articles 111-4 et 222-23 du code pénal dès lors que cette dernière a renvoyé devant la cour d'assises, sous l'accusation de viols aggravés, un médecin qui, agissant dans un contexte sexuel et animé par la volonté d'accomplir un acte sexuel, a contraint trois jeunes patientes à introduire dans leur bouche puis à sucer un objet de forme phallique alors que, pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur de l'infraction et non par un objet le représentant. Crim., 21 février 2007, n° 06-89.543. - C.A. Poitiers, 24 février 2006.

⁴⁵ « *La chambre d'accusation a ordonné le renvoi devant la cour d'assises de A., du chef de viol aggravé ; aux motifs que Mme D. a toujours affirmé que, invitée par son médecin à se rendre dans une pièce sombre pour une séance de relaxation, et alors qu'elle était allongée sur ce qui lui avait semblé être un lit, il avait quitté la pièce pour réapparaître entièrement nu, s'était accroupi au bord du lit, lui avait massé les épaules puis, après lui avoir retiré rapidement le caleçon et le slip, s'était allongé sur elle et l'avait pénétrée, lui imposant un acte sexuel*

Prise de médicament et consentement à une relation sexuelle. Chacun sait que certains médicaments perturbent la lucidité, la vigilance et la capacité de résister. Il existe même des molécules ayant un effet désinhibiteur susceptibles de transformer un individu timide en un libidineux outrancier. Deux situations différentes peuvent alors se présenter. D'une part, un auteur peu scrupuleux peut être tenté de faire absorber à sa future victime un produit dont il connaît les conséquences, dans le but de profiter d'elle. Certains parlent de soumission chimique. Si l'intensité des effets de la substance employée annihile le consentement de la victime, alors il y a viol par surprise⁴⁶. D'autre part, certains professionnels de santé, sachant que tel ou tel traitement médical diminuent la lucidité d'un patient peuvent tirer parti d'un état de passivité causé par les produits absorbés⁴⁷. La loi du 3 août 2018 a fait de la soumission chimique une circonstance aggravante du viol : « Lorsqu'une substance a été administrée à la victime, à son insu, afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes »⁴⁸.

Le viol sous anesthésie. S'il est bien une situation où il est évident qu'aucun consentement libre ne peut être exprimé, c'est l'hypothèse de l'anesthésie. Tout acte sexuel durant l'inconscience du patient est donc une agression ou un viol par surprise, que ce sommeil soit naturel, artificiel ou pathologique (coma). On trouve en jurisprudence le cas d'un gynécologue ayant commis de nombreux viols sur des patientes anesthésiées à l'occasion d'actes accomplis au cabinet médical⁴⁹. Plus récemment, un étudiant en médecine a été condamné à 4 ans pour viol sous Rivotril⁵⁰. Pour des caresses commises pendant la phase post-opératoire en salle de réveil, un infirmier anesthésiste a été condamné à trois ans d'emprisonnement pour agression sexuelle⁵¹. Il faut toutefois rassurer les hospitalisés, d'une part, parce qu'un patient endormi n'est d'ordinaire jamais laissé seul avec un soignant et d'autre part, en raison de la vigilance aiguë du personnel de surveillance, majoritairement féminin.

La vulnérabilité du patient : circonstance aggravante. Le législateur sanctionne plus sévèrement les infractions de viol ou d'agression sexuelle commises sur « *une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* »⁵². Il va de soi que cette circonstance sera souvent vérifiée dans les hypothèses de poursuites contre les soignants. Il importe néanmoins que la juridiction saisie caractérise expressément cette vulnérabilité. La Cour de cassation insiste sur l'importance que la cause de vulnérabilité soit connue de l'auteur⁵³.

pendant lequel elle était restée sans réaction ; que Mme D. a ainsi été victime d'un viol par surprise (...) les experts qui l'ont examinée l'ont décrite comme non affabulatrice et ont exposé que sa passivité au moment des faits pouvait s'expliquer par l'anxiété et l'inhibition (...) Attendu que les juges ajoutent que ces éléments concordants sont à analyser à la lumière des circonstances très particulières dans lesquelles les faits se sont déroulés et notamment de l'état de grande vulnérabilité dans lequel se trouve placée une femme face à son médecin dans le cadre d'une consultation médicale » (Crim., 25 oct. 1994, n° 94-83.726).

