



Master 2 Droit de la Santé, parcours Droit et Ethique des établissements  
sociaux et médico-sociaux

# LE CONSENTEMENT AUX SOINS DES PERSONNES VULNERABLES

*Sous la direction de Madame la Professeure Nicole BOHIC*

*Louis FALIGANT*

*2017-2018*

*Avec en jury Madame la Professeure Brigitte FEUILLET*

*et Madame la Professeure Nicole BOHIC*



Je, soussigné Louis FALIGANT, déclare être pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie d'un document publiés sur toutes formes de support, y compris l'internet, constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée. En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour écrire ce rapport ou mémoire.

Signature :

# **SOMMAIRE**

## **PARTIE 1 : UN RÉGIME SENSÉ GARANTIR L'EFFECTIVITÉ DU CONSENTEMENT**

**CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT AUX SOINS, UNE LIBERTÉ  
FONDAMENTALE À PROTÉGER**

**CHAPITRE 2 : L'EXIGENCE EN PRINCIPE D'UN CONSENTEMENT  
« LIBRE ET ECLAIRÉ » DU PATIENT**

## **PARTIE 2 : VERS UNE NÉGATION DU CONSENTEMENT DES PERSONNES VULNERABLES**

**CHAPITRE 1 : UN RÉGIME « PARTICULIER » FIGÉ SUR  
L'INCAPACITÉ INSATISFAISANT**

**CHAPITRE 2 : UN RÉGIME DE DROIT COMMUN PAR NATURE  
INSUFFISANT**

## LISTE DES ABREVIATIONS

AFDS	Association Française de Droit de la Santé
Ass.	Assemblée
Ass.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Plén.	
Bibl.	Bibliographie
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BLD.	Bulletin législatif Dalloz
Bull	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Joly	
Bull.	Bulletin
Bull.	Bulletin civil de la Cour de cassation (il existe aussi un Bulletin criminel - Les arrêts de la Chambre
civ.	sociale et de la Chambre commerciale sont inclus dans le Bulletin civil)
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C.	Cour d'appel
CA.	
C.E.	Conseil d'Etat
Cass.	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch.	
mixte	
Cass.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
Ch.	
réun.	
Cass.	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
civ. I	
Cass.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Com.	
Cass.	Cour de Cassation Chambre sociale
soc.	
Cass.	Cour de cassation
C. Cass.	
Ch.	Chapitre (division d'un Code, suit généralement le n° du Livre et celui du Titre)
Ch. I	Chambre (d'une juridiction : suivie d'un n° en chiffre romain : I, 1ère Chambre ; II, Deuxième
	Chambre ; etc.)
Chron.	Chronique (Etude parue dans une revue)
CNRTL	Centre National de Ressources textuelles et Lexicales
Conf.	Consulter
Cf.	
CPC	Code de procédure civile
CPH	Conseil des prud'hommes
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.	Recueil Dalloz édition "Affaires" (1995 à 1999)
Affaires	
D. C	Dalloz critique, pour des références à la période de 1941 à 1944
D.	Décret
d.	
D.A.	Dalloz analytique (1941 à 1944)
Doct.	Partie "Doctrine" de certaines revues
Dr.	droit
Dr. Soc.	Revue du Droit social

éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
EHESP	Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique
ex.	Exemple
Gaz.	Gazette du Palais
Pal.	
I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
<i>Ibid.</i>	Ibidem
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
J.	Partie "Jurisprudence" de certaines revues
J.O.	Journal officiel de la République Française
JORF	
JCI	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
L. n°	Loi
n°	numéro
NB	Nota Bene
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
o.	Ordonnance
ord.	
<i>Op. cit.</i>	Opere citato
p.	page
R.	Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article
RDSS	Revue de droit sanitaire et social (Sirey)
Rec.	Recueil
Rec.	Recueil du Conseil d'Etat (dit Recueil "Lebon")
CE.	
réf.	Ordonnance de référé
Rép.	Répertoire
Rép.	Répertoire de droit civil Dalloz
civ.	
Rép. D.	Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz (1845-1870)
Rép.	Répertoire de droit international Dalloz
intern.	
Rép. pr.	Répertoire de procédure civile Dalloz
civ.	
Req.	Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation)
Rev.	Revue
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivants (
et s.	
sect.	Section
Sem.	La semaine juridique avant 1937 (
jur.	
SICAV	Société d'investissement à capital variable
Somm.	Sommaires de jurisprudence
ss.	Suivi d'une référence bibliographique : "voir sous..."
T. ou	Tome
t.	
TC ou	Tribunal des Conflits
T. Conf.	
TGI	Tribunal de grande instance
Trib.	Tribunal
Vol.	volume

« A l'heure où les sociétés occidentales sont confrontées à un phénomène structurel de vieillissement démographique, la possibilité pour les majeurs vulnérables de décider pour eux-mêmes, aspect le plus essentiel de la concrétisation du principe d'autonomie, devient un enjeu majeur en temps de respect des droits fondamentaux : tout adulte dispose du droit intangible de disposer, autant que possible et le plus possible, d'une réelle capacité de décision sur des choix concernant sa propre vie »<sup>1</sup>.

La protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables est une préoccupation continue de la part du Défenseur des droits<sup>2</sup>. Jacques Toubon, représentant de cette autorité administrative indépendante, n'hésite pas à rappeler cet engagement lors de ses interventions : il appartient à l'institution de défendre les usagers dans leurs relations avec les services publics, de lutter contre les discriminations et de promouvoir l'égalité et l'accès aux droits en vue de contribuer au changement des pratiques<sup>3</sup>.

Dans le cadre de mon stage au sein du Collectif Interassociatif Sur la Santé Bretagne (CISS Bretagne), association de représentants d'usagers devenue France Asso Santé depuis mars 2017, j'ai été amené à rédiger une lettre destinée à Jacques Toubon afin d'attirer son attention sur le sujet « du consentement aux soins des personnes vulnérables ». Car, s'il est bien une pratique dans le domaine médical qui pose question vis-à-vis de l'égalité et de l'accès aux droits, c'est bien celle du recueil du consentement chez les personnes vulnérables.

Selon le Professeur Serge Boarini, le consentement est « *une forme explicite [en italique dans le texte] d'attestation, par laquelle je pose ma volonté comme cause d'une action, cela en accord avec la volonté d'autrui et conformément à l'intention déclarée de cette volonté* »<sup>4</sup>. Plus simplement, le consentement « *exprime et [...] crée une adhésion, un consensus [en italique dans le texte]* »<sup>5</sup>. Il constitue l'expression de la volonté et témoigne de « *la présence de l'homme dans un monde social* »<sup>6</sup>. Il prouve son existence, sa capacité de créer des liens avec les autres individus, et qu'il est donc bien un sujet de droit.

---

<sup>1</sup> TOUBON (J.), Préface de l'ouvrage *Protéger les majeurs vulnérables (volume 2), L'intérêt de la personne protégée*, sous la direction de Karine Lefeuve et Sylvie Moïsdon-Chataigner, Presses de l'EHESP, Rennes, 2017, p. 11.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> BOARINI (S.) « Le consentement : pacte et impacts », *Consentement et Santé*, sous la direction de l'Association Française de Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 45.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

Juridiquement, le consentement est défini comme « *l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droits* »<sup>7</sup>. Il est la « *manifestation de volonté* » de la personne à s'engager<sup>8</sup>. En droit de la santé, il est particulièrement exalté, présent « *de l'acte médical, à la participation à un essai clinique, à la communication des données de santé jusqu'au refus aux soins* »<sup>9</sup>. Aujourd'hui, le consentement est protégé expressément par la loi aux articles L1111-4 du Code de la santé publique et 16-3 du Code civil. Il n'en a pas toujours été ainsi. A titre d'exemple, le premier Code de Déontologie médicale de 1947 ne contenait rien sur le consentement éclairé du malade<sup>10</sup>. La mentalité « paternaliste » régnant dans la pratique médicale, l'idée d'une remise en cause de l'autorité, de l'expérience ou de la connaissance du médecin par le malade était inenvisageable. En 1955, l'article 29 du Code de Déontologie précisait même que le médecin devait « *s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement, particulièrement si la vie du malade est en danger* »<sup>11</sup>, même quand ce dernier s'y opposait. Il a fallu attendre le Code de 1995 pour qu'une reconnaissance pleine du consentement, dans sa version moderne, voie le jour<sup>12</sup>.

La notion de « soin » est un terme plus usuel mais renvoie de ce fait à des réalités multiples. Elle est communément définie comme tout acte visant à s'occuper de la santé de la personne<sup>13</sup>. La santé étant un vaste concept, mathématiquement, la notion de soin devient particulièrement large. Il est de plus en plus courant par exemple d'inclure la prise en charge sociale d'une personne lors de sa « prise en soin ». Pourtant, il est souvent distingué l'acte de soin en tant que tel de l'acte médical, l'acte de soin relevant du paramédical, l'acte médical relevant, comme son nom l'indique, du médecin. Cette séparation entre soin et médical est avant tout doctrinale et assez poreuse. Pour Sophie Paricard, Maître de conférences HDR, « *l'acte médical est un acte de soin donné à une personne malade* »<sup>14</sup>. Parler d'actes médicaux revient à parler d'actes de soins. Par ailleurs, concrètement, le juge ne s'attarde pas sur cette distinction.

---

<sup>7</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, PUF-Quadrige, 2016, p. 245.

<sup>8</sup> Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, JORF n°0158 du 10 juillet 2015, texte n° 126, p. 5.

<http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-le-consentement-des-personnes-vulnerables>

<sup>9</sup> BROSSET (E.), *Le consentement en matière de santé et le droit européen*, HAL archives-ouvertes, 2013, p. 4.

<sup>10</sup> GUILLOD (O.), « Introduction », *Consentement et Santé*, sous la direction de l'Association Française de Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 5.

<sup>11</sup> GUILLOD (O.), « Introduction », *Consentement et Santé*, *Op. cit.*, p. 6.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> « Soin », Centre National de Ressources textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/soin>

<sup>14</sup> PARICARD (S.), « Le consentement aux actes non thérapeutiques », *Consentement et Santé*, sous la direction de l'Association Française de Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 103.

La règle du consentement est inscrite parmi les « principes généraux » des « Droits des personnes malades et des usagers du système de santé » dans le Code de la santé publique et dans le chapitre relatif au respect du corps humain dans le Code civil. Elle a donc vocation à s'appliquer de la même manière à tous les professionnels de santé. Par ailleurs, lors de mon stage, le terme de soin était utilisé indifféremment de la nature de l'acte, qu'il soit médical ou paramédical. Dans le cadre de ce mémoire, il ne sera donc pas fait une distinction rigide entre acte médicaux et actes de soins. Par contre, cette étude se focalisera sur les dispositions relatives aux professionnels de santé, le consentement à l'égard des travailleurs sociaux ne sera pas abordé. Ce mémoire restera dans une approche « médicale » de la santé.

Enfin, la personne vulnérable, notion très en vogue, « présente de nombreux visages »<sup>15</sup>. Catégorie intermédiaire de personnes, définie plus sociologiquement que juridiquement, la réalité à laquelle elle renvoie est assez opaque aux premiers abords<sup>16</sup>. Etymologiquement, le terme de « vulnérabilité » suggère une chose « qui peut être blessé, »<sup>17</sup>. Pour Serge Boarini, « La vulnérabilité serait alors une forme de passivité face à des événements non maîtrisés »<sup>18</sup>. Elle « coïnciderait avec le fragile, ce dont la constitution frêle ne peut subsister telle qu'elle, face à tout événement extérieur. »<sup>19</sup>. Ainsi, « la vulnérabilité peut être comparée à un défaut dans la cuirasse »<sup>20</sup>. Du point de vue juridique, cela se traduit par un « écart entre les droits formels et les droits réels »<sup>21</sup>. Si le terme de « vulnérabilité » est souvent utilisé pour décrire les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, il ne s'y cantonne pas : « la très grande majorité des personnes vulnérables ne sont pas placées sous un régime de protection judiciaire »<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> ENNUYER (B.), « La vulnérabilité en question ? », *Éthique, médecine et politiques publiques*, Vol. 7, 2017, p. 367.

<sup>16</sup> HAUSER (J.), « Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités », *Informations sociales*, Vol. 138, n°2, 2007, p. 10.

<sup>17</sup> BOARINI (S.), « L'humanité, au risque de la vulnérabilité », *Éthique & Santé*, Vol. 10, n°1, 2013, p. 44.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> LACOUR (C.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, Vol. 32 / 131, n°4, 2009, p. 188.

<sup>21</sup> CHABROL (R.), « Entre dépendance et vulnérabilité. Le travail social à l'épreuve du droit des personnes », *Vie sociale*, Vol. 2006/1, n° 1, p. 13.

<sup>22</sup> Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, p. 8.

Il est aujourd'hui observé une « *accélération du phénomène de vulnérabilité* »<sup>23</sup> dans tous les pans de notre droit positif, c'est-à-dire un aménagement des droits et des obligations en fonction de la potentielle fragilité des individus. Vulnérabilité et consentement sont ainsi des sujets récurrents dans le domaine médical. Le consentement restant une notion abstraite, elle appelle à une surveillance et un débat constant sur sa « *validité empirique* »<sup>24</sup>.

Il y a encore peu, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) a été saisie par le Secrétaire d'Etat chargé de la famille, des personnes âgées et de l'autonomie, afin de se prononcer « *sur les possibles évolutions législatives, règlementaires et de pratiques professionnelles permettant d'assurer la meilleure expression possible de leur volonté lorsque leurs facultés deviennent altérées* »<sup>25</sup>. Or, le constat dressé est que notre système en matière de consentement ne semble pas assurer l'effectivité de ce droit chez les personnes vulnérables : « *dans la pratique, les réalités sont encore trop contrastées et les droits des personnes particulièrement vulnérables à décider pour elles-mêmes sont loin d'être toujours respectés. Leur consentement ou leur refus, est encore trop souvent éludé lorsqu'il n'est pas purement et simplement écarté* »<sup>26</sup>.

Les personnes âgées sont les premières touchées : « *Cette situation concerne majoritairement les personnes âgées. Celles-ci n'ont souvent plus les moyens de s'exprimer, et ont peu de recours pour défendre leurs conditions de prise en charge par le système de santé [...]. L'univers de l'EHPAD est celui du silence qui ne se rompt que si le scandale éclate. Le domicile est encore plus opaque et peut devenir lui aussi un lieu de maltraitance* »<sup>27</sup>. Au regard des projections démographiques, cette situation est particulièrement préoccupante. Selon une étude de l'INSEE, la proportion de personnes âgées de 60 ans ou plus progressera fortement jusqu'en 2035, « *quelles que soient les hypothèses retenues sur l'évolution de la fécondité, des migrations ou de la mortalité* »<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> BATTEUR (A.), *Droit Des Personnes, des Familles et des Majeurs Protégés*, Paris, éditions LGDJ Lextenso, 8<sup>ème</sup> édition, 2016, quatrième page de couverture.

<sup>24</sup> BROSSET (E.), *Le consentement en matière de santé et le droit européen*, *Op. cit.*, p. 4.

<sup>25</sup> Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, introduction du site internet <http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-le-consentement-des-personnes-vulnerables>

<sup>26</sup> *Ibid* p. 4.

<sup>27</sup> *Idem*.

NB : un questionnaire personnel a été réalisé sur le sujet auprès des représentants d'usagers membre du Collectif Interassociatif Sur la Santé (CISS) Bretagne. Si les données recueillies ne permettent pas de formuler des données statistiques scientifiques (seulement vingt-quatre réponses sur un échantillon de trois cents personnes, limité à la Bretagne), il est à noter que dix-sept réponses recensant des difficultés rencontrées concernaient des majeurs, et parmi ces dix-sept cas, neuf étaient des personnes âgées et seulement deux étaient des majeurs protégés.

<sup>28</sup> BLANPAIN (N.) et CHARDON (O.), « Projections de population à l'horizon 2060 », *Enquêtes et études démographiques INSEE*, N° 1320, Octobre 2010. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281151>

Ainsi, « en 2060, une personne sur trois aura [...] plus de 60 ans »<sup>29</sup>. Le recours aux soins augmentant avec la vieillesse, la question du respect de l'exercice du droit au consentement est donc, en plus d'être un sujet d'actualité, une réelle préoccupation pour l'avenir.

Cette situation de fait nous oblige donc à nous interroger sur notre dispositif normatif en matière de consentement et à l'analyser en profondeur. Premièrement, il s'agit de d'examiner les contours du régime de protection du consentement aux soins. Quelle est la place du consentement dans le domaine médical et dans notre ordre juridique ? A partir de là, dans quelle mesure le consentement est-il protégé ? Existe-t-il un régime réellement spécifique aux personnes vulnérables afin de prendre en compte leurs besoins particuliers ?

Une fois les contours examinés, s'il est observé qu'il existe bien un régime spécifique, nous nous interrogerons sur les origines des défaillances constatées. Ces défaillances sont-elles systémiques, c'est-à-dire dues à une mauvaise écriture de la loi, à l'interprétation donnée par le juge, qui font que le régime par essence ne permet pas d'assurer le respect des droits ? Ou bien sont-elles conjoncturelles, c'est-à-dire dues aux pratiques professionnelles, qui ne se sont pas encore alignées avec les exigences de leur époque ?

Le consentement est porté par notre droit positif comme une liberté dont la protection est de la plus haute importance. Il en découle un régime riche mais complexe, sensé garantir pour tout individu le respect de sa volonté, quelque soit sa décision (PARTIE 1). Pour autant, les personnes vulnérables ne bénéficient pas toujours de cette attention. En effet, la pratique mais aussi le droit, dans une vision pragmatique, tend plus à nier la capacité d'exercer ce droit que d'en apporter des garanties supplémentaires (PARTIE 2).

Ce mémoire se limitera naturellement qu'aux soins pouvant faire l'objet d'un consentement. Tout ce qui concerne les hospitalisations psychiatriques sans consentement ou les soins judiciairement ordonnés ne seront abordés que brièvement. Cela n'empêchera pas de s'intéresser par exemple aux personnes présentant des troubles psychiatriques faisant l'objet de soins en dehors de ces institutions, du moment que la question du recueil de leur consentement se pose. Car, tout comme une personne vulnérable ne fait pas l'objet d'une mesure de protection, toute personne présentant des affections psychiatriques n'est pas toujours prise en charge par une institution spécialisée.

---

<sup>29</sup> *Idem.*

Dans ce cas, si cette personne a besoin de recourir à des soins primaires ou secondaires, son consentement devra être recueilli, avec toutes les difficultés que cela suppose.

De même, il ne sera pas étudié les actes nécessitant un protocole particulier prévu par le législateur dérogeant au régime de « droit commun » posé par les articles L1111-4 et 16-3 du Code civil, c'est-à-dire le régime général s'appliquant en principe à tout individu. Sont ainsi exclues l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG), la stérilisation à visée contraceptive, la recherche impliquant la personne humaine, les prélèvements d'organes, de tissus, de cellules ou de produits du corps humain, l'examen des caractéristiques génétiques, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques et enfin les dons et utilisations de gamètes, qui font tous l'objet de dispositions spécifiques telle que l'exigence d'un consentement écrit.

# PARTIE 1 : UN RÉGIME SENSÉ GARANTIR L'EFFECTIVITÉ DU CONSENTEMENT

---

Le consentement aux soins caractérise aujourd'hui par excellence l'expression de l'autonomie de l'individu. Consacré comme liberté fondamentale du patient, il fait désormais l'objet de la plus grande attention de la part de notre ordre juridique (CHAPITRE 1). Le consentement « *n'est pas ou n'est plus, une modalité procédurale, mais bel et bien, surtout depuis la fin des années 1980, une règle consubstantielle du principe fondamental d'inviolabilité [du corps humain]* »<sup>30</sup>.

L'article 16-3 du Code civil prévoit ainsi qu'en cas d'atteinte au corps humain en raison d'une nécessité médicale ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* »<sup>31</sup>. Pour cela, le Code de la santé publique requiert un consentement « libre et éclairé » afin de s'assurer de son effectivité (CHAPITRE 2).

## CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT AUX SOINS, UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE À PROTÉGER

A priori, en matière médicale, « *l'exigence du consentement est le plus "vieux principe normatif qui soit"* »<sup>32</sup>. Mais au regard de l'ancienneté de la pratique de la médecine, la consécration du consentement en tant que liberté fondamentale est relativement récente.

---

<sup>30</sup> LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), *Droit de la Santé*, Paris, Thémis Droit PUF, 3ème édition, 2012, p. 354.

<sup>31</sup> Article 16-3 du Code civil, créé par la loi relative au respect du corps humain, n°94-653, du 29 juillet 1994, dans sa version en vigueur au 7 août 2004.

<sup>32</sup> DEMICHEL (A.), « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 720.

En effet il a fallu attendre le XX<sup>ème</sup> siècle et son rattachement au concept de dignité de la personne humaine pour acquérir le caractère de liberté fondamentale (SECTION 1). De même, l'extension de son champ d'application à l'ensemble de la prise en charge du patient est un phénomène contemporain (SECTION 2).

## **SECTION I : UNE LIBERTE FONDAMENTALE RELEVANT DU RESPECT DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE**

L'intégration de l'exigence de consentement en matière médicale dans notre ordre juridique n'a été permise qu'avec son rattachement récent au respect de la dignité de la personne humaine (I). Grâce à ce rattachement, il en a découlé la reconnaissance du caractère de liberté fondamentale et l'acquisition de ce régime juridique si particulier (II).

### **I) Le rattachement du consentement au respect de la dignité de la personne humaine**

Si un premier lien entre « consentement » et « respect de la dignité humaine » a été opéré par la Cour de cassation dans son arrêt « Teyssier » au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle (A), son rattachement n'a été que pleinement entériné par le législateur mais aussi par le Conseil Constitutionnel et le droit international à la fin des années 1990, à la suite d'un long cheminement (B).

#### ***A) L'arrêt « Teyssier » : premier lien entre « consentement » et protection de la dignité de la personne humaine***

##### ***1) Le concept de dignité humaine***

La formule de « dignité de la personne humaine » est aujourd'hui une expression communément utilisée. Le terme de « dignité », dans son sens latin, désigne « *le respect, la considération, que mérite quelqu'un ou quelque chose* »<sup>33</sup>. Utilisé originellement pour renvoyer à une charge honorifique, la dignité peut s'entendre maintenant comme « *une valeur intrinsèque à l'être*

---

<sup>33</sup>FABRE-MAGNAN (M.), « Dignité humaine », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, sous la Direction de Joël Andriantsimbazovina et autres, Paris, Presse Universitaire de France, 1ère édition, 2008, p. 226.

humain, inconditionnelle, intangible et inaliénable »<sup>34</sup>. Le principe de sauvegarde de la dignité humaine poursuit donc l'idée « *que nul ne peut être traité comme un simple moyen pour les fins d'autrui ; [...] ou, pour le formuler de manière positive, qu'il y a des choses qui sont dues à tout être humain "du seul fait qu'il est humain" »*<sup>35</sup>.

Largement diffusée au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, elle est apparue comme une réponse à l'horreur des crimes nazis. De nombreux textes internationaux à vocation universelle post-guerre mondiale se sont mis à y faire référence : la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 en fait mention expressément dans son préambule, ou encore le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966 dans son article 10. Mais cette notion a depuis toujours imprégné les droits occidentaux<sup>36</sup>. A titre d'exemple, le « *décret Schoelder abolissant l'esclavage du 27 avril 1848 énonçait déjà que "l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine" »*<sup>37</sup>.

Cette notion a ainsi pu émerger avant sa consécration dans les années 1950, comme en témoigne l'arrêt « Teyssier » de la Cour de cassation.

## 2) L'arrêt « Teyssier » de la Cour de cassation

Le 28 janvier 1942, lors de son arrêt « Teyssier », la Cour de cassation affirma que « *l'obtention du consentement du patient est imposée en raison de sa qualité de personne humaine »*<sup>38</sup>. Elle jugea en conséquence que le médecin engageait sa responsabilité dès lors qu'il n'avertissait pas son patient « *ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et des conséquences possibles, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives »*<sup>39</sup>. Cette solution, à l'époque, constitua un véritable bouleversement.

En effet, jusque-là, le juge s'était interrogé sur la nature de la relation de soin mais pas du consentement en tant que tel. Dans son arrêt « Mercier » du 20 mai 1936, la Cour l'avait qualifiée de relation contractuelle<sup>40</sup>. On pouvait donc penser, *a priori*, que le consentement aux soins relevait du consentement au contrat. Par conséquent, le non respect du consentement impliquait comme

<sup>34</sup> FEUILLET-LIGER (B.) et ORFALI (K.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruxelles, éditions Bruylant, 2016, p 93.

<sup>35</sup> ANDORNO (R.), « Dignité humaine, droits de l'Homme et bioéthique : quel rapport ? », *Journal International de Bioéthique*, 2010/4, Vol. 21, p. 52.

<sup>36</sup> FABRE-MAGNAN (M.), « Dignité humaine », *Op. cit.*, p. 226.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> MEMETEAU (G.) et GIRER (M.), *Cours de Droit Médical*, Bordeaux, LEH éditions, 5ème édition, 2016, p. 698. A propos de l'arrêt Teyssier : Cass. Req., 28 janvier 1942, D., 1942, juris. p. 63.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> Civ. 20 mai 1936, Mercier, §3, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P.

sanction la nullité du contrat. Mais il découle de cette approche une première difficulté : comment concrètement annuler un contrat de soin ? Comment parler de nullité lorsque l'atteinte laisse physiquement une trace indélébile ?

Ainsi, dans l'arrêt « Teyssier », la Cour préfère se reposer sur la notion de « qualité de la personne humaine ». Si la formule n'est pas celle de « dignité de la personne humaine », le raisonnement est le même. La Cour consacre bien l'idée d'une reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'individu en tant qu'être humain auquel il ne peut être porté atteinte : « *le principe de l'autonomie de la personne [fait que] seule la personne peut décider des atteintes portées à son corps* »<sup>41</sup>. Le droit de pouvoir exprimer son consentement participe au respect de cette valeur intrinsèque puisqu'il constitue l'expression de l'autonomie de l'individu, de sa libre autodétermination. Cette solution est d'autant plus marquante qu'elle s'oppose au paternalisme médical ambiant de l'époque, en interdisant au final au médecin de « *disposer de son patient* »<sup>42</sup>.

Cette décision novatrice a toutefois mis un certain temps pour voir son affirmation pleinement consacrée. Pendant longtemps, il a régné une période d'incertitude sur la pérennité de cette jurisprudence, jusqu'à ce que la protection du consentement soit reconnue définitivement par la loi et le Conseil constitutionnel ainsi que le droit international.

## ***B) Un long cheminement jusqu'à la consécration définitive du consentement au respect de la dignité de la personne humaine***

### ***1) Une période d'incertitude sur la pérennité de cette jurisprudence***

Malgré la force de l'affirmation, la portée de la jurisprudence « Teyssier » a été quelque peu contrastée. Elle est restée pendant longtemps « *à peu près sans effet sur la pratique médicale* »<sup>43</sup>. De même, cette décision n'a pas incité le législateur à évoluer puisqu'il « *a fallu attendre la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à la recherche biomédicale pour voir apparaître dans la loi la notion de consentement éclairé* »<sup>44</sup>. Mais on peut remarquer dès les années 1970 un alignement du juge administratif. Un arrêt du 9 janvier 1970 témoigne que le Conseil d'Etat vérifiait que l'acte avait été pris avec le consentement du patient<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), *Droit de la Santé, Op. cit.*, p. 354.

<sup>42</sup> HÆRNI (B.) et BOUSCHARAIN (J.-P.), « Arrêt Teyssier de la Cour de Cassation, 28 janvier 1942 quelques remarques sur une décision "oubliée" », *Histoire Des Sciences Médicales*, TOME XXX V, N° 3, p. 303.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> CE, 9 janv. 1970, n° 73067, Lebon 1970.

C'est réellement dans les années 90 que les principes de consentement et de respect de dignité de la personne humaine se voient exalter. On retrouve à cette période des arrêts rapprochés, aussi bien du juge judiciaire que du juge administratif, rappelant le lien entre « humanité » et « consentement ». En témoigne cette décision de la Cour d'appel de Paris de 1992 qui affirme que « *manque à son devoir d'humanisme le médecin qui fait procéder au test HIV sans recueillir le consentement libre et éclairé du patient* »<sup>46</sup>.

Du côté du juge administratif, figure l'arrêt « Milhaud » du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, qui dispose que « *les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci* »<sup>47</sup>. Le professionnel exerçant des expérimentations post-mortem sur des individus, sans avoir requis préalablement leur consentement lorsqu'ils étaient aptes à le faire, porte alors atteinte au respect de leur dignité humaine, la mort n'interrompant pas l'obligation de recueillir le consentement (mais le rendant, bien évidemment, bien plus difficile).

Cette évolution a finalement été pleinement entérinée par le législateur et le Conseil Constitutionnel mais aussi le droit international.

## **2) La consécration définitive par le législateur, le Conseil Constitutionnel et le droit international**

Avec la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, sont introduits les articles 16 et suivants du Code civil qui entérinent le lien entre consentement et protection de la dignité humaine<sup>48</sup>. Son contrôle de constitutionnalité permet par la même occasion au Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994, d'affirmer que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »<sup>49</sup>. L'édifice est parachevé avec la loi du 2 mars 2002 relative aux droits des

<sup>46</sup> Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> Chambre, 20 février 1992 : *D.* 1993. *Somm.* 30, obs. Penneau.

<sup>47</sup> CE 2 juill. 1993, « Milhaud », *D.* 1994. 74, note J.-M. Peyricat, *RDSS* 1994. 52, concl. D. Kessler, *JCP* 1993. II. 22133, note P. Gounod).

<sup>48</sup> La construction des dispositions relatives au corps humain dans le Code civil fait en sorte de poser à son article 16 les grands principes protégés, parmi lesquels figurent la protection de la dignité de la personne humaine : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Les articles suivants en sont les déclinaisons opérationnelles, les dispositions permettant de rendre concret ces grands principes. Parmi ces déclinaisons on retrouve la protection du consentement à l'article 16-3. Par conséquent, au regard de cette construction, il est clair que la protection du consentement participe au respect de la dignité de la personne.

<sup>49</sup> Conseil constitutionnel, décision du 27 juillet 1994, n° 94-343/344, §2 et §18.

malades qui ajouta au Code de la santé publique l'article L1110-2 consacrant que « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* »<sup>50</sup>.

Parallèlement, la dynamique du droit international relatif aux préoccupations éthiques et médicales cristallise également « respect de la dignité de la personne humaine » et « consentement ». La « Convention d'Oviedo » du 4 avril 1997, prise dans le cadre du Conseil de l'Europe, dispose précisément à son article 5 qu'une « *intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y ait donné son consentement libre et éclairé* »<sup>51</sup>.

Dans le cadre de l'Union européenne, on retrouve la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 novembre 2000 qui consacre l'inviolabilité de la dignité humaine et énonce à son article 3-2 que « *dans le cadre de la médecine et de la biologie, [doit] être respecté le consentement libre et éclairé de la personne concernée* »<sup>52</sup>. Enfin, sur une échelle moins européenne, on retrouve le même principe au sein de la Déclaration universelle sur la Bioéthique et les Droits de l'Homme du 19 octobre 2005 prise dans le cadre de l'UNESCO<sup>53</sup>.

En conclusion, « *le droit de consentir ou non à un acte médical constitue la traduction juridique du droit à l'intégrité corporelle et de la dignité de la personne humaine* »<sup>54</sup>. Sa consécration, que ce soit par le droit national ou international, lui confère le caractère de liberté fondamentale et donc un régime des plus protecteurs.

---

<sup>50</sup> Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n° 2002-303, 4 mars 2002 article 3.

<sup>51</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, STE n°164, Oviedo, signée le 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1999.

<sup>52</sup> Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, publiée au JO de l'Union Européenne 2012/C 326/02, Nice, promulguée le 7 et 8 décembre 2000.

<sup>53</sup> Déclaration Universelle sur la Bioéthique et les Droits de l'Homme, Conférence Générale de l'UNESCO, adoptée le 19 octobre 2005, article 6 §1 : « *Toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice* ».

<sup>54</sup> MEMETEAU (G.) et GIRER (M.), *Cours de Droit Médical*, Op. cit., p. 706.

## II) Son appartenance à la catégorie des libertés fondamentales

Le caractère de « liberté fondamentale » du droit de consentir aux soins ne fait plus aucun doute puisqu'il a été reconnu expressément (A). Cette reconnaissance n'est en rien symbolique puisqu'elle accorde sur le plan juridique un régime de protection spécifique de la part du juge national mais aussi international (B).

### A) La reconnaissance expresse du caractère de « liberté fondamentale »

#### 1) La définition d'une « liberté fondamentale »

Une liberté fondamentale se définit comme une « *liberté jointe aux droits fondamentaux (parfois incluses en eux) et de même valeur, au fondement de l'ordre social et politique* »<sup>55</sup>. Sur le plan substantiel, le terme de fondamental désigne « *les droits et libertés attachés à l'individu qui fondent le primat ontologique de l'être humain sur la société et le groupe* »<sup>56</sup>. Sur le plan formel, les droits fondamentaux recouvrent « *les droits et libertés qui s'imposent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel parce qu'ils sont protégés par la Constitution de l'Etat et les traités auxquels celui-ci est partie* »<sup>57</sup>.

Par conséquent, une liberté fondamentale est doublement protégée. Elle est protégée « par » la loi, cette dernière devant permettre son effectivité, afin que chacun puisse l'exercer librement. Elle est protégée « contre » cette même loi, dans le cas où celle-ci serait liberticide. Elle est donc à la fois un « droit », dans le sens où il s'agit d'une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose* »<sup>58</sup>, et à la fois une liberté, c'est-à-dire « *une sphère d'action échappant à la contrainte sociale* »<sup>59</sup>.

Le juge des référés, dans sa jurisprudence, a reconnu au consentement aux soins ce caractère de liberté fondamentale.

---

<sup>55</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., p. 467.

<sup>56</sup> DORD (O.), « Droits fondamentaux », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, sous la Direction de Joël Andriantsimbazovina et autres, Presse Universitaire de France, 1ère édition, 2008, p. 262.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., p. 376.

<sup>59</sup> LEBRETON (G.), « Liberté », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, sous la direction de Joël Andriantsimbazovina et autres, Presse Universitaire de France, 1ère édition, 2008, p. 491.

## 2) La reconnaissance expresse par le juge des référés administratif du caractère de liberté fondamentale

La consécration du juge constitutionnel en 1997 a favorisé la reconnaissance du caractère de liberté fondamentale du droit à consentir par le juge des référés. En effet, la Constitution a vocation à consacrer les droits et libertés essentiels à notre société. Ainsi, le Tribunal administratif de Lille, dans son ordonnance du 25 août 2002, considère qu'au regard du « *principe de l'inviolabilité du corps humain qui se rattache au principe constitutionnel de la sauvegarde de la personne humaine et de la liberté individuelle [...] l'accomplissement d'un acte médical exige le consentement libre et éclairé du patient* »<sup>60</sup>. Par conséquent, en l'espèce, le refus de respecter la volonté du patient « *constitue une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales* ».

Dans son ordonnance du 18 juin 2012, le Tribunal administratif de Rennes a été encore plus affirmatif en reconnaissant expressément le consentement comme une liberté fondamentale : « *le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical, revêt le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA* »<sup>61</sup>.

Il ne s'agit pas, par ailleurs, de n'importe quelle liberté fondamentale puisque que la protection du consentement perdure après la mort de l'individu<sup>62</sup>. Rares sont les droits et les libertés qui possèdent une telle portée, la mort étant traditionnellement symbole de la fin de la personnalité juridique. Cela témoigne donc de la place toute particulière qu'occupe le consentement dans le régime des droits et libertés fondamentales.