⁴⁶ Pour le cas d'un médecin ayant administré un traitement inadapté (valium et calcibronat) afin d'affaiblir une jeune femme pour pratiquer sur elle des attouchements sexuels, Crim., 27 oct. 2004, n° 04-81.237.

⁴⁷ Condamnation d'un médecin qui ne donne aucune explication plausible à la visite au cours de laquelle il a fait en sorte de se retrouver seul avec Vanessa Y... à un moment où les facultés d'attention et de résistance de la jeune femme étaient affaiblies par l'absorption d'un relaxant, pour pratiquer un examen qui comportait un toucher au niveau du sexe, Crim., 8 déc. 2004, n° 04-81.092.

⁴⁸ C. Pén. art. 222-24-15°.

⁴⁹ Crim., 21 avr. 1998, n° 98-80.582. Plus récemment un aide soignant a été condamné pour avoir violé deux femmes paralysées (Un aide-soignant condamné à dix ans de prison, Le Monde 8 février 2018). En Arizona, un infirmier, identifié par son ADN, est poursuivi pour viol, suite à l'accouchement d'une femme dans le coma depuis dix ans. France-Soir 24 janvier 2019.

⁵⁰ Crim., 20 oct. 2015, n° 12-88264 et Lyon-mag 28 janvier 2018.

⁵¹ Crim., 24 nov. 2004, n° 04-83548.

⁵² C. pén., art. 222-24-3° : viol ; C. pén., art. 222-29-2° : agressions sexuelles

⁵³ Ainsi au sujet d'un viol sur une jeune femme hémiplégique (Crim., 11 déc. 1996, n° 96-82.303).

La qualité de soignant : circonstance aggravante. Il est très important de veiller à distinguer l'infraction et la circonstance aggravante. Pour qu'il y ait viol ou agression sexuelle, il faut prouver qu'un acte a été imposé par violence, menace, contrainte ou surprise. Ensuite de quoi, se posera la question de l'aggravation de la répression du fait de l'abus d'autorité conférée par la fonction. Autrement dit, toute relation sexuelle entre un soignant et son patient n'est pas présumée imposée. Tout professionnel de santé n'est pas considéré comme agresseur potentiel. Mais s'il est prouvé qu'un soignant a imposé un acte à dimension sexuelle à un de ses patients, alors cet acte est jugé plus sévèrement que s'il avait été commis par un non soignant⁵⁴.

B) LA LIBERTE DES AMOURS LICITES

Droit, Médecine et sexualité. Le droit pénal et le pénaliste savent bien que l'homo sapiens n'est pas forcément, comme le croient les économistes, un *homo-economicus* totalement rationnel. Ni le soignant, ni le soigné ne sont à 100% rationnels, et il peut y avoir entre eux échange de regards, d'odeurs, de fluides et pourquoi pas de sentiments, de rapprochements amoureux. Ce ne sont pas des êtres purement cérébraux. Si l'on admet que les pulsions sont animales mais que les comportements sont sociaux⁵⁵, que certains comportements sont inspirés par des ressorts inconscients et que les normes pénales fondent une hiérarchie des valeurs sociales, alors on doit admettre que l'activité de soin est une activité professionnelle humaine qui connaît des cas de passage à l'acte délinquant qui doivent être sanctionnés de manière aggravée (c'est ce que propose le Code pénal actuel), mais qu'il n'y a aucune raison de prohiber systématiquement le rapprochement. Ou alors, il faudrait demander au soignant, le jour où il entre dans la profession de faire vœux de chasteté, ce qui n'a pas été invoqué depuis fort longtemps...