A ce titre, le consentement bénéficie de dispositifs spécifiques sous le contrôle du juge national ou international.

---

<sup>60</sup> Tribunal administratif de Lille, référé, 25 août 2002, « M. Jérôme G. et Mme Carole G », n°02-3138.

<sup>61</sup> TA Rennes, 18 juin 2012, « Madame A c/ CHS Guillaume-Régnie », n° 1202373 : JCP Adm. 2012. 2321, note Péchillon.

<sup>62</sup> CE 2 juill. 1993, « Milhaud », *Op. cit.*

## ***B) Le bénéfice d'une protection spécifique par le juge national et international***

### ***1) La protection du juge des référés***

Comme nous venons de le voir, en cas de litige exigeant une solution urgente, la loi donne la possibilité de saisir le juge des référés afin qu'il prononce dans les meilleurs délais des mesures provisoires<sup>63</sup>. Depuis la loi du 30 juin 2000, l'ordonnance de référé peut se faire aussi bien devant les juridictions civiles qu'administratives<sup>64</sup>. Les référés civils sont régis par des dispositions communes, ainsi que des articles propres à chaque juridiction. Les référés administratifs, quant à eux, sont régis par le Livre V du Code de justice administrative.

Les libertés fondamentales font l'objet d'un référé spécifique, intitulé usuellement le « référé liberté »<sup>65</sup>. En l'espèce, le juge des référés doit se prononcer dans les quarante-huit heures, s'il constate une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public. Il est alors compétent pour prendre toutes les mesures nécessaires, dans l'exercice de ses pouvoirs, afin d'y mettre un terme.

Cette procédure est particulièrement intéressante en matière médicales. Ce domaine génère le plus souvent des litiges portant sur l'intégrité de la personne. *De facto*, cela peut produire des dommages irréversibles. S'il y a un doute sur la légalité d'une décision médicale, comme par exemple sur le consentement à une opération chirurgicale, il est nécessaire de pouvoir la suspendre dans les meilleurs délais. Cela est rendu possible grâce à ce mécanisme, qui permet une décision de justice dans un délai record au regard du temps que prend normalement la justice. La principale limite dans le domaine médical est qu'elle se limite aux personnes morales de droit public ou aux organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public. Elle exclut par définition une partie des professionnels libéraux qui n'exercent pas en principe une mission de service publique.

Face aux carences que peut présenter le droit national, les libertés fondamentales sont aussi protégées au niveau international.

---

<sup>63</sup> Par exemple, l'article 808 du Code de procédure civile relatif aux ordonnances du Tribunal de grande instance dispose que « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

<sup>64</sup> *Loi relative au référé devant les juridictions administratives*, n° 2000-597, 30 juin 2000.

<sup>65</sup> « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* », article L521-2 du Code de justice administrative.

## 2) La protection de la Cour Européenne des Droits de l'Homme :

En tant que liberté fondamentale, le consentement est protégé par le juge de la Cour Européenne des Droits d' l'Homme (CEDH). Si le principe de consentement ne figure pas expressément dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits et Libertés Fondamentales, la jurisprudence du juge européen a de manière répétée défini le consentement comme un « élément indispensable au respect de l'intégrité physique de l'individu garanti par l'article 8 de la Convention »<sup>66</sup>. La Cour s'est donc donné compétence pour sanctionner toute violation de cette liberté.

Les grands arrêts de références en la matière sont aujourd'hui les arrêts « Pretty c/ Royaume-Uni » du 29 avril 2002 et « Glass c/ Royaume-Uni » du 9 mars 2004. Pour le juge européen, « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient, s'il est adulte et sain d'esprit, s'analyse en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 de la Convention »<sup>67</sup>. Le consentement fait l'attention toute particulière du juge européen, au point qu'on constate une « surabondance » de sa proclamation<sup>68</sup>.

Cependant, très tôt, la CEDH a admis des limites à cette liberté, comme en témoigne l'arrêt « X. et Y. c/ Pays-Bas » du 4 décembre 1978 à propos d'un examen sanguin non consenti. En l'espèce, il a été retenu qu'une telle « atteinte à l'intégrité physique contre le gré de l'intéressé peut, même si elle est minime, soulever un problème sous l'angle du droit au respect de la vie privée »<sup>69</sup>. Pour autant, « elle a jugé qu'« [inspiré] par le souci et la nécessité de protéger la société, et plus particulièrement la sécurité routière et la santé d'autrui, l'examen sanguin obligatoire à la suite d'un accident de la circulation constitue une ingérence conforme à l'article 8§2 »<sup>70</sup>

Aussi fondamentale soit-elle, cette liberté n'est donc pas absolue. Mais concrètement, les exceptions tendent à se réduire.

---

<sup>66</sup>BROSSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Op. cit.*, p. 8.

<sup>67</sup>CEDH, gr. ch., 29 avr. 2002, « Pretty c/ Royaume-Uni », req. no 2346/02, §53 ; D. 2002. 1596, et les obs. ; RDSS 2002. 475, note Pedrot ; RSC 2002. 645, obs. Massias ; RTD civ. 2002. 482, obs. Hauser ; RTD civ. 2002. 858, obs. Marguénaud.

<sup>68</sup>BROSSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Op. cit.*, p. 11.

<sup>69</sup>*Ibid*, p. 8.

<sup>70</sup>*Ibid*, note de bas de page n°49, p. 8.

## SECTION II : L'EXTENSION CROISSANTE DE CETTE LIBERTE

S'il persiste quelques exceptions au principe de consentement (I), on assiste tout de même à une extension continue de son champ d'application en matière médicale (II), témoignant de la prégnance toujours plus importante de ce principe.

### I) Les exceptions à l'application du droit au consentement

Parmi les exceptions au principe de consentement préalable, on retrouve les actes par nature ne faisant pas l'objet du régime de consentement (A), et d'autre part les dérogations prévues par la loi pour des soins qui par principe doivent faire l'objet d'un consentement (B).

#### A) Les actes ne relevant pas en principe du consentement

##### 1) Les « soins sans consentement »

Dans le cadre de sa Troisième partie consacrée aux luttes contre les maladies et les dépendances, le Code de la santé publique consacre son Livre II à la lutte contre les maladies mentales et prévoit ses modalités. Parmi-celles-ci se trouve les soins « sans consentement ». Ces derniers visent les soins psychiatriques. Ces maladies portent par nature atteinte à la capacité des personnes à décider pour elles-mêmes. Historiquement, les soins psychiatriques se sont donc toujours caractérisés par leur dérogation au principe de consentement, en raison de la population visée.

La première modalité prévue par le Code de la santé publique dérogeant le principe de consentement est celle de l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent. Selon l'article L3212-1, une personne atteinte de troubles mentaux peut faire l'objet de soins psychiatriques lorsque cumulativement :

*« 1° Ses troubles mentaux rendent impossible son consentement ; 2° Son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme mentionnée au 2° du I de l'article L. 3211-2-1. ».*

La deuxième modalité est celle de l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat. Selon l'article 3213-1 du CSP :

*« Le représentant de l'Etat dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »*

Dans le premier cas, la personne dispose toujours de son droit au consentement mais est considérée comme n'étant plus capable de le mettre en œuvre. Alors que dans le second cas, son droit est tout simplement mis entre parenthèse au regard d'un motif d'un intérêt supérieur qu'est la sécurité collective. Mais dans les deux situations, la personne hospitalisée ne perd pas définitivement son droit au consentement comme en témoigne l'arrêt de Tribunal Administratif de Rennes du 18 juin 2012 :

*« La circonstance qu'une patiente soit hospitalisée sur décision du représentant de l'État et dans le cadre d'un contrôle judiciaire décidé par le juge d'instruction est sans incidence sur la nécessité de recueillir son consentement à un traitement, dès lors qu'il n'est pas contesté que cette patiente est en état de l'accorder ou de le refuser »<sup>71</sup>.*

Le droit à consentir reste donc un principe directeur, même dans les situations où il aurait à s'effacer. Parallèlement, la loi prévoit d'autres types d'actes médicaux qui s'imposent aux citoyens, en raison d'un motif de santé public collectif.

## **2) Les actes de vaccination :**

Toujours dans la partie relative à la lutte contre les maladies et les dépendances, le Code de la santé publique possède un chapitre relatif à la vaccination. Afin de combattre un certain nombre de maladies transmissibles et prévenir les risques d'épidémie, l'article L3111-2 fixe à onze le nombre de vaccins obligatoires depuis le 20 décembre 2017 (trois auparavant). De même, l'article L3111-4 détermine les vaccins auxquels certaines catégories de professionnels doivent se conformer afin d'exercer leur activité. Par exemple :

*« Une personne qui, dans un établissement ou organisme public ou privé de prévention de soins ou hébergeant des personnes âgées, exerce une activité professionnelle l'exposant ou exposant les personnes dont elle est chargée à*

---

<sup>71</sup> TA Rennes, 18 juin 2012, « Madame Ac/ CHS Guillaume-Régnier », no 1202373: JCP Adm. 2012. 2321, note Péchillon.

*des risques de contamination doit être immunisée contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite et la grippe »<sup>72</sup>.*

La politique de vaccination obligatoire rentre dans la compétence de l'Etat de protéger la santé (protection collective). A ce titre, les articles L3111-1 et suivants ont été jugés conformes à la Constitution dans la décision du 20 mars 2015 du Conseil constitutionnel, dans le cadre d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité<sup>73</sup>.

Cette pratique de la vaccination obligatoire fait aujourd'hui de plus en plus polémique. Le contentieux qu'elle développe vis-à-vis du principe de consentement remonte jusqu'à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, au même titre que les actes de dépistage obligatoires ou encore les actes médicaux imposés aux détenus<sup>74</sup>. Le juge européen reste cependant assez pragmatique sur ces questions et dispense une jurisprudence souple, renvoyant le plus souvent à la marge d'appréciation des Etats. Les ingérences des Etats se doivent d'être, pour l'essentiel, prévues par la loi, nécessaires et proportionnées au regard de l'impératif légitime qu'est la protection de la santé<sup>75</sup>. Par conséquent, la question de la vaccination obligatoire n'a pas pour l'instant été remise en cause par ce juge des droits de l'Homme.

Enfin, parmi les actes qui par nature ne peuvent faire l'objet d'un consentement figurent ceux issus d'une procédure judiciaire.

### **3) Les actes issus d'une procédure judiciaire**

#### **a) Les actes d'expertise médicale**

Les procédures judiciaires peuvent amener à la réalisation d'actes médicaux sans le consentement de la personne intéressée. C'est le cas par exemple des autopsies judiciaires, régies par les articles 230-28 à 230-30 du Code de procédure pénale. Lorsqu'une telle autopsie est ordonnée, aucune opposition ne peut y être formulée, même sur le principe de consentement<sup>76</sup>. Globalement, les juridictions pénales de siège ou de parquet, disposent du pouvoir d'ordonner des expertises dans le cas où se pose une question d'ordre technique qui s'imposent aux personnes

<sup>72</sup> Article L3111-4 du Code de la santé publique, alinéa 1.

<sup>73</sup> Conseil Constitutionnel, 20 mars 2015, no 2015-458 QPC: RDSS 2015. 364, obs. Cristol; AJDA 2015. 611; D. 2015. 687; AJ fam. 2015. 222, obs. H. Daïmallah; ibid. 192, obs. Dionisi-Peyrusse; JCP 2015, no 22, p. 634, note Foucher et Rachet-Darfeuille.

<sup>74</sup> BROSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Op. cit.*, pp 17-18.

<sup>75</sup> Article 8, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, STE n°005, Rome, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

<sup>76</sup> SCOLAN (V.), « Autopsie », *Medileg*, Service de Médecine Légale CHU Grenoble, sous la responsabilité éditoriale du Professeur Luc BARRET du CHU Grenoble, 2014, <http://www.medileg.fr/Autopsies>

visées<sup>77</sup>. Ce principe est admis par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a pu admettre que « *les articles 3 et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'homme n'interdisent pas en tant que tel le recours à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction* »<sup>78</sup>.

L'action en paternité devant les juridictions civiles joue également sur le consentement. L'action en paternité implique un test par nature invasif. En conséquence, « *le test de paternité est autorisé uniquement dans le cadre d'une procédure judiciaire [...]. Le consentement du père présumé est obligatoire. Procéder à un test de paternité en dehors de ce cadre est illégal* »<sup>79</sup>. Pour autant, la prescription d'une expertise biologique pour prouver la paternité d'une personne est en principe de droit, sauf lorsqu'il existe un motif légitime de ne pas y procéder<sup>80</sup>. Le constat par les juges du fond du refus de s'y soumettre « *oblige ces derniers à en déduire l'établissement de la paternité* »<sup>81</sup>. La personne est donc obligée d'effectuer le test si elle ne veut pas se voir reconnaître la paternité. Le consentement au test, malgré son implication (même minime) sur le corps humain, est ici contournée.

Il en est de même pour les mesures pénalement ordonnées.

#### ***b) Les condamnations impliquant des soins***

Les procédures judiciaires peuvent se solder par des peines s'accompagnant d'une prise en charge sociale ou médicale. Le juge pénal peut en effet prendre une « *mesure coercitive de sûreté et de protection sociale liée aux soins prise par le juge dans l'intérêt tant du patient que de la société* »<sup>82</sup>. Ce type de mesure répond à la « *délinquance sexuelle, les violences conjugales, les infractions liées aux stupéfiants, l'alcoolisme, mais aussi des infractions graves d'atteintes aux biens* »<sup>83</sup>.

Parmi ces peines, on retrouve « l'obligation de soin » prévue par l'article 138 du Code de procédure pénal. L'obligation de soin « *peut être décidée à l'occasion de la commission de tout type*

---

<sup>77</sup> Article 156 du Code de procédure pénale, alinéa 1 : « *Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise* ».

<sup>78</sup> CEDH 11 juill. 2006, « Jalloh c/ Allemagne », n°54810/00, § 70-72 (« administration d'un émétique aux fins de recueillir des stupéfiants ingérés par le suspect, sans attendre l'élimination par les voies naturelles »).

<sup>79</sup> Direction de l'information légale et administrative, Ministère de la Justice, *Dans quel cadre peut-on effectuer un test de paternité ?*, Vérifié le 06 juillet 2017, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F14042>

<sup>80</sup> LE GUILDEC (R.), « Filiation: modes judiciaires d'établissement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz [en ligne], octobre 2008 (actualisation : avr. 2018), §110.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> VIRIOT-BARRIAL (D.), « Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale », *Consentement et Santé*, Paris, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 243.

<sup>83</sup> *Ibid* p. 244.

de délit ou de crime, dès lors que le juge estime que la personne a besoin de soins »<sup>84</sup>. On retrouve aussi « l'injonction thérapeutique », qui est visée par l'article L. 3423-1 du Code de la santé publique. L'autorité judiciaire est autorisée à soumettre « une personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants ou une consommation habituelle et excessive d'alcool » à une mesure de soins ou de surveillance médicale. Enfin, il existe la peine dite de « l'injonction de soin » depuis la loi du 17 juin 1998 relative aux infractions sexuelles et à la protection des mineurs, qui impose une surveillance socio-judiciaire ainsi que médicale à la personne condamnée<sup>85</sup>.

En principe la personne peut légalement refuser de se soumettre à ce type de mesures, mais ce refus aura des incidences sur la réalisation de la peine et les mesures d'individualisation de la peine<sup>86</sup>. Si en principe le consentement est requis, il « n'est assurément pas libre mais au contraire contraint voire extorqué »<sup>87</sup> au point qu'on peut se demander s'il y a réellement consentement. Ces régimes sont autorisés par le juge européen. Il s'agit même d'exceptions prévues explicitement par la CEDH : une personne « susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond » peut faire l'objet d'une détention sans porter atteinte à sa liberté et son droit à la sûreté<sup>88</sup>.

Parallèlement, l'article L1111-4 prévoit des dérogations à l'égard d'actes devant normalement faire l'objet d'un consentement.

## ***B) Les dérogations au consentement prévues par la loi pour des actes nécessitant en principe le recueil préalable du consentement***

### ***1) La personne « hors d'état d'exprimer sa volonté »***

La première dérogation prévue par l'article L1111-4 est celle du patient « hors d'état d'exprimer sa volonté ». L'idée même de consentir nécessite une certaine conscience des choses. Si ce postulat n'est pas rempli, le consentement ne serait qu'artificiel. D'où l'idée d'un régime dérogatoire, n'exigeant pas le recueil préalable du consentement, lorsqu'une personne n'est plus capable de s'exprimer.

---

<sup>84</sup> EGLIN (M.), « Quand la justice impose des soins », *Enfances & Psy*, vol. no 30, no. 1, 2006, §9.

<sup>85</sup> *Ibid*, §23.

<sup>86</sup> CASTAING (C.), « L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade », *Consentement et Santé*, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 138.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> Article 5 §1, e) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *Op. cit*.

La loi envisage ce régime dans deux hypothèses. La première, présente dès la loi de 2002, est celle où le patient peut encore faire l'objet de soins et qu'il existe encore un intérêt, une possibilité de le soigner :

*« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté »<sup>89</sup>*

Le professionnel de santé, en l'espèce n'a pas l'obligation de recueillir le consentement mais, à la place, de consulter les personnes visées par l'article. Par contre, le professionnel n'est pas tenu par les résultats des consultations. Le professionnel est tenu de consulter, non pas de se « conformer ». Cette obligation de consultation s'efface par ailleurs en cas d'urgence ou d'impossibilité.

La seconde vise la situation inverse, celle de l'arrêt de traitement introduit par la loi « Leonetti » du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. Ici, le professionnel de santé a l'obligation de passer par une procédure collégiale encadrée, au regard de l'impact de la décision :

*« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou, à défaut la famille ou les proches, aient été consultés »<sup>90</sup>.*

L'application de ces régimes nécessite cependant de savoir ce qu'est une personne « hors état d'exprimer sa volonté ». Car la loi ne définit pas ce qu'elle entend par cet état. Est-ce seulement le cas où la personne est physiquement, mécaniquement dans l'impossibilité de communiquer comme c'est le cas du coma ? Ou bien cette disposition peut-elle être étendue à des situations où la personne peut communiquer, mais ses facultés sont tellement altérées (exemple : la démence) qu'elle n'a pas conscience de ce qu'elle communique ou de la portée de sa décision ? Nous répondrons à ces questions dans un développement ultérieur<sup>91</sup>.

La seconde dérogation prévue par la loi est celle de l'urgence.

---

<sup>89</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 5.

<sup>90</sup> L1111-4 du CSP, alinéa 6.

<sup>91</sup> Cf Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I).

## 2) L'urgence

L'urgence correspond à la situation où il existe un danger pour le malade tel qu'il est absolument nécessaire de procéder à une intervention immédiate<sup>92</sup>, le pronostic vital étant à court ou à moyen terme engagé. Cette situation peut constituer une dérogation au recueil préalable du consentement. Elle n'est pas visée par l'article L1111-4 mais par de nombreux autres textes.

Tout d'abord, l'article 16-3 du Code civil pose le principe que « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Cette définition très générale, ne mentionne pas explicitement l'urgence mais peut en donner un fondement. Le Code de la santé publique, dans sa partie réglementaire, est plus précis, en disposant à son article R4127-9 que « *Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires* ». De même, le Conseil d'Etat a affirmé que :

*« [si] l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne prévaut pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade [...] ; compte tenu de la situation extrême dans laquelle leur patient se trouve, les médecins qui choisissent, dans le seul but de sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionnée à son état, ne commettent pas de faute professionnelle »<sup>93</sup>.*

L'ensemble de ces dispositions s'expliquent du fait que l'urgence appelle à une prise de décision rapide. Une certaine souplesse est donc nécessaire. D'autant plus que « *le médecin a l'obligation légale d'intervenir en cas d'urgence sous peine d'être poursuivi pénalement pour non-assistance à personne en danger* »<sup>94</sup>. Ainsi « *un médecin est impunissable dès lors qu'il peut démontrer que, face à un péril vital imminent, il a volontairement sacrifié l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour sauvegarder une valeur supérieure : la vie* »<sup>95</sup>. L'article 8 de la Convention de Biomédecine considère également l'urgence comme une dérogation au recueil du

<sup>92</sup> DEBARRE (J.-M.), « Consentement à l'acte médical en droit. Un état des lieux », *Médecine & Droit*, Vol. 2017, n° 144, 2017, p. 58.

<sup>93</sup> CE 26 oct. 2001, « Mme Senanayaké », req. n° 198546 : RFDA 2002. 146, concl. Contre Chauvaux ; ibid. 156, note de Béchillon ; AJDA 2002. 259, note Deguegue ; RTD civ. 2002. 484, obs. Hauser ; RDSS 2002. 41, note Dubouis ; JCP 2002. II. 10025, note Moreau ; LPA 15 janv. 2002, n° 11, p. 18, note Clément (C.) ; GADS, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz, 2010, n°9.

<sup>94</sup> MELLAC (A.), « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », *Consentement et Santé*, Paris, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 89.

<sup>95</sup> PY (B.), « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ pénal*, Dalloz [en ligne], 2012. 384, 12 juillet 2012.

consentement préalable. Là aussi le contrôle du juge européen est assez souple, se limitant au principe de subsidiarité ou au cas d'espèce<sup>96</sup>.

Le consentement n'est donc pas une liberté absolue. Cependant, la loi et la jurisprudence veillent à ce que l'ensemble des pratiques de soins soient soumises au respect du consentement.

## II) L'extension continue de son champ d'application

Les actes susceptibles de requérir le consentement sont de plus en plus nombreux. Alors que le Code civil n'exigeait auparavant le consentement seulement pour les « actes thérapeutiques », celui-ci a étendu le principe aux conditions de « nécessité médicale » et « d'intérêt thérapeutique d'autrui » (A). Parallèlement, les actes médicaux et les traitements visés par le Code de la santé publique ont vu leur contenu s'élargir (B).

### A) Le passage des « actes thérapeutiques » à « la nécessité médicale » ou « l'intérêt thérapeutique d'autrui » dans le Code civil

#### 1) La « nécessité médicale » et « intérêt thérapeutique d'autrui »

Originellement, l'article 16-3 du Code civil prévoyait qu'il ne pouvait être « porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne », et que par conséquent le consentement de l'intéressé devait être recueilli préalablement. Cette disposition était particulièrement restrictive. En effet, par définition, les actes thérapeutiques correspondaient aux actes « ayant pour finalité de guérir ou d'améliorer l'état de santé de la personne »<sup>97</sup>. Elle excluait par nature « les interventions médicales à but préventif ou de recherches, voire à finalité prédictive en matière génétique »<sup>98</sup>.

Le législateur est donc intervenu à deux reprises afin d'élargir le champ d'application de l'article 16-3. Tout d'abord avec la loi du 27 juillet 1999 qui a substitué le terme de « nécessité thérapeutique » à celui de « nécessité médicale »<sup>99</sup>, terme plus général et englobant aussi bien les actes de diagnostic que les actes curatif<sup>100</sup>. Puis avec la loi du 6 août 2004 qui a rajouté comme motif licite d'atteinte au corps « l'intérêt thérapeutique d'autrui » : « Il ne peut être porté atteinte à

<sup>96</sup> BROSSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Op. cit.*, pp.18-20.

<sup>97</sup> PARICARD (S.), « Le consentement aux actes non thérapeutiques », *Op. cit.*, p. 103.

<sup>98</sup> HENNION-JACQUET (P.), « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007. 1038, 9 novembre 2007.

<sup>99</sup> *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-641, 27 juillet 1999, article 70.

<sup>100</sup> PARICARD (S.), « Le consentement aux actes non thérapeutiques », *Op. cit.*, p. 103.

*l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* »<sup>101</sup>. Sont ici visés tous les actes de recherches mais également tous ceux qui s'affilient aux dons et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain comme le prélèvement d'organe<sup>102</sup>.

Le Code civil privilégie par là une approche *in abstracto* permettant d'englober de nombreuses situations sous le prisme de l'article 16-3.

## 2) Une approche *in abstracto* toujours plus englobante

Le Code civil ne vise donc pas des actes précis mais joue sur leur finalité. Le juge se doit de contrôler *in abstracto* s'il y a une finalité médicale ou un intérêt thérapeutique d'autrui à l'acte opéré, et si oui, s'il y a eu un consentement préalable. Cette question de finalité s'est posée pour la chirurgie esthétique, l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG), la Gestation Pour Autrui (GPA), la Procréation Médicalement Assistée (PMA), la stérilisation contraceptive, l'administration de substances mortifères, ou encore le clonage à visée reproductive<sup>103</sup>.

Ces actes non thérapeutiques ne font pas appel au « privilège du médecin » de porter atteinte à l'intégrité corporelle puisqu'ils ne sont fondés que sur la seule volonté de la personne, laissant par la même occasion le juge libre de sanctionner ou non la pratique<sup>104</sup>. Leur licéité ne peut ou n'a pu « *se réaliser que par voie législative* », à l'exception de la chirurgie esthétique qui a été « *acceptée par la jurisprudence en raison de sa faible nuisance à l'intérêt général* »<sup>105</sup>. Le cas de la circoncision aujourd'hui génère sans doute le plus fort contentieux en la matière puisque cet acte peut répondre aussi bien à une nécessité médicale que constituer un acte rituel. Selon la qualification, l'acte ne provoquera pas les mêmes conséquences<sup>106</sup>.

Le Code de la santé publique, quant à lui, vise *in concreto* les actes nécessitant le consentement préalable.

---

<sup>101</sup> Loi relative à la bioéthique (1), n° 2004-800, 6 août 2004, article 9.

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> PARICARD (S.), « Le consentement aux actes non thérapeutiques », *Op. cit.*, p. 105.

<sup>104</sup> *Ibid*, p. 104.

<sup>105</sup> *Ibid*, p. 105.

<sup>106</sup> A titre d'exemple, la circoncision sur personne mineur, selon sa finalité, peut être considéré comme un acte usuel nécessitant le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale, ou non usuel, s'il ne poursuit pas une finalité médicale (et dans ce cas exige le consentement des deux parents) ; Cour d'appel de Paris, 1er juin 2017, n° 15/08139, ou encore Cour d'appel de Versailles, 1 décembre 2016, n° 15/08970.

## **B) Un élargissement du contenu des « actes médicaux » et « traitements » visés par le Code de la santé publique**

### **1) L'élargissement de la notion de « traitement »**

Le terme de traitement est commun et ne constitue pas en général de grande difficulté de compréhension sur ce qu'il recouvre. Il est usuellement défini comme l'« ensemble des méthodes employées pour lutter contre une maladie et tenter de la guérir »<sup>107</sup>. Cette approche a toutefois été étendue suite à l'affaire « Vincent Lambert » et la question de la fin de vie. En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré qu'il devait être entendu par traitement « l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient »<sup>108</sup>. A ce titre, l'hydratation et l'alimentation artificielle ont été considérés comme des « traitements »<sup>109</sup>. Ce raisonnement a été repris par le législateur en 2016, en introduisant à l'article L1110-5-1 du Code de la santé publique que « la nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article »<sup>110</sup>. La notion de traitement recouvre donc un champ plus vaste que la seule lutte contre la maladie, le seul curatif.

*De facto*, l'alimentation et l'hydratation sont susceptibles de requérir le consentement de la personne. Cela pose question à l'égard de l'alimentation forcée qui peut être pratiquée dans certains cas médicaux<sup>111</sup>. Cette pratique n'aspire pas à être remise en cause. La Cour européenne des Droits de l'Homme a conclu dans ce sens que l'alimentation forcée ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant à l'aulne de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme si cet acte est médicalement nécessaire et accompagné de garanties procédurales et si la manière dont l'alimentation a été opérée n'est pas, par elle-même, une mesure inhumaine ou dégradante<sup>112</sup>.

Le contenu de l'acte médical, quant à lui, a fait l'objet de plus longs débats doctrinaux.

---

<sup>107</sup> Dictionnaire Larousse, définition de traitement :

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/traitement/78979>

<sup>108</sup> CE 24 juin 2014, « Mme F. I. et a. », n° 375081, §16 : RFDA 2014. 657, concl. Keller, note Delvolvé; D. 2014. 1856, note Vigneau; RDSS 2014. 1101, note Thouvenin; RGDM 2014, n° 53, p. 131, note Belrhomari. GADS 2016, n° 26.

<sup>109</sup> *Idem*.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a considéré qu'il résultait « des art. L. 1110-5 et L. 1111-4, éclairés par les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la L. du 22 avr. 2005, que le législateur a entendu inclure au nombre des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés, au motif d'une obstination déraisonnable, l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient [...] l'alimentation et l'hydratation artificielles sont au nombre des traitements susceptibles d'être arrêtés lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable ».

<sup>110</sup> Loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1), n° 2016-87, 2 février 2016.

<sup>111</sup> Notamment à l'égard des personnes présentant des troubles de l'alimentation telles que les personnes anorexiques.

<sup>112</sup> CEDH 5 avr. 2005, « Nevmerjitsky c/ Ukraine », n°54825/00, § 94: JCP 2005. I. 1451, obs. Sudre.

## 2) L'acte médical

L'acte médical est traditionnellement présenté comme « celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui »<sup>113</sup>. Plus récemment, l'acte médical a été défini comme « la réalisation par des moyens verbaux, écrits, physiques ou instrumentaux est effectué par un membre d'une profession médicale dans le cadre de son exercice et les limites de sa compétence »<sup>114</sup>.

Le principal critère de l'acte médical est donc l'identité de son auteur. Il doit s'agir d'une personne reconnue comme ayant la qualité pour exercer. Cela emporte des conséquences à l'égard des actes dits de « médecine alternative ». Dans notre droit positif, les personnes reconnues comme des professionnels de santé qualifiés sont celles visées par la Quatrième Partie législative du Code de la santé publique<sup>115</sup>. Si la force thérapeutique des médecines alternatives peut être sujette à débat, tant que les personnes la pratiquant ne seront pas reconnues comme des professionnels de santé, leurs actes ne pourront être des actes médicaux. La question du consentement à cette médecine alternative ne relèvera donc pas du régime de l'article L1111-4 du CSP<sup>116</sup>.

La vocation thérapeutique tend quant à elle à disparaître. Au regard de « l'évolution des pratiques du soin et des techniques », de plus en plus de plus en plus séquencées et spécialisées<sup>117</sup>, cette condition, au même titre que l'ancienne disposition du Code civil, avait pour conséquence d'exclure certains actes du régime du consentement. Désormais, l'acte médical correspond à tous les moyens utilisés par les professionnels de santé dans le cadre de son exercice. Rentrent ainsi dans le champ de l'article L1111-4, au côté des actes curatifs, de diagnostic, de prévention ou palliatifs, les actes d'imagerie médicale. En effet, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé en 2017 que l'examen d'imagerie par résonance magnétique (IRM) devait faire l'objet d'un consentement préalable :

*« Considérant que Mme H soutient, sans être contredite par le centre hospitalier universitaire de Grenoble, n'avoir pas donné son consentement à l'examen d'imagerie par résonance magnétique réalisé le 10 mars 2011 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la prescription de cet examen d'imagerie ait constitué un cas d'urgence ; que Mme H était en état d'exprimer sa volonté ; que, par suite, en l'absence d'un tel consentement, le*

<sup>113</sup> SAVATIER (R.) et autres, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, p. 11.

<sup>114</sup> Définition d'un acte médical par la Commission de terminologie et de néologie pour le domaine de la santé, séance du 14 juin 2001, « Classification Commune des actes médicaux », Annexe I de l'arrêté du 27 février 2007, Bulletin officiel N° 2007/3 bis Fascicule spécial.

<sup>115</sup> Sont concernés les professions médicales (médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme), les professions de la pharmacie et de la physique médicale, les auxiliaires médicaux, les aides-soignants, les auxiliaires de puériculture, les ambulanciers et les assistants dentaires.

<sup>116</sup> La personne tombe sous le coup de l'article 16-3 du Code civil s'il y a eu atteinte à l'intégrité de la personne ou bien du Code pénal (sachant qu'en matière pénale, le consentement de la victime n'est pas exonérateur).

<sup>117</sup> HUM (P.) et autres, « Le refus de soin : forces et faiblesses du consentement », *Ethique et Santé*, vol. 12, n°1, mars 2015, p 59.

*centre hospitalier universitaire de Grenoble est tenu de réparer les préjudices subis de ce fait par l'intéressée »<sup>118</sup>.*

Le consentement envisagé par le Code de la santé publique est donc indépendant du degré d'atteinte à l'intégrité de la personne et vient ainsi compléter les dispositions du Code civil. Ce dernier n'envisage en effet le consentement qu'à travers la question de l'atteinte à l'intégrité de la personne. L'article 16-3 n'appréhende pas la question où un acte poursuit une nécessité médicale ou un intérêt thérapeutique d'autrui mais ne porte pas atteinte à l'intégrité de la personne (exemple : la mise à disposition de sa personne comme dans le cadre de l'imagerie ou d'une consultation). A l'aulne de l'article L1111-4 et de la jurisprudence qui en découle, il est clair qu'il est quand même nécessaire de recueillir préalablement le consentement de la personne.

Conclusion du Chapitre 1 :

Le droit de consentir est donc aujourd'hui un pilier de la relation de soins entre l'utilisateur et le professionnel de santé. Liberté non absolue, elle n'en reste pas moins fondamentale. Son défaut engage la responsabilité du professionnel :

*« Hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention »<sup>119</sup>.*

Le consentement s'intègre aujourd'hui dans tous les domaines de la relation médicale, du dépistage à l'imagerie et son respect est maintenue tout au cours de l'intervention. Ainsi, une modification de la technique opérée ou un acte décidé en cours d'intervention sans en avoir préalablement recueilli le consentement est fautif<sup>120</sup>. L'obtention d'un consentement « libre et éclairé » est donc un enjeu majeur pour les professionnels de santé, au risque de se voir sanctionner ou de voir leur responsabilité engagée.

<sup>118</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 26 octobre 2017, n° 16LY02814, §7

<sup>119</sup> CE, 24 sept. 2012, « Cyril B », n° 336223: Lebon T.

<sup>120</sup> A titre d'exemple, le professionnel engage sa responsabilité « lorsque le patient n'avait pas donné son consentement à l'intervention réalisée par le chirurgien, mais à une intervention substantiellement différente par la technique employée » ; CE 24 sept. 2012, « Cyril B », n°336223: Lebon T.

« Est fautif le chirurgien qui, au cours d'un accouchement provoqué par césarienne, décide, au vu des antécédents de la parturiente, de procéder à une ligature des trompes afin d'éviter toute nouvelle grossesse à risques, ce dont il n'avertit l'intéressée qu'à son réveil » ; Civ. 1re, 11 oct. 1988: Bull. civ. I, no 280; JCP 1989. II. 21358, note Dorsner-Dolivet.

Par contre « un patient qui accepte le principe d'une opération donne implicitement son accord pour toute intervention curative qui se révélerait nécessaire au cours de cette opération » ; Civ. 1re, 27 oct. 1982: Bull. civ. I, no 307.

## CHAPITRE 2 : L'EXIGENCE EN PRINCIPE D'UN CONSENTEMENT « LIBRE ET ECLAIRÉ » DU PATIENT

Le consentement est quelque chose par nature difficile à matérialiser. Il repose sur une relation interpersonnelle et donc sur la qualité de l'émission d'un message et de sa bonne réception. La preuve de sa réalité peut être parfois complexe notamment pour le professionnel de santé.

Afin d'encadrer cela, l'article L1111-4 dispose qu' « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* »<sup>121</sup>. Cette formule, issue du droit des contrats<sup>122</sup>, exprime les conditions essentielles à la qualité du consentement exprimé. Elle implique que le patient a bien été informé par le professionnel de santé (SECTION 1) et qu'il a donné son consentement en toute indépendance (SECTION 2).