Déontologie, Médecine et sexualité. A défaut de pouvoir écarter le risque de séduction, ou de pouvoir a-sexuer le soin, le Conseil National de l'Ordre des Médecins souhaiterait au moins éviter la confusion des genres. Le CNOM conclut son rapport sur la question sur une note optimiste : « *cependant une authentique relation amoureuse peut émerger entre un soignant et un soigné : le soigné doit alors être pris en charge par un autre soignant* »⁵⁶. Il faut néanmoins relever que ce conseil confraternel n'est qu'indicatif. Si l'Ordre national des médecins craint réellement qu'une relation thérapeutique puisse « dérapier » en une relation amoureuse au point de vouloir en faire un interdit absolu, il faudrait alors l'ériger en prohibition textuelle explicite. La cohérence voudrait alors que cette incompatibilité entre sexualité et soin soit symétrique. Le Code de déontologie pourrait prévoir qu'un médecin tombant « en amour » devrait cesser de soigner, mais la réciproque devrait être respectée. Il devrait être prohibé pour un médecin de commencer à soigner une personne avec qui il a déjà eu des relations sexuelles, une idylle, une relation amoureuse ou conjugale ... Celui qui ne peut

⁵⁴ « L'arrêt de la chambre de l'instruction ne caractérise pas l'usage par le docteur X... de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise, élément constitutif du viol et des agressions sexuelles, qui ne peut se déduire ni de la qualité de personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ni de la qualité de personne particulièrement vulnérable des victimes, qui ne constituent que des circonstances aggravantes desdites infractions », Crim., 13 oct. 2004, n° 04-84.553.

⁵⁵ « Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes » Pierre Augustin Caron de BEAUMARCHAIS (1732-1799), *Le mariage de Figaro*, II, 21.

⁵⁶ Rapport Bernard HOERNI, C.N.O.M., déc. 2000. Les commentaires 2019 du CNOM tendent à éviter les « inconduites à caractère sexuel » (sic).

aimer celle qu'il soigne, ne peut soigner celle qu'il aime ! Ce serait alors un nouveau tabou déontologique⁵⁷. Une nouvelle prohibition sexuelle serait difficile voire impossible à justifier⁵⁸.

Morale et séduction. Reste la question morale universelle de la séduction entre partenaires psychologiquement asymétriques. Le beau peut-il moralement séduire le laid ? Le riche, le pauvre ? L'adulte mature, le jeune adulte écervelé ? Le valide, l'handicapé ? etc... La société américaine, dans le sillage du mouvement *me too*, tend à contractualiser toute relation sexuelle⁵⁹. En France, en matière de sexualité, le droit pénal contemporain repose sur un principe de liberté sexuelle⁶⁰, avec deux limites : certains partenaires sont interdits⁶¹ et pour les autres le consentement est le seul critère pour départager les actes licites et illicites⁶².

Vers un délit de séduction dolosive ? On notera toutefois un courant actuel de victimophilie, cumulé à une demande croissante de pénalisation, lesquels montrent d'ores et déjà des signes inquiétants pour les partisans de l'autonomie personnelle⁶³. L'enjeu est celui de la protection de la personne contre elle-même⁶⁴. La loi doit-elle interdire à l'individu de consentir à certains actes impliquant son corps ?⁶⁵ Le débat fût intense au sujet du projet d'incrimination de la manipulation mentale, terme auquel fut finalement préféré celui d'abus d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique⁶⁶. D'autres initiatives souhaiteraient punir, toute forme d'ambiance sexuelle⁶⁷, voire la moindre forme de violence psychologique⁶⁸. « *Le risque d'arbitraire est présent dans toute volonté de protection des individus contre eux-mêmes* »⁶⁹. Présumer un patient inapte à consentir aux actes qui touchent à son corps, de quelque nature qu'il soit, contreviendrait à 50 années d'émergence de son autonomie personnelle, alors même que le Droit pénal positif punit d'ores et déjà le médecin agresseur sexuel⁷⁰. Enfin, si demain, quelque autorité prétendait interdire systématiquement une relation sexuelle entre deux individus, cela ne pourrait être envisagé que par la loi et non par la voie réglementaire

⁵⁷ « Dans toute culture nous trouvons avant tout des systèmes tabous bien précis, destinés à rendre inaccessibles les uns aux autres certains individus de sexe opposés, à enlever à des catégories entières la possibilité de devenir éventuellement des partenaires. », Bronislaw MALINOWSKI, *La sexualité et sa répression dans les sociétés primitives*, Payot, 1969, p.163.