### SECTION I : UN CONSENTEMENT « ECLAIRE », L'INFORMATION DU PATIENT PAR LE PROFESSIONNEL DE SANTE

L'information est le corollaire indissociable du consentement. Selon l'article L1111-4 du CSP la personne prend avec le professionnel de santé les décisions concernant sa santé « *compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit* »<sup>123</sup>.

Dès l'arrêt « Teyssier », précédemment présenté, l'atteinte au consentement passait par le constat d'un manquement du professionnel de santé à son devoir d'information. En effet, pour pouvoir décider, ou même simplement participer à la décision médicale, encore faut-il être informé des tenants et aboutissants : « *en acceptant l'acte médical, le patient consent également aux risques inhérents à celui-ci à condition qu'il en ait été informé* »<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 4.

<sup>122</sup> DISSEAUX (N.), « Contrat : formation » *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], avril 2017 (actualisation : nov. 2017), § 126.

<sup>123</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 1.

<sup>124</sup> BROSSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Op. cit.*, p. 13.

Afin de pouvoir donner un consentement « éclairé », le patient doit donc disposer de toutes les informations nécessaires pour prendre sa décision. La loi prévoit ainsi une obligation d'information à la charge du professionnel de santé (I) au contenu de plus en plus exhaustif (II).

## I) L'obligation d'information à la charge du professionnel

Obligation d'origine contractuelle, l'obligation d'information a pris une telle importance qu'elle s'est vu conférer une base légale (A), dont désormais la seule violation constitue un préjudice (B).

### A) Le passage d'une obligation contractuelle à une obligation délictuelle

#### 1) Une obligation originellement contractuelle

Le devoir d'information existe depuis les premiers Codes de déontologie<sup>125</sup>. Reconnu comme une obligation par la jurisprudence, il a été pendant longtemps fondé sur la nature contractuelle de la relation de soin<sup>126</sup>. C'était sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, relatif à la responsabilité contractuelle, que les juridictions engageaient la responsabilité du professionnel de santé.

Ce fondement a eu pour conséquence de réduire la portée de la responsabilité du médecin. En effet, les juridictions, pour retenir la responsabilité de ce dernier, recherchait soit un préjudice corporel, en lien avec le manquement à l'obligation d'information ou en cas de « perte de chance »<sup>127</sup>. Il y a perte de chance lorsque « *le juge du fond estime que les informations données auraient été de nature à dissuader le patient de subir l'intervention litigieuse* » et auraient permises ainsi au patient d'éviter la réalisation des risques encourus<sup>128</sup>. Ainsi, en cas d'exécution parfaite de l'obligation de soin, le patient ne pouvait engager la responsabilité du médecin du seul fait fautif de

---

<sup>125</sup> CRISTOL (D.), PEIGNE (J.) et MARKUS (J.-P.), Code de la santé publique, Dalloz [en ligne], article L1111-2, Commentaires.

<sup>126</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, sous la direction d'Agathe LEPAGE, La Documentation Française, 2010, p. 164.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> *Idem*.

la violation de son devoir d'information, au titre d'un préjudice moral par exemple<sup>129</sup>. Ce raisonnement a été mis à mal avec la transformation de l'obligation en obligation délictuelle.

## **2) Une obligation devenue légale**

Avec la loi du 4 mars 2002 qui a intégré cette obligation dans le Code de la santé publique, l'obligation d'information est devenue un droit du malade, lui conférant un fondement légal. Cette évolution a amené un arrêt fondamental de la Cour de cassation, celui du 3 juin 2010. En l'espèce, l'arrêt de la Cour d'appel ayant fait l'objet du pourvoi avait écarté toute responsabilité du professionnel de santé, malgré le manquement de ce dernier à son devoir d'information. Conformément à sa jurisprudence antérieure, elle avait considéré :

*« qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale . Il n'y avait donc pas eu de perte de chance d'éviter le risque puisqu'il était « peu probable que M. X..., dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves »<sup>130</sup>.*

Cet arrêt de la Cour d'appel a été cassé par la Cour de cassation. Cette dernière a opéré un premier revirement de jurisprudence en tirant les conclusions du changement de fondement effectué par la loi du 4 mars 2002. Désormais, ce n'est plus sur la base de l'article 1147 du Code civil que découle l'obligation d'information mais l'article 1382 relatif à la responsabilité civile délictuelle à ce moment là. La responsabilité n'est plus contractuelle mais légale.

Ce changement de régime de responsabilité conduit la juridiction à reconnaître un préjudice du seul fait de la violation de l'obligation d'information.

## **B) La reconnaissance d'un préjudice propre à la seule violation de l'obligation d'information**

### **1) L'existence d'un préjudice moral du fait de la violation**

La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 juin 2010 considère que, « *le non-respect du devoir d'information, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* »<sup>131</sup>. La juridiction reconnaît ainsi un préjudice moral propre, indépendant de la perte de chance, entraînant *a priori* un régime de responsabilité « automatique ».

<sup>129</sup> *Idem.*

<sup>130</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. Jur. 1522, note P. Sargos, 1801, point de vue D. Bert, 2092, chron. N. Auroy et C. Creton, 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout, et 2565, obs. A. Laude.

<sup>131</sup> *Idem.*

En effet, au regard de la formulation, de prim'abord, la seule constatation du manquement au devoir d'information entraîne réparation, et donc qu' « une indemnisation doit nécessairement être ordonnée »<sup>132</sup>. La victime serait alors dispensée d'apporter la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité comme le veut normalement le régime de responsabilité civil<sup>133</sup>. Sachant que le patient n'a même pas à prouver la violation de l'obligation d'information. Depuis la fin des années 1990, la charge de la preuve revient au professionnel de santé: « le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation »<sup>134</sup>.

Ainsi on s'éloigne fortement du régime de responsabilité civile délictuelle. La mention de l'article 1382 du Code civil dans le visa vient plus témoigner du caractère légal de l'obligation<sup>135</sup>. Cette position est partagée par le professeur Porchy-Simon dans son commentaire de l'arrêt:

*« la seule violation du droit constitue en elle-même un préjudice, puisque le médecin, par ses manquements, porte atteinte à la liberté de choix du patient et à son autonomie dans la relation de soins. Le préjudice est donc ici inhérent au droit violé, ce qui en justifie la reconnaissance systématique, indépendamment sans doute, et même si la Cour ne le dit pas, de l'issue de l'acte médical non consenti »*<sup>136</sup>.

Ces interprétations sont donc lourdes de conséquence pour le professionnel de santé puisqu'elles favorisent de manière exponentielle sa responsabilité. Il convient toutefois de relativiser cette approche.

## **2) Un préjudice moral n'entraînant pas automatiquement la responsabilité du professionnel de santé**

Le Conseil d'Etat est venu en premier freiner cette conception large du défaut d'information. Au lendemain de l'arrêt du 3 juin 2010, celui-ci s'est prononcé en faveur de la reconnaissance d'un préjudice moral, mais il ne s'est pas pour autant pleinement aligné sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans son arrêt du 10 octobre 2012, il conditionne le préjudice :

---

<sup>132</sup> BERNARD DE LA GATINAIS (L.), « Obligation d'information du médecin : la clarification », *Recueil Dalloz*, Dalloz [en ligne], D. 2014. 584, 6 mars 2014.

<sup>133</sup> MAY FERRIE (S.), « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz [en ligne], D. 2017. 555, 9 mars 2017.

<sup>134</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n°94-19685 ; Alignement du juge administratif : CE, sect., 5 janv. 2000, « Cts Telle et AP-HP », n° 181899 et 198530 (2 esp.): préc. note 6.

<sup>135</sup> MAY FERRIE (S.), « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *Op. cit.*

<sup>136</sup> BERNARD DE LA GATINAIS (L.), « Obligation d'information du médecin : la clarification », *Op. cit.*

*« indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles »<sup>137</sup>.*

Le manquement au devoir d'information n'est préjudiciable seulement si les risques se réalisent. Un professionnel de santé ne pourra se voir condamner sur le plan de l'obligation d'information si l'intervention réalisée a été bénéfique et dénuée d'effet secondaire<sup>138</sup>. Malgré la qualification de préjudice moral de ce préjudice « d'impréparation », celui-ci reste lié aux conséquences physiques de l'intervention. Le préjudice n'est donc pas pleinement autonome.

La Cour de cassation a finalement rejoint cette position. Malgré le caractère très affirmatif en 2010, la Cour de cassation par la suite ne s'est jamais totalement détaché du corporel. La plupart des arrêts postérieurs de la Cour de cassation qui reprenaient la même motivation « *concernaient des procédures dans lesquelles il existait toujours un lien entre l'acte médical, ses conséquences et l'état du patient* »<sup>139</sup>. En 2014, elle a totalement repris la jurisprudence du Conseil d'Etat : « *le non-respect de son devoir d'information par un professionnel de santé cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* »<sup>140</sup>.

Le manquement au devoir d'information constitue bien un préjudice pour le patient, mais les juridictions ont au final limité un tant soit peu les conditions d'engagement de la responsabilité du professionnel de santé. Car cette obligation d'information, au regard de son contenu, est déjà très contraignante. Il est facile pour le professionnel de santé de ne pas la remplir, même de bonne foi.

---

<sup>137</sup> CE, 5e et 4e ss. sect. réun., 10 octobre 2012, n° 350426 ; D. 2012. 2518, Recueil Dalloz 2012 p.2518.

<sup>138</sup> BERNARD DE LA GATINAIS (L.), « Obligation d'information du médecin : la clarification », *Op. cit.*

<sup>139</sup> *Idem.*

<sup>140</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014, n° 12-22.123; D. 2014. 584, avis Bernard de la Gatinais, et p. 590, note Bacache; RDSS 2014. 295, note Arhab-Girardin; CCC n° 4, avr. 2014, comm. 86, note Leveneur; JCP 2014. 553, note Viney; JCP 2014. 446, note Basculergue; RTD civ. 2014. 379, note Jourdain; RDC 2014. 3, note Guégan-Lécuyer; Gaz. Pal. 20 mars 2014, n° 79, p. 8, note Parance.

## II) Une obligation au contenu de plus en plus exhaustif

Le contenu de l'obligation d'information est précisément détaillé par le Code de la santé publique (A). La jurisprudence est venue ajouter d'autres exigences. Ces informations doivent présenter trois qualités : elles doivent être « loyales, claires, et appropriées » (B).

### A) Un contenu précisément détaillé par le Code de santé publique

#### 1) Une information large et suffisamment complète

L'article principal concernant l'obligation d'information est l'article L1111-2 du CSP. Dès le premier alinéa, il est affirmé que « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* ». Ce devoir d'information est prévu comme extrêmement large. Il incombe à tous les professionnels de santé, quelque soit leur statut ou leur mode d'exercice<sup>141</sup>.

Il inclut la majorité des actes techniques. L'information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés<sup>142</sup>. L'obligation perdure même après l'intervention du médecin : « *Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* »<sup>143</sup>. La loi exige ainsi une durée de suivi dépassant l'exécution de l'acte seul. Enfin, l'information doit être la plus complète possible. Le professionnel doit préciser, pour chaque acte, « *leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* »<sup>144</sup>.

On retrouve parallèlement les dérogations habituelles que sont l'urgence et l'impossibilité<sup>145</sup>. La loi ajoute à ces dérogations traditionnelles la possibilité pour le patient de ne pas être informé : « *La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* »<sup>146</sup>. Le patient a le droit d'être dans le déni, à condition qu'il ne mette pas en danger autrui. L'esprit de la loi vise ici principalement les personnes contaminées par le Sida. Cette maladie a pendant été longtemps placée sous le signe du silence. Aujourd'hui, le législateur comme le juge incitent à ce que les

<sup>141</sup> MEMETEAU (G.) et GIRER (M.), *Cours de Droit Médical, Op. cit., p. 701.*

<sup>142</sup> Article L1111-2 du CSP, alinéa 1.

<sup>143</sup> *Idem.*

<sup>144</sup> *Idem.*

<sup>145</sup> *Ibid*, alinéa 2.

<sup>146</sup> *Ibid*, alinéa 4.

personnes séropositives avertissent leurs partenaires. Dans le cas contraire, la personne prend le risque de se poursuivre pénalement<sup>147</sup>.

La question de l'information des risques encourus a été le principal sujet de questionnement.

## 2) La question de la précision du risque

Les termes de « risque fréquent » ou « risque grave normalement prévisible » posés par la loi ont été source d'un important débat doctrinal, qui n'est aujourd'hui toujours pas totalement conclu. Avant la consécration législative, « *les juges utilisaient l'expression pour opposer « les risques prévisibles » aux « risques exceptionnels »*<sup>148</sup>. Avec la nouvelle terminologie, il a été question de savoir si le législateur a voulu modifier le champ des risques à informer.

Il semblerait au final que la nouvelle législation n'ait pas profondément bouleversé l'approche des juges<sup>149</sup>. A l'heure actuelle, au regard de la jurisprudence, le professionnel de santé serait tenu *a priori* d'informer des risques mettant « *en jeu le pronostic vital ou fonctionnel* » et « *tous les effets secondaires habituels, même bénins* » que peuvent présenter les actes médicaux pratiqués<sup>150</sup>. Ainsi un risque cicatriciel doit faire l'objet d'une information, même en dehors d'une intervention esthétique<sup>151</sup>. La Cour de cassation n'hésite pas par ailleurs à considérer les risques exceptionnels comme automatiquement des risques graves<sup>152</sup>.

La jurisprudence est venue compléter ces dispositions en exigeant une certaine qualité de l'information donnée. La Cour de cassation parlait pendant un temps d'une information « *simple, approximative, intelligible et loyale* »<sup>153</sup>. Aujourd'hui, les juridictions s'accordent sur l'expression « *loyale, claire et appropriée* »<sup>154</sup>. A défaut de ces qualités, l'obligation d'information n'est pas considérée comme remplie.

---

<sup>147</sup> « *En ayant eu des rapports non protégés et compte tenu du niveau d'information qui était le sien à l'époque des faits, le prévenu ne pouvait pas ignorer qu'il allait contaminer la partie civile; dès lors, il s'est rendu coupable de lui avoir volontairement administré des substances nuisibles, en l'occurrence le virus du Sida, ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente* » ; Rennes, 24 août 2010: JCP G 2010, n° 1077; Gaz. Pal. 2011, 1, p. 568, note M. Wagner.

<sup>148</sup> SAISON-DEMARS (J.), « un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », *Consentement et Santé*, Paris, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 79.

<sup>149</sup> *Ibid*, p. 81.

<sup>150</sup> *Ibid*, p. 82.

<sup>151</sup> CE, 8 févr. 2018, « Mme B. », n° 404190.

<sup>152</sup> Civ. 1re, 12 oct. 2016, n° 15-16.894: D. 2016. 2166; JDSAM 2017, no 16, p. 82, note Lequillier.

<sup>153</sup> Civ. 1ère, 21 février 1961, Bull. 1961, I, N° 112, p. 90.

<sup>154</sup> Civ. 1re, 14 oct. 1997, préc. note 9.

## **B) Les compléments de la jurisprudence : une information « loyale, claire et appropriée »**

### **1) Une information loyale**

L'information doit être loyale, c'est-à-dire que l'action du médecin doit répondre aux principes « *de la probité, de l'honneur de la droiture* »<sup>155</sup>. Le principe de loyauté conduit à ce que les informations délivrées soient vraies ou justifiables et données dans l'intérêt du patient : « *On ne ment pas à quelqu'un qui doit être respecté* »<sup>156</sup>. Le principal corollaire de cette caractéristique est que « *l'information délivrée doit être conforme aux données acquises de la science* »<sup>157</sup>. Les « données acquises de la science » correspondent à la littérature médicale, qu'elle soit ancienne ou récente du moment qu'elle vienne d'auteurs reconnus, mais aussi des standards tels que les références médicales opposables, les recommandations de bonnes pratiques, ou encore les conférences de consensus<sup>158</sup>.

Sur ce terrain, la Cour de cassation a jugé que « *n'informe pas loyalement le médecin déclarant simplement à sa patiente qu'une affection est « tout à fait opérable »* »<sup>159</sup>. Il est attendu de lui une plus grande description du processus opératoire, avec les conditions et les conséquences. Pour autant, « *cette loyauté ne signifie pas une franchise brutale, crue, sans cœur* »<sup>160</sup>. Dans l'intérêt du patient, la Cour de cassation a admis que le professionnel de santé pouvait dissimuler certaines informations sans que cela soient qualifiable de faute. Ce fut le cas d'un médecin psychiatre qui avait laissé un patient victime d'une « *psychose maniaco-dépressive alternant phases mélancoliques et d'excitation maniaque* » dans l'ignorance de son diagnostic exact<sup>161</sup>. Cependant, cette jurisprudence est à confirmer car, depuis le décret du 7 mai 2012, la faculté offerte au professionnel de santé par l'article 42 du Code de déontologie médicale de tenir le patient dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave a été supprimée.

En plus d'être donnée loyalement, l'information doit être claire et appropriée.

<sup>155</sup> Dictionnaire Larousse, définition de « loyal »,

[https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/loyal\\_loyale\\_loyaux/47953](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/loyal_loyale_loyaux/47953)

<sup>156</sup> Conseil National de l'Ordre des Médecins, « Article 35 : l'information du patient », Commentaires, 11 octobre 2012, [en ligne],

<https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>

<sup>157</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 2003, n° 00-18.229.

<sup>158</sup> VIALLA (F.), « Droit constitutionnel: Sciences médicales et droit », *Médecine & Droit*, vol. 2016, n°141, 2016, p. 142.

<sup>159</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 1961, n° 58-11-654: Bull. civ. no 112; D. 1961. 531; JCP 1961 II. 12129, note Savatier (R.).

<sup>160</sup> Conseil National de l'Ordre des Médecins, « Article 35 : l'information du patient », *Op. cit.*

<sup>161</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2000: n° 98-18.513 Bull. civ. I, n° 159; JCP 2000. II. 10342, Rapp. Sargos.

## 2) Une information claire et appropriée

L'information doit également être claire et appropriée, c'est-à-dire en adéquation avec la situation et la capacité de compréhension de la personne. La bonne réception du message est donc au cœur de l'obligation d'information. Il ne s'agit pas seulement de faire connaître, il s'agit d'être compris. L'information ne doit pas se borner à des « généralités »<sup>162</sup> et doit être intelligible.

La Cour d'appel de Paris a ainsi pu juger que « manque à son obligation d'information le chirurgien qui se borne à remettre à son patient, de nationalité étrangère et illettré, une note écrite, celle-ci ne dispensant pas le praticien de donner une explication verbale appropriée à son patient »<sup>163</sup>. Si la loi exige que les informations soient données lors d'un entretien individuel, ce n'est pas pour que le professionnel de santé se satisfasse d'un document écrit<sup>164</sup>.

Par ailleurs, « Le terrain anxieux d'un patient renforce d'autant l'obligation de l'éclairer dans sa décision »<sup>165</sup>. Le professionnel de santé doit ainsi prendre en compte le patient, la maladie, son pronostic, son évolution et le traitement qui devrait être appliqué<sup>166</sup>. Il y a donc une obligation d'adaptation au patient.

Au final, l'obligation d'information « s'impose tout au long de cette prise en charge, renforcée à certains moments cruciaux »<sup>167</sup>. Elle doit donner ainsi au patient toutes les clés pour consentir librement.

## SECTION II : UN CONSENTEMENT « LIBRE », OU L'INDEPENDANCE DU CONSENTEMENT

Le deuxième élément imposé par la loi est que le consentement soit libre. Le patient doit pouvoir décider selon son « libre arbitre et sa libre capacité de décision ». Comme le fait remarquer Serges Boarini dans ses travaux : « le consentement ne saurait être absolument libre s'il répond - même pour lui correspondre finalement - à la volonté sollicitante d'autrui »<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> Civ. 1re, 6 févr. 2013, no 12-17.423: RCA 2013, comm. 125, note Bloch; LPA 5 juin 2013, no 112, p. 17, note Violla.

<sup>163</sup> Paris, 20 nov. 1998, no 1996/88930.

<sup>164</sup> Article L1111-2 du CSP, alinéa 3.

<sup>165</sup> Rennes, 1er avr. 1998, n° 9702591.

<sup>166</sup> Conseil National de l'Ordre des Médecins, « Article 35 : l'information du patient », *Op. cit.*

<sup>167</sup> *Idem.*

<sup>168</sup> BOARINI (S.), « Le consentement : pacte et impacts », *Op. cit.*, p. 45.

Le consentement est donc une décision individuelle, prise en dehors de toute contrainte (I), et qui en principe s'impose au professionnel de santé, même lorsqu'il s'agit d'un refus (II).

## I) Une décision individuelle donnée en dehors de toute contrainte

Le consentement « libre » aux soins ne se limite pas aux seules règles du vice de violence (A). C'est avant tout le respect de la volonté du patient par le professionnel de santé, ce dernier devant se limiter, dans le cadre du processus de prise de décision, à un rôle de conseil et non de décideur (B).

### A) Un consentement ne se limitant pas aux seules règles du « vice de violence »

#### 1) Le parallélisme entre consentement libre et vice de violence

Pour que le consentement soit considéré comme libre, il ne doit être donné sous aucune contrainte<sup>169</sup>. Ce principe se rapproche du « vice de violence » en matière contractuelle. Une personne ne doit en principe consentir à un soin « *sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* »<sup>170</sup>.

Le vice de violence, défini par l'article L1140 du Code civil, a sa pertinence dès lors que la relation de soin s'apprécie sous le prisme contractuel. Il a pu ainsi s'appliquer au contrat médical<sup>171</sup>. Mais ces décisions sont marginales, d'une part, par leur nombre et d'autre part par leur pérennité<sup>172</sup>. En effet, l'abandon de la nature contractuelle de la relation de soin au profit des droits de la personne ou du patient ne se limite pas qu'à l'obligation d'information. Le mouvement de « *décontractualisation* » est général<sup>173</sup>. A ce stade, il est déjà possible de prédire, qu'à l'avenir, la « nullité » comme sanction du vice de consentement, notamment pour violence, est destinée à disparaître.

<sup>169</sup> BEGUIN (P.), « Du consentement libre et éclairé », *Kinésithérapie, la Revue*, Vol. 14, n°146, Février 2014, p. 27.

<sup>170</sup> Article 1140 du Code civil.

<sup>171</sup> STAHL (B.), « Le consentement à l'acte médical », *Revue juridique de l'Ouest*, 1998-3. P. 297.

<sup>172</sup> GIRER (M.), « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », *Consentement et Santé*, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 64.

<sup>173</sup> *Ibid*, p. 74.

D'autant plus que le consentement médical présente de nombreuses spécificités dérogeant aux règles du consentement dans le domaine contractuel.

## 2) Les spécificités du consentement en matière de soin

L'une des caractéristiques fondamentales du consentement aux soins est qu'il peut être « retiré à tout moment »<sup>174</sup>. Le consentement est librement donné et peut donc être librement retiré selon la loi : le patient ne s'engage pas au même titre qu'une relation contractuelle. Pour la doctrine, le consentement est toujours « partiel »<sup>175</sup>. Le patient n'accepte jamais tout, « sans aucune condition ni réserve »<sup>176</sup>. Ou alors son acceptation est temporaire, jusqu'à l'apparition d'effets secondaires par exemple. Le consentement n'est donc pas définitif, que ce soit dans la portée comme la durée. D'où la possibilité offerte au législateur de pouvoir retirer le consentement à tout moment.

Cela a des conséquences sur le pouvoir du juge. Il ne peut « imposer à la victime une opération à laquelle celle-ci refuse de se prêter »<sup>177</sup>. Le respect de l'intégrité corporelle supplante les pouvoirs du juge. Le juge ne détient pas le même pouvoir d'exécution qu'en matière contractuelle. Si une personne s'engageant dans une relation de soin décide au dernier moment de ne plus faire l'objet des soins contractés, cette personne ne pourra y être contrainte par le juge sur le fondement d'un contrat médical. Même dans le cadre des soins judiciairement ordonnés, le juge peut imposer le fait d'aller se faire soigner mais ne dispose que d'un faible contrôle la mise en œuvre de la mesure<sup>178</sup>. La personne peut très bien aller à sa séance, obtenir son attestation, et repartir sans pour autant réellement y participer.

L'asymétrie qu'induit la relation de soin est ici renversée. Par ces prérogatives, le patient mène la relation de soin, le professionnel de santé devant respecter sa volonté de la personne et se borner à un rôle de conseiller.

---

<sup>174</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 4.

<sup>175</sup> HUM (P.) et autres, « Le refus de soin : forces et faiblesses du consentement », *Op. cit.*, p. 59.

<sup>176</sup> *Idem.*

<sup>177</sup> Crim 3 juill. 1969, n° 68-93.493 P: GDAS, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016, n° 10.

<sup>178</sup> CORNIER (K.), « Les soins pénalement ordonnés », *Les Tribunes de la santé*, vol. 17, no. 4, 2007, pp. 94-95.

## **B) Un professionnel de santé cantonné à un rôle de conseiller**

### **1) L'inopportunité de la notion de « codécision »**

Comme il a été dit en introduction, la sacralisation du principe de consentement a eu pour but de rompre avec le paternalisme médical et de rééquilibrer la relation « patient-professionnel ». La nouvelle place du professionnel de santé a donc fait l'objet de nombreux questionnements. Avec la loi « Kouchner » de 2002 introduisant l'article L1111-4, le concept porté par certains membres de la doctrine a été celui de la « codécision », c'est-à-dire l'idée que le professionnel et le patient décide en commun de sorte que le médecin et le patient se partagent « *le titre d'auteur de la décision* »<sup>179</sup>.

Ainsi, le professionnel ne déciderait plus « pour » mais « avec »<sup>180</sup>, comme en témoignerait l'article L1111-4 : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* »<sup>181</sup>. Pourtant, au regard de l'évolution de la place du consentement dans le cadre de la relation de soin, de la portée contemporaine de ce principe de consentement ainsi que de la construction de l'article L1111-4, cette approche ne semble pas la bonne, ou du moins, plus la bonne.

### **2) Un professionnel « support » et non « codécideur »**

Il est difficile de justifier le partage de la décision alors que le consentement, en tant que liberté individuelle fondamentale, s'exerce par nature seul. Dire le contraire reviendrait à nier tout simplement le principe du consentement : je ne peux consentir pour autrui sauf si ce dernier m'y autorise, et par la même occasion, implicitement, y consent. De plus, au regard de l'écriture du premier alinéa de l'article L1111-4, le rôle du professionnel, dans le processus de décision, est plus celui d'un « support » que d'un décideur : sa mission est celle de donner les « *informations et les préconisations* ».

Cette vision du rôle du professionnel de santé est confortée par le troisième alinéa de l'article L1111-4 : « *Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité* »<sup>182</sup>. La volonté de la personne doit être

---

<sup>179</sup> CATHERINE (A.), « La codécision, entre mythe et réalité », *Consentement et Sante*, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 122.

<sup>180</sup> *Ibid*, p. 119.

<sup>181</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 1.

<sup>182</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 3.

obligatoirement respectée, ce qui induit qu'elle est dotée d'une certaine primauté, le médecin ne se devant d'assurer que le choix de la personne n'a pas été fait en méconnaissance de cause<sup>183</sup>.

Il n'y a donc pas, en principe, de « codécision » entre le médecin et le patient car il n'y pas de décision partagée, si l'on se fie à une interprétation littérale ou téléologique des textes. Cette unicité du décideur justifie par ailleurs pourquoi il n'y a pas de partage des responsabilités<sup>184</sup>. Ce raisonnement reste néanmoins théorique, s'attachant à l'écriture mais avant tout à l'esprit de la loi. Il ne correspond pas forcément à la pratique et comme nous le verrons *a posteriori*, le législateur lui-même est venu atténuer la portée de ce raisonnement.

Toutefois, en principe, le respect de la volonté s'impose même au médecin lorsque la décision du patient revient à mettre sa vie en danger, dans le cadre par exemple d'un refus de soin.

## II) Le refus de soin s'imposant désormais au professionnel de santé

Les juridictions françaises se caractérisent par leur réticence historique à la reconnaissance d'un droit au refus des soins proposés par le médecin (A). Les évolutions législatives à partir de 2002 ont permis de dépasser ces réticences et de reconnaître *a priori* un tel droit (B).

### A) Une réticence des juridictions à reconnaître le droit de refuser des soins

#### 1) Un corollaire indiscutable en principe

« *A priori*, le droit pour le patient de refuser un traitement ou un geste médical va de pair avec l'obligation pour le médecin d'obtenir un consentement éclairé »<sup>185</sup>. Le consentement implique un choix, et par définition, un choix implique au moins deux possibilités. S'il est demandé au professionnel de santé d'obtenir l'adhésion, cela induit implicitement qu'il est possible au patient de refuser, et que ce refus est de même valeur que l'adhésion. Au même titre que le consentement, le

---

<sup>183</sup> La suppression des obstacles à l'engagement de la responsabilité sur le terrain de l'obligation d'information témoigne bien que c'est dans cette mission que le professionnel est attendu. Le professionnel engage principalement sa responsabilité, dans le cadre du processus de décision, dès lors qu'il outrepassé ou ne remplit pas correctement cette fonction de conseil.

<sup>184</sup> Pour l'instant, seule la responsabilité du professionnel est recherchée, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être exonérée par le fait de la victime.

<sup>185</sup> VIVIANA (S.) et WINCKLER (M.), *Les droits du patient*, Paris, éditions Fleurus, 1ère édition, 2007, p 131.

refus peut être exprimé à tout moment : « *Celui-ci peut, avant le début d'un traitement, en refuser l'ensemble ou, après son commencement, choisir de l'interrompre au moment qui lui sera loisible* »<sup>186</sup>.

Dans des pays comme la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, la Suède, le Canada et ou encore les Etats-Unis, « *le droit de refuser un traitement est absolu, quelles que soient les circonstances* »<sup>187</sup>. Cet absolutisme découle du fait que le consentement la seule condition à l'intervention médicale. Il est donc protégé dans sa totalité. Cela n'a pas toujours été le cas en France, notamment lorsque ce refus mettait en danger la santé de la personne.

Le Conseil d'Etat a en effet émis une jurisprudence particulièrement réfractaire à la consécration d'un droit au refus de soin au profit du patient.

## 2) Une dérogation en cas de « péril immédiat »

Le Conseil d'Etat, dans sa jurisprudence de 2001 sur les transfusions sanguines, a considéré que le médecin qui imposait un acte, à l'encontre de la volonté d'un patient en état de s'exprimer et qui leur avait fait connaissance de ses choix, ne commettait pas une faute professionnelle dès lors que cet acte était dans le seul but de sauver, et par conséquent était indispensable à sa survie et proportionnée à son état<sup>188</sup>. Le professionnel de santé n'est donc pas tenu de respecter la volonté du patient en cas de « *péril immédiat* », même lorsque ce péril est généré par le refus<sup>189</sup>.

Cette décision très controversée, pouvait cependant se justifier à l'époque en raison de la plus grande souplesse du droit positif, notamment en l'absence de texte tel que l'article L1111-4. La tendance était même de sanctionner les professionnels qui se satisfaisaient trop facilement des refus opposés que le contraire<sup>190</sup>. Pour le professionnel, cette attitude pouvait être considérée comme une « *négligence professionnelle coupable susceptible d'engager sa responsabilité pénale pour omission de porter secours ou encore sa responsabilité disciplinaire* »<sup>191</sup>. D'autant plus que dans l'affaire de 2001, il était en jeu la question du droit de l'individu sur sa vie, sujet très sensible aussi bien d'un point de vue moral, éthique que juridique (est-ce que notre vie nous appartient ?).

A partir de 2002, trois lois se sont succédées et ont permis *a priori* la reconnaissance d'un droit au refus des soins.

<sup>186</sup> PITCHO (B.), « Le refus de soin », *Traité de bioéthique II - Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, ERES, 2010, p. 260.

<sup>187</sup> VIVIANA (S.) et WINCKLER (M.), *Les droits du patient*, *Op. cit.*, p. 131.

<sup>188</sup> Pour la faute professionnelle : CE 26 oct. 2001, « Mme Senanayaké », *Op. cit.*

<sup>189</sup> CRISTOL (D.), PEIGNE (J.) et MARKUS (J.-P.), *Code de la santé publique*, *Op. cit.*, jurisprudence de l'article L1111-4.

<sup>190</sup> PITCHO (B.), « Le refus de soin », *Op. cit.*, p. 261.

<sup>191</sup> *Idem*.

## ***B) Les évolutions législatives en faveur de la reconnaissance au droit de refuser des soins***

### ***1) Les timides prémices de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades***

La loi du 4 mars 2002 est la première loi à apporter des précisions sur le sujet du refus de soins, mais elle n'est pas pour autant venue contredire de plein fouet la jurisprudence. S'il est bien affirmé que « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix* », la loi n'en pose pas une obligation, comme c'est le cas dans sa version actuelle. De même, sa disposition sur le refus de traitement est assez ambiguë : « *Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables* ». Le législateur ne va pas à contre-sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il encourage même le professionnel de santé à remettre en cause les choix du malade, même s'il ne lui donne pas l'autorisation de les dépasser.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a alors pu se maintenir suite à cette loi. Dans un de ses arrêts postérieurs, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte grave et manifestement illégale au droit de consentir dès lors que le professionnel, « *après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, [accomplit], dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* »<sup>192</sup>.

Les véritables avancées en faveur de la reconnaissance d'un réel droit au refus ont été faites par les lois relatives à la fin de vie.

### ***2) Les réels apports des lois sur la fin de vie de 2005 et 2016***

Avec la première loi sur la fin de vie en 2005, la question de l'arrêt de traitement et du refus de soin a pris une autre dimension, amenant le législateur à compléter ces dispositions. La loi se met à envisager l'hypothèse du maintien du refus de soin. Dans le cas où le malade réitère sa décision après un délai raisonnable, celle-ci est inscrite dans son dossier médical et le médecin doit participer à la sauvegarde de la dignité du mourant en assurant la qualité de sa fin de vie via la dispensation des soins palliatifs.

Ces dispositions ne règlent pas pour autant les situations où les personnes souhaitent se faire soigner mais refusent telle ou telle méthode (comme c'était le cas des transfusions sanguines). La

---

<sup>192</sup> Pour l'absence d'atteinte à la liberté du majeur en état d'exprimer son consentement : CE, réf., 16 août 2002, « Mme Feuillat », req. N° 249552 : Lebon 309 ; JCP 2002. II. 10184, note Mistretta ; Dr. Adm. 2002, n° 188, note Aubin ; RD publ. 2003. 1419, note Pariente (A.) ; Gaz. Pal. 15-17 sept. 2002, n° 351, p. 19, note Lachaud ; LPA 26 mars 2003, n° 61, p. 4, note Clément (C.).

deuxième loi sur la fin de vie de 2016 a comblé ce manque en introduisant à l'article L1111-4, dès le deuxième alinéa, que « *Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* »<sup>193</sup>. Le respect de la volonté du patient est parallèlement affirmé expressément comme une obligation, afin de supprimer tous les doutes et tout débat.

Dans cet état des choses, le médecin ne peut plus *a priori*, au regard de la loi, pouvoir contraindre un patient à des soins qu'il refuse.

Conclusion du Chapitre 2 :

La législation et le juge veillent à garantir un consentement effectif du patient aux soins proposés. Le respect de la volonté du malade et de ses envies apparaît comme une priorité et exige la plus grande des rigueurs. Un exemple symptomatique : la preuve écrite, la preuve d'ordinaire par excellence, n'est pas suffisante pour établir le consentement<sup>194</sup>.