⁵⁸ En Afrique du sud, les relations sexuelles interraciales ont fait l'objet d'un encadrement législatif dès 1927, par l'*Immorality Act*, qui interdit tous rapports sexuels hors mariage entre Européens et *Bantou*. Par un amendement de 1950, le législateur étend l'interdiction à toutes les catégories de non-Blancs, l'*Immorality Act* de 1957 érige cette interdiction en délit passible de 7 ans de prison. Sur l'histoire tragique d'un médecin blanc épris d'une patiente noire, v. Damon GALGUT, *Un docteur irréprochable*, Éditions de l'Olivier, Paris, 2005.

⁵⁹ Nicole BACHARAN, *Du sexe en Amérique. Une autre histoire des États-Unis*, Robert Laffont, 2016 ; « Ce minoritarisme tend à s'étendre à l'ensemble des rapports sociaux pour imposer, partout dans le monde, une conception des droits et de la liberté et de l'égalité qui correspond uniquement aux modèles culturels forgés par la société américaine. » Natacha POLONY et Jean-Michel QUATREPONT, *Délivrez-nous du bien ! Halte aux nouveaux inquisiteurs*, éd° de l'Observatoire, 2018, p.40.

⁶⁰ « La loi n'interdit nullement de se « débaucher ». La nymphomanie, l'érotomanie, les rapports sexuels de groupe, la prostitution et autres formes de la débauche, au sens courant du terme, sont peut-être condamnables d'un point de vue moral ou éthique, elles ne le sont nullement sur le plan judiciaire. Le Commandeur entraînera peut-être Don Juan en enfer, il ne le traînera pas en prison. » Olivier De TISSOT, *La liberté sexuelle et la loi*, Balland 1984, p.119.

⁶¹ En particulier les mineurs de moins de quinze ans, Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Arléa 1996.

⁶² Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

⁶³ Brigitte LAHAIE, *Le bûcher des sexes*, Albin-Michel, 2018, pp.37-46.

⁶⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, « L'intégrité du corps humain est protégée par le consentement et malgré le consentement », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois 1988, p.335.

⁶⁵ Marcella IACUB, *La confusion du consentement*, in *Bêtes et victimes*, Stock 2005, p.166 et s. ; Michela MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, PUF, 2006.

⁶⁶ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales créant un article 223-15-2 du Code pénal.

⁶⁷ Proposition de loi relative à la création d'un délit global de harcèlement. Présentée par Mme Valérie PECRESSE, N° 1260, AN 27 novembre 2003. Bruno PY, *Le harcèlement moral et la jurisprudence pénale*, Semaine sociale Lamy, Juillet 2007, n° 1315, p.13 et s.

⁶⁸ Proposition de loi cadre contre les violences faites aux femmes, présentée par Mme Marie-Georges BUFFET, n° 525, AN 20 décembre 2007.

⁶⁹ Dominique BUSSEREAU, lors des débats parlementaires du 30 mai 2001 à l'Assemblée nationale, à propos du délit d'abus de faiblesse.

⁷⁰ « *Quiconque est prêt à sacrifier sa liberté pour un peu de sécurité provisoire ne mérite ni l'une ni l'autre et finira par perdre les deux* », Thomas JEFFERSON 1743-1828, 3^{ème} Président des États-Unis.

d'une modification du Code de déontologie⁷¹. Une telle interdiction législative, ne passerait certainement ni le cap d'un examen de constitutionnalité puisque la liberté sexuelle est une liberté fondamentale⁷² ni celui de conventionalité, puisque la Cour européenne des droits de l'homme y verrait à l'évidence un manquement à l'article 8 de la convention EDH⁷³.

*« Le respect pour nous-mêmes, voilà la morale :
la déférence pour les autres, voilà les manières ».*

Laurence Sterne 1713-1768)

(Pensées diverses in Oeuvres Complètes, éd. Salmon, 1825, p. 227)

Nancy le 30 avril 2019

⁷¹ Bruno PY, L'interprétation du code de déontologie par le juge pénal, in Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel, Dir. F. STASIAK, Dalloz 2015, pp. 199-211.

⁷² CAA Bordeaux 6 novembre 2012, N° 11BX01790.

⁷³ Alain GIAMI et Bruno PY, Droits de l'Homme et sexualité : vers la notion de droits sexuels ? EAC 2019.