Parallèlement, les conditions de « libre et éclairé » permettent une modulation du recueil du consentement. Elles obligent une recherche « individualisée » : c'est au professionnel de s'adapter à son patient, et non à ce dernier de se mettre au niveau du praticien.

## PREMIERES CONCLUSIONS

Droit fondamental au sommet de l'ordre juridique en matière médicale, la protection du consentement s'impose au législateur. Intégré au sein du Code civil et du Code de la santé publique, le professionnel de santé se doit de rechercher le consentement « libre et éclairé » de son patient, les juridictions contrôlant à ce que ce consentement ne soit pas feint mais bien réel.

Toutefois, cela reste avant tout théorique, la pratique appelant à d'autres conclusions. En effet, alors que le consentement est sensé être recherché chez toutes personnes, le contraire est souvent constaté chez les personnes dites « vulnérables ». Ces dernières, au lieu de voir une adaptation en leur faveur, leur capacité à consentir est le plus souvent remise en cause, s'il n'est pas tout simplement nié.

---

<sup>193</sup> Article L1111-4 du CSP, alinéa 2.

<sup>194</sup> Conseil National de l'Ordre des Médecins, « Article 36 : consentement du patient », *Commentaires* [en ligne], 16 décembre 2012, « *Le consentement écrit n'a [...] pas une valeur juridique absolue sauf lorsqu'il est exigé par la loi* » (Consentement du patient aux actes médicaux réalisés en établissement de santé §4) <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-36-consentement-du-malade-260>

# **PARTIE 2 : VERS UNE NEGATION DU CONSENTEMENT DES PERSONNES VULNERABLES**

---

Affectées dans l'exercice de leurs droits et libertés, les personnes vulnérables nécessitent une attention toute particulière. A cet égard, le Code de la santé publique applique en matière de consentement des dispositions spécifiques à l'égard de certains publics communément reconnus par le droit pour leur fragilité. Ce régime « particulier », n'est pas pour autant satisfaisant. Figé au principe d'incapacité, il remet en cause l'exercice même du consentement des personnes qu'il vise (CHAPITRE 1).

Quant aux autres publics de personnes vulnérables ne faisant l'objet de ce régime particulier, celles-ci se retrouvent soumises à ce régime de « droit commun » que nous avons présenté dans le chapitre précédent, c'est-à-dire le régime de l'individu lambda prévu par le Code de la santé publique et du Code civil. Or, naturellement, ce régime de droit commun est insuffisant puisqu'il est inadapté à leurs spécificités (CHAPITRE 2). Au final, leur consentement se voit aussi remis en cause.

## **CHAPITRE 1 : UN RÉGIME « PARTICULIER » FIGÉ SUR L'INCAPACITÉ INSATISFAISANT**

Les dispositions spécifiques du Code de la santé publique sont par essence insatisfaisantes du fait qu'elles se limitent aux personnes incapables juridiquement, là où le concept de vulnérabilité appellerait à une prise en charge plus large (SECTION 1). La protection que ces dispositions apportent en est indubitablement limitée car elles ne permettent pas de recouvrir toutes les personnes vulnérables.

Pour autant, il est possible de se demander s'il n'en est pas mieux ainsi lorsqu'on s'attarde sur le régime juridique offert. En effet, ce régime particulier se caractérise par son manque de clarté. Promouvant d'un côté l'autonomie des personnes protégées et de l'autre, favorisant l'effacement de leur droit à consentir, il est source d'ambiguïté et d'insécurité juridique (SECTION 2).

## SECTION I : UN REGIME LIMITE A L'INCAPACITE AU DETRIMENT DE LA VULNERABILITE

La vulnérabilité se définit comme un état physique ou mental tel qu'il compromet l'exercice des droits et des libertés (I). De nombreuses catégories de personnes devraient être protégées dans leurs droits, notamment dans leur droit à consentir aux actes médicaux. Pour autant, le Code de la santé publique ne réserve des spécificités qu'aux personnes sous tutelle et aux mineurs (II).

### I) La vulnérabilité : un état physique ou mental compromettant l'exercice des droits et des libertés

La notion de vulnérabilité, concept avant tout doctrinal ne figure que de manière très modérée dans notre droit positif (A), ce qui appelle à l'appréhender avec mesure, de la circonscrire à des situations limitées (B).

#### A) La vulnérabilité : un concept avant tout doctrinal

##### 1) L'absence de définition législative ou réglementaire

Aucun texte juridique ne vient donner une définition de la vulnérabilité<sup>195</sup>. Plus paradoxalement, peu de textes législatifs y font référence<sup>196</sup>. Le terme est quasiment absent du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles, et son emploi est le plus souvent marginal. Toutefois, si la notion est peu employée par notre ordre juridique, « *La protection des personnes vulnérables inspire assurément de nombreuses règles* »<sup>197</sup>. Cette constatation est soulevée par l'étude menée sous la direction du Professeur Xavier Lagarde intitulée « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », publiée dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2009. Selon cette étude, qui est une référence dans la doctrine, il existe une œuvre prétorienne en faveur de la protection de certaines populations qualifiables de vulnérables, même si

<sup>195</sup> CALLU (M.), « Norme juridique française et vulnérabilité », *Ethique et Sante*, n° 10, 2013, p. 49.

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, sous la direction de Xavier LAGARDE, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 56.

elles ne sont pas désignées comme telles<sup>198</sup>. De cette œuvre il est possible de déduire une définition de la vulnérabilité.

Sous l'angle du droit, une personne vulnérable est « *celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique* »<sup>199</sup>. Ce sont des personnes « capables » au sens juridique, mais qui en raison de « *leur situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés* »<sup>200</sup>. Elles sont ainsi « *en deçà du standard du bon père de famille* »<sup>201</sup>. Le droit, en particulier le droit social et le droit de la protection sociale, a alors pour but de « *donner à chacun les moyens de la liberté et, de la sorte, lui épargner les situations qui le rendent à proprement parler vulnérable, c'est-à-dire incapable d'exercer les libertés que lui donne sa qualité de sujet de droit* »<sup>202</sup>. La vulnérabilité, c'est donc un besoin supérieur de protection, d'assistance.

L'étude distingue deux types de vulnérabilité : la vulnérabilité « personnelle » et la vulnérabilité « réelle ».

## 2) Vulnérabilité « personnelle » et vulnérabilité « réelle »

La « vulnérabilité personnelle est celle « *liée à la personne ou à son patrimoine et dont les conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé* »<sup>203</sup>. Au regard de cette définition, « *un âge avancé, une santé altérée peuvent être ainsi tenus pour des causes de vulnérabilité* »<sup>204</sup>. Il en est de même de la précarité économique<sup>205</sup>. Même la condition juridique est invoquée comme une source de vulnérabilité : l'exemple donné est celui de l'étranger en situation irrégulière exposé à une exploitation abusive par son employeur<sup>206</sup>.

Le rapport envisage parallèlement la notion de vulnérabilité « réelle ». Celle-ci « *ne résulte pas d'une faiblesse personnelle [mais de] la conclusion d'un acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable* »<sup>207</sup>. Autrement dit, il s'agit d'une « *vulnérabilité du fait des choses* »<sup>208</sup>. Le rapport donne l'exemple du stagiaire, de

---

<sup>198</sup> *Idem.*

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Idem.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>203</sup> *Ibid.*, pp. 59 60.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>208</sup> CALLU (M.), « Norme juridique française et vulnérabilité », *Op. cit.*, p. 49.

l'emprunteur ou du salarié. Ces personnes ne sont pas par nature vulnérables, mais les responsabilités qu'elles occupent ou l'état de dépendance dans lequel elles se placent les poussent dans une situation de fragilité.

Ces définitions paraissent très englobantes. La vulnérabilité semble alors se trouver dans un nombre exponentiel de situations. C'est pourquoi, l'étude, dans les pas du législateur, insiste sur le besoin de circonscrire cette notion, sans quoi, elle risque de perdre de son intérêt.

## **B) Une notion circonscrite à des situations limitées**

### **1) Une vulnérabilité reposant sur des éléments objectifs**

La vulnérabilité doit se limiter à des situations « hors normes » pour reprendre les termes de l'étude du rapport de 2009 :

*« dans la multiplicité de leurs relations, les individus sont rarement dans un parfait rapport d'égalité. On est toujours le faible d'un autre de sorte qu'à systématiquement tenir compte ponctuellement des circonstances on serait souvent tenu d'admettre une situation de vulnérabilité »<sup>209</sup>.*

La personne vulnérable est celle qui est « par nature » reconnue comme dans un état de faiblesse, et seulement celle-ci. Le Code pénal illustre parfaitement cette pensée. Ce Code est celui qui mentionne à plus de reprises le terme de « vulnérabilité ». Il se retrouve par exemple dans les articles relatifs aux circonstances aggravantes. Selon l'article L311-5 du Code pénal :

*« Le vol est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende : [...] Lorsqu'il est facilité par l'état d'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 ».*

La vulnérabilité fait même l'objet d'une infraction spécifique. Il s'agit de l'article 223-15-2 à propos du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse :

*« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'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, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».*

---

<sup>209</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Op. cit.*, p. 64.

Le législateur distingue en l'espèce la vulnérabilité de l'état de sujétion psychologique ou physique. La vulnérabilité n'est donc pas le produit d'une relation interpersonnelle. Elle est un phénomène « préalable », préexistant à la rencontre entre deux individus. Elle est due à des éléments objectifs clairement identifiables qui sont, selon ces articles, l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou psychologique ou encore l'état de grossesse.

Il est à noter que, dans son avis de 2015, la CNCDH ajoute parmi les personnes vulnérables « *les personnes vivant dans des conditions d'extrême pauvreté* »<sup>210</sup>. Cette catégorie ne figure pas parmi celles visées par le Code pénal car elle correspond à une population assez complexe à définir<sup>211</sup>. Mais la prise en compte de la condition économique des individus est un sujet de plus en plus récurrent en droit. L'exemple le plus marquant est en droit des contrats, où l'abus de dépendance économique peut être considéré comme un vice de violence. La personne en très grande précarité a donc toute sa place parmi les personnes vulnérables, à condition de définir préalablement les éléments objectifs permettant de caractériser cette pauvreté.

Par ailleurs, la seule présence de ces éléments objectifs est insuffisante pour caractériser la vulnérabilité.

## 2) Des éléments objectifs suffisamment forts

Les déficiences doivent, en plus d'être objectives, être suffisamment importantes pour porter atteinte à l'exercice d'un droit. Les juridictions pénales examinent, au cas par cas, si les déficiences ont causées la compromission du droit.

Par exemple, une personne de quatre-vingts cinq ans, souffrant de « *difficultés visuelles et auditives de nature à diminuer son autonomie de jugement par le fait de ne pouvoir, ni par la lecture, ni par l'audition, recueillir tous les éléments lui permettant de se forger une opinion sur la proposition qui lui était faite* » a été identifiée comme une personne vulnérable susceptible de faire l'objet d'un abus de faiblesse<sup>212</sup>. Ce n'est pas le fait d'être âgée ou de présenter des difficultés visuelles en tant que tel qui caractérise sa vulnérabilité, c'est le fait que ces difficultés ont été de nature à diminuer son autonomie et donc son jugement. Des décisions similaires ont été prises pour des individus « *mentalement déficients* »<sup>213</sup> ou présentant une « *confusion mentale* »<sup>214</sup>.

<sup>210</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, p. 8.

<sup>211</sup> KOUBI (G.), « La pauvreté, comme violation des droits humains », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 180, n° 2, 2004, pp. 361-371.

<sup>212</sup> Paris, 2 avr. 2001: D. 2002. Somm. 1804, obs. Gozzi; RSC 2002. 821, obs. Ottenhof.

<sup>213</sup> Poitiers, 23 juin 2005: *JCP 2006. IV. 1315*.

Cette considération est justifiée car le degré de vulnérabilité n'est pas le même, que ce soit, entre les différentes populations identifiées, ou au sein de ces populations. Il paraît en effet difficile de placer une femme enceinte et une personne souffrant de troubles mentaux sur un même plan. De même, si certains handicaps peuvent profondément affectés la condition des personnes, « *beaucoup de personnes atteintes d'un handicap [sont] parfaitement autonomes, humainement et juridiquement* »<sup>215</sup>.

Cette vision objective et mesurée permet de distinguer l'asymétrie relationnelle entre le patient et le médecin de la vulnérabilité. Toute relation de soin impliquant une certaine infériorité, tout patient pourrait se considérer comme vulnérable, rendant la notion incompréhensible et faible d'intérêt : « *À force d'être partout, elle ne serait nulle part* »<sup>216</sup>. Mais cela n'empêche pas certaines personnes malades d'être considérées comme des personnes vulnérables si elles arrivent à prouver, qu'en raison de la lourdeur de leur traitement, de leur dépendance aux soins, elles ne peuvent exercer correctement leur droit à consentir<sup>217</sup>.

Cette approche a pour effet de dépasser le concept juridique de « l'incapacité ».

## II) La vulnérabilité ignorée au profit de l'incapacité en matière de consentement

Alors que la notion de vulnérabilité dépasse le public visé par l'incapacité juridique (A), en matière de consentement, les dispositions spécifiques s'arrêtent à l'incapacité (B).

---

« *la déficience psychique des victimes étant apparente à toute personne qui les côtoie, la prévenue ne pouvait l'ignorer; elle est donc condamnée pour abus frauduleux d'ignorance ou de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable.* ».

<sup>214</sup> Crim. 16 oct. 2007: Dr. pénal 2008. 9, obs. Véron.

« *Nadine E... F... se trouvait en état de particulière vulnérabilité, manifesté notamment par de la confusion mentale, et que François B... C... avait connaissance de cet état, retient qu'elle n'a pas été conduite à un acte qui lui soit gravement préjudiciable, dès lors qu'elle a remis le chèque sans y être contrainte; en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui ne pouvait, sans se contredire, constater la particulière vulnérabilité de la victime, tout en énonçant qu'elle avait agi de son plein gré, n'a pas justifié sa décision.* ».

<sup>215</sup> CALLU (M.), « Norme juridique française et vulnérabilité », *Op. cit.*, p. 50.

<sup>216</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Op. cit.*, p. 64.

<sup>217</sup> On peut penser en l'espèce aux personnes en soins intensifs, en chimiothérapie etc..., c'est-à-dire tout patient substantiellement atteint dans leur santé, dont le pronostic vital est entre les mains des médecins.

## A) La vulnérabilité, une notion dépassant celle de l'incapacité

### 1) La notion d'incapacité

Dès l'époque romaine, des dispositifs ont été créés afin de protéger juridiquement certaines catégories de personnes réputées plus fragiles dans notre société<sup>218</sup>. Ces dispositifs sont ceux de « l'incapacité juridique ». Si la notion de vulnérabilité est donc récente, son traitement l'est beaucoup moins.

En principe, aujourd'hui, toute personne née vivante et viable est un sujet de droit et dispose par conséquent de la capacité juridique, c'est-à-dire l'aptitude de jouir de droits et d'obligations (« *la capacité de jouissance* ») et d'exercer par soi-même les droits dont on est titulaire (« *la capacité d'exercice* »)<sup>219</sup>. Cependant, certaines personnes peuvent être considérées, au regard de standards sociétaux contemporains, comme ne pouvant pourvoir seules correctement à leurs intérêts. Au-delà d'être protégées des autres, elles nécessitent d'être protégées d'elles-mêmes.

Notre droit identifie clairement ainsi deux catégories d'individus : les mineurs et les majeurs protégés. Le mineur est défini par l'article 388 du code civil : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ». Le majeur protégé correspond quant à lui, au regard de l'article 425 du Code civil, au majeur ou au mineur émancipé « *qui souffre d'une altération médicalement constatée de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté* »<sup>220</sup>. Les mineurs, en raison de leur âge, les majeurs protégés, en raison de l'altération de leurs facultés, bénéficient à ces égards d'un régime qui se veut plus protecteur. Mais ces dispositifs, par la même occasion, atténuent leurs droits et libertés en leur retirant en tout ou partie leur capacité juridique.

L'incapacité est donc naturellement associée à celle de vulnérabilité, mais l'inverse n'est pas forcément vrai.

---

<sup>218</sup> HAUSER (J.), « Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités », *Op. cit.*, p. 6.

<sup>219</sup> ROCHE (G.), « incapacités juridiques », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté dans sa version du 18 juillet 2018.

<sup>220</sup> MARCHADIER (F.), « Majeur protégé », *Répertoire de droit civil*, Dalloz[en ligne], décembre 2016 (actualisation : févr. 2018), §1.

## 2) Le principe de vulnérabilité dépassant celui d'incapacité

Le droit des incapacités a pour faiblesse de ne pas correspondre parfaitement aux besoins de la vulnérabilité, notamment vis-à-vis des majeurs. Il y a une propension, premièrement, à ce que de nombreuses personnes vulnérables ne bénéficient pas d'une mesure de protection judiciaire alors qu'elles y sont « éligibles ». La mise en place d'une mesure de protection juridique doit répondre à une « nécessité »<sup>221</sup>. Pour cela, la loi met en place une procédure judiciaire ainsi qu'une constatation médicalisée. L'isolement de la personne, le carcan d'une procédure judiciaire, ou l'absence de médecins reconnus pour émettre la constatation sont autant de freins à ce que des personnes vulnérables puissent obtenir une protection juridique.

Il y a une propension ensuite, à ce que des personnes vulnérables, ne bénéficient pas d'une mesure de protection du fait qu'elles ne soient pas, par nature, « éligibles ». La définition proposée par le Code civil à l'article 425 du Code civil de la personne susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection est assez large pour contenir de nombreuses situations, notamment tout ce qui concerne les déficiences psychiques ou mentales<sup>222</sup>. Mais l'infirme, la personne fortement malade, la femme enceinte ou encore la personne dépendante économiquement, qui peuvent être qualifiées de vulnérables comme nous avons pu le démontrer, ne correspondent pas à cette situation d'altération. Ces populations ne sont pas destinées, de manière générale, à des mesures de protection juridique. La mesure de protection, au regard de son emprise sur les droits et les libertés, la mesure de protection judiciaire n'a lieu d'être ordonnée qu'à titre exceptionnel<sup>223</sup>.

Ainsi, « Si l'incapacité, telle qu'elle est appréhendée par le code civil, répond à l'évidence à la définition de la vulnérabilité, la vulnérabilité se détache progressivement de l'incapacité »<sup>224</sup>. Là où « l'incapacité apparaît plutôt comme une privation de droits en vue de la protection [...], les mesures modernes de protection des personnes vulnérables consisteraient plutôt à accorder davantage de droits à ces personnes »<sup>225</sup>.

Pour autant, en l'espèce, le consentement s'arrête à la question de l'incapacité.

---

<sup>221</sup> *Ibid*, §39.

<sup>222</sup> Article 425 code civil : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre ».

<sup>223</sup> MARCHADIER (F.), « Majeur protégé », *op. cit.*, §41.

<sup>224</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, p. 8.

<sup>225</sup> HAUSER (J.), « Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités », *Op. cit.*, p. 10.

## **B) Un consentement encore arrêté à l'incapacité**

### **1) Des dispositions spécifiques pour les seuls mineurs et majeurs sous tutelle**

L'article L1111-4 prévoit bien des dispositions spécifiques à certaines populations. Mais il ne les limite qu'aux mineurs et majeurs sous tutelle :

*« Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».*

Le Code de la santé publique reste dans l'approche classique de l'incapacité juridique et non de la vulnérabilité. Globalement, il existe une méfiance à l'encontre de la protection de la vulnérabilité<sup>226</sup>. Celle-ci « s'explique par la peur de voir bouleverser la sécurité juridique, mais également par le risque de rupture de l'égalité civile entre les citoyens »<sup>227</sup>. En effet, « Le Code civil présuppose l'autonomie du citoyen et lui enjoint d'être autonome en dépit de sa vulnérabilité. Considérer la vulnérabilité d'un individu risque d'affecter ce présupposé d'autonomie »<sup>228</sup> et remettrait en cause la construction de notre ordre juridique.

L'article L1111-4 est toutefois très restrictif puisqu'il ne vise seulement, parmi les majeurs protégés, les personnes sous tutelle. Pourquoi ce choix ? Parce que la tutelle est la mesure la plus forte des mesures de protection. C'est celle qui porte le plus atteinte aux droits et libertés de la personne, et par conséquent, concerne en principe les personnes les plus touchées dans leur autonomie.

Cela signifie, parallèlement, que les personnes placées sous les autres mesures de protection judiciaire sont soumises *a priori* aux mêmes dispositions que les personnes en pleine possession de leur capacité juridique.

### **2) L'exclusion en principe des autres formes de protection judiciaire**

Si les personnes sous tutelle sont expressément visées par l'article L1111-4 du CSP, *a contrario*, les personnes sous curatelle ou sous sauvegarde de justice sont ignorées. Il est possible d'en déduire que le législateur a voulu leur conférer les mêmes droits en matière de consentement que les personnes ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection. Ces personnes seraient donc

<sup>226</sup> LACOUR (C.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Op. cit.*, p. 189.

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> *Idem.*

suffisamment autonomes pour décider d'elles-mêmes. Ce postulat peut paraître, juridiquement, assez surprenant.

Tout d'abord, théoriquement, les personnes sous curatelles et sous sauvegarde de justice au même titre que les personnes sous tutelle, présentent une altération de leurs facultés de discernement. Ce constat est indiscutable en principe, puisqu'il est certifié par un professionnel de santé, sans lequel la mesure de protection n'aurait pu être ouverte<sup>229</sup>. Cette altération est moins forte que chez les personnes sous tutelle mais elle est tout de même bien présente. Un effort à l'égard de l'ensemble des majeurs protégés et non seulement des majeurs sous tutelle n'aurait pas été incongru et n'aurait pas empêché de faire une distinction entre les personnes sous tutelle et les autres par la suite.

Ensuite, il existe de nombreux points communs entre les différentes mesures de protection judiciaire. Elles sont soumises à des dispositions communes<sup>230</sup>. Tutelle et curatelle, plus spécifiquement, sont visées conjointement par les articles du Code civil. Les mesures de protection sont donc tout à fait susceptibles d'être prises en compte dans leur ensemble. Le plus surprenant est que la mesure de sauvegarde de justice n'est pas mentionnée alors qu'elle est une mesure à l'initiative des médecins<sup>231</sup>. Il aurait pu être approprié de préciser les effets de cette mesure sur le consentement afin d'éviter certaines confusions qui peuvent être parfois entretenues chez certains professionnels de santé sur sa portée sur le consentement<sup>232</sup>.

En conclusion, les personnes mineures et sous tutelle sont les seules personnes vulnérables à faire l'objet d'un régime particulier, ce qui constitue en soi une première insuffisance dans la protection du consentement des personnes vulnérables.

---

<sup>229</sup> En pratique, le constat est un peu différent :

« Or, au fil des années, on avait pu assister à un affaiblissement du critère légal de l'altération des facultés personnelles prévu par l'ancien article 490 du Code civil et la ligne de partage entre les prises en charge purement sociales et les mesures de protection judiciaire pouvait apparaître poreuse. [...] De nombreux observateurs avaient ainsi critiqué la tendance des tiers et en particulier des travailleurs sociaux à solliciter un certificat médical du médecin traitant pour provoquer l'intervention du juge des tutelles dès qu'une personne rencontrait une difficulté sociale, se trouvait en situation de surendettement ou encore sur un secteur géographique dépourvu de possibilités d'accompagnement social. » ; PETERKA (N.), CARON-DEGLISE (A.) et ARBELLOT (F.), *Droit des tutelles, protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2012, p. 37.

<sup>230</sup> Code civil, Section 1 et 2 du Chapitre 2, articles 425 à 432.

<sup>231</sup> Selon l'article L3211-6 du CSP « Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre ».

<sup>232</sup> Chez certains professionnels, il est pensé, à tort, que cette mesure est un moyen de passer outre le consentement.

Pour autant, la protection que ce régime particulier offre est toute relative. Si d'un côté, il promeut l'autonomie de ces personnes, de l'autre, il met en second plan le recueil effectif de leur consentement.

## **SECTION II : UN REGIME AMBIGU ENTRE AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE ET EFFACEMENT DU CONSENTEMENT**

Le mouvement normatif actuel favorise une plus grande autonomie des personnes protégées et affirme clairement la place prépondérante de l'individu dans les prises de décisions relatives à sa personne (I). Cependant, le domaine médical semble échapper à cette dynamique. Il persiste en effet une ambiguïté sur la personne exerçant le consentement (II).

### **I) Une autonomie toujours plus importante du mineur et du majeur sous tutelle pour les décisions relatives à leur personne**

Le mineur et le majeur sous tutelle sont affectés dans leur capacité juridique ce qui conduit à une limitation intrinsèque de leur autonomie. Mais le mineur, en tant qu'adulte en puissance, voit son degré d'autonomie évoluer avec l'âge (A). Quant au majeur protégé, le législateur a tenu à maintenir celle-ci pour les actes concernant sa personne (B).

#### **A) Une autonomie en puissance chez le mineur**

##### **1) Une incapacité de principe**

La minorité est une « période particulière de la vie humaine marquée par une plus grande vulnérabilité intellectuelle et corporelle »<sup>233</sup>. A cet égard, il est attribué aux mineurs « un régime

---

<sup>233</sup> NEIRINCK (C.), « Enfance », *Répertoire de droit civil*, éditions Dalloz [en ligne], octobre 2016 (actualisation : avr. 2018), §10.

d'incapacité générale d'exercice »<sup>234</sup>. Il ne peut exercer sa capacité juridique que par exception. Ainsi, selon l'article 1146 du Code civil, « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : [...] Les mineurs non émancipés* »<sup>235</sup>. Par ailleurs, il lui est interdit l'aliénation gratuite de ses biens, le cautionnement, l'exercice d'une profession commerciale, ou encore de donner ses organes<sup>236</sup>.

En dehors de ces cas, il est en principe représenté dans tous les actes de sa vie civile<sup>237</sup>. Cette représentation est effectuée par ses parents, qui sont en principe, les titulaires de l'autorité parentale, selon l'article 371-1 du Code civil : « *L'autorité parentale [...] appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant* ». Ces derniers se voient ainsi conférer un « *ensemble de droits et des obligations ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* », en vue notamment de le « *protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* »<sup>238</sup>.

La loi est indifférente au statut des parents. En vertu de l'article 372, « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* » sauf exception<sup>239</sup>. Plus précisément, « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.* »<sup>240</sup>. Ainsi, « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* »<sup>241</sup>.

Sont considérés comme pouvant faire l'objet du consentement d'un seul des deux parents les soins « *obligatoires* » (comme par exemple les vaccinations) ou les soins « *courants* », c'est-à-dire les blessures superficielles, les infections bénignes, ou encore les soins dentaires de routine<sup>242</sup>. Cela comprend également les soins habituels chez tous les enfants (les maladies infantiles ordinaires) ou les soins propres à tel enfant particulier (traitement ou soins d'une maladie récurrente)<sup>243</sup>.

Mais le degré d'incapacité du mineur évolue avec l'âge.

---

<sup>234</sup> *Ibid*, §702.

<sup>235</sup> Article 1124 dans son ancienne numérotation.

<sup>236</sup> SALVAGE-GEREST (P.) et MARIA (I.), « Minorité », *Synthèse Lexis 360* [en ligne], 17 Mai 2018, §3.

<sup>237</sup> *Idem*.

<sup>238</sup> Article 371-1 du Code civil, alinéa 1 et 2.

<sup>239</sup> Selon le deuxième alinéa de l'article 372 du Code civil « *lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant* ». De même l'un des parents peut être privé de l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'il est « *hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* » (Article 373 du Code civil), en cas de décès (article 373-1 du Code civil), ou lorsqu'il est confié à un seul des parents par le juge (article 373-2-1 du Code civil).

<sup>240</sup> Article 373-2 du Code civil.

<sup>241</sup> Article 372-2 du Code civil.

<sup>242</sup> GOUTTENoire (A.), « La notion d'acte usuel », *Journal du droit des jeunes*, vol. 322, no. 2, 2013, p. 13.

<sup>243</sup> *Idem*.

## 2) Une participation aux décisions le concernant selon son âge et son discernement

Malgré le besoin de protection, le mineur reste un majeur en devenir. L'incapacité dont il fait l'objet « ne doit pas être un obstacle à l'apprentissage indispensable de l'autonomie acquise automatiquement dans sa plénitude à la majorité »<sup>244</sup>. Ainsi, les évolutions législatives et jurisprudentielles ont contribué à lui reconnaître une part d'autonomie toujours plus importante<sup>245</sup>. L'incapacité du mineur n'est pas rigide : « au fur et à mesure qu'il avance en âge, il est progressivement associé à sa vie juridique »<sup>246</sup>.

La législation incite aujourd'hui une implication du mineur dans les décisions le concernant. A l'origine, sous l'empire de la loi du 4 juin 1970, il était affirmé que le mineur, vis-à-vis de ses parents, « reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation »<sup>247</sup> sans plus de commentaires. Il a fallu attendre la loi du 4 mars 2002, non pas celle relative au droit des malades, mais celle relative à l'autorité parentale, pour que soit introduite à l'article 372 cette disposition : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »<sup>248</sup>. Si cette participation est limitée car laissée à l'appréciation des parents<sup>249</sup>, cet amendement législatif témoigne d'une maturation de la place du mineur dans notre société. Ce dernier ne peut pas être écarté *a priori* de la prise de décision le concernant, au motif de sa seule minorité.

Dans cette optique, la loi ou l'usage lui permettent d'accomplir seul un certain nombre d'actes civils, par exception à son régime général d'incapacité<sup>250</sup>. Le mineur a, à ces occasions, « le droit d'agir lui-même - seul, assisté ou autorisé -, de consentir à un acte ou de donner un avis »<sup>251</sup>.

On remarque ce même mouvement en faveur de l'autonomie pour les personnes sous tutelle.

<sup>244</sup> NEIRINCK (C.), « Enfance », *Op. cit.*, §700.

<sup>245</sup> *Ibid.*, §701.

<sup>246</sup> SALVAGE-GEREST (P.) et MARIA (I.), « Minorité », *Op. cit.*, §3.

<sup>247</sup> Article 371 du Code civil, créé par loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, dans sa version vigoureuse du 1<sup>er</sup> janvier 1971 au 5 mars 2002.

<sup>248</sup> Loi relative à l'autorité parentale (1), n° 2002-305, 4 mars 2002, article 2.

<sup>249</sup> NEIRINCK (C.), « Enfance », *Op. cit.*, §788.

<sup>250</sup> Selon l'article 388-1-1 du Code civil : « L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

Voir aussi NEIRINCK (C.), « Enfance », *Op. cit.*, §716-717.

<sup>251</sup> SALVAGE-GEREST (P.) et MARIA (I.), « Minorité », *Op. cit.*, §3.

## ***B) Une autonomie maintenue pour les actes concernant sa personne chez le majeur protégé***

### ***1) Le maintien d'une autonomie absolue inhérent à sa qualité de personne : les actes « strictement personnels »***

Le majeur sous tutelle est historiquement et juridiquement le majeur le plus contraint dans l'exercice de ses droits et de ses libertés. La tutelle vise les personnes requérant une représentation continue dans les actes de la vie civile. Elle n'est appliquée, d'après l'article 440 du Code civil, que « *s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante* ». Cependant, avec la loi du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, la personne protégée a été remise au centre du dispositif en vue de lui redonner une autonomie, atténuée certes, mais persistante. L'idée a été de rappeler que le fait d'être sous protection judiciaire ne fait pas perdre pour autant la qualité de personne.

Cela s'est traduit premièrement par la consécration d'une « *sphère d'autonomie incompressible* »<sup>252</sup>. Cette sphère correspond aux actes « strictement personnels ». Ces actes sont, en vertu de l'article 458 du Code civil, ceux « *dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* ». Ils relèvent de l'intimité et de l'identité même de la personne et ne peuvent se faire que par sa volonté. L'interdiction de représentation est ici catégorique. L'article 458 donne une série d'exemple de ce type d'actes :

*« Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».*

Le caractère exhaustif de cette liste est sujet à débat. Les avis des auteurs divergent sur les intentions du législateur à circonscrire ou non les actes strictement personnels à la liste dressée<sup>253</sup>. Pour l'instant le juge n'a pas étendu la liste des actes strictement personnels à des notions étrangères que celles présentées par l'article 458.

Parallèlement, figurent à l'article 459 du Code civil les actes dits « personnels ».

<sup>252</sup> MARCHADIER (F.), « Majeur protégé », *Op. cit.*, §160.

<sup>253</sup> TILMAN (L.), « Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir ? », *Consentement et Sante*, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 233.

## 2) Une autonomie de principe pour les actes concernant son intégrité corporelle : les actes « personnels »

Les actes personnels concernent tous les autres actes relatifs à la personne. Le principe est que, « hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Dans le cas contraire, le juge peut prévoir que la personne « bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à la personne ou ceux d'entre eux qu'elle énumère, de l'assistance de la personne chargée de la protection »<sup>254</sup>. Et « ce n'est que si cette assistance ne suffit pas qu'un régime de représentation à la personne sera mis en place »<sup>255</sup>. Le dispositif est donc gradué, il revient d'abord à la personne protégée de décider. C'est uniquement en cas de défaillance de celle-ci que pourront être déclenchés les mécanismes de protection.

Lorsqu'il y a une atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée, seul le juge des tutelles est compétent :

*« sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée »*<sup>256</sup>.

L'appréciation de cette gravité ne se fait qu'au regard de l'atteinte de l'intégrité physique<sup>257</sup>. Le juge des tutelles a pu ainsi considérer qu'une anesthésie générale permettant un arrachage de dents nécessitait son autorisation mais, qu'en revanche, cela n'était pas le cas pour un traitement courant ou, plus surprenant, une coloscopie sous anesthésie générale<sup>258</sup>.

En dehors de cette situation, il revient en premier lieu au majeur protégé de statuer pour tous les actes portant atteinte à sa personne ou à son intégrité physique. Il lui appartient donc de prendre les décisions médicales<sup>259</sup>. Le majeur protégé ne peut *a priori*, tout comme le mineur, être écarté des décisions qui touche sa santé, sauf en cas d'habilitation judiciaire expresse.

Ce n'est pourtant pas ce sentiment qui règne en matière de consentement.

<sup>254</sup> Article 459 du Code civil, alinéa 2.

<sup>255</sup> BATTEUR (A.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « Majeurs protégés », *Synthèse Lexis 360* [en ligne], 8 Mai 2017, §4.

<sup>256</sup> Article 459 du Code civil, alinéa 3.

<sup>257</sup> BATTEUR (A.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « Majeurs protégés », *Op. cit.*, §8.

<sup>258</sup> *Idem*.

<sup>259</sup> SAUVAGE (F.), « Protection de la personne: Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine & Droit*, Vol. 2011, n°111, 2011, p. 236.

## II) Une ambiguïté à propos du recueil du consentement médical

Au regard des dispositions du Code civil, le mineur et le majeur régissent eux-mêmes en principe les questions relatives à leur corps. Mais en matière de consentement, les dispositions du Code de la santé publique relatives aux droits des mineurs et des personnes sous tutelle sont bien moins affirmatives. Elles insinuent que le consentement est exercé par le tuteur ou le représentant de l'autorité parentale (A). Il y a donc une opposition frontale entre les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique (B), ce qui questionne sur les dispositions à appliquer.

### A) Un consentement exercé a priori par le tuteur ou le titulaire de l'autorité parentale

#### 1) Un consentement recherché mais non recueilli

Comme il a été dit précédemment, l'article L1111-4 du CSP dispose que « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Pour certains auteurs, cette disposition s'inscrit dans la lignée des dispositions du Code civil : il appartiendrait en principe au majeur ou au mineur de consentir aux soins, avec pour pondération, l'état de sa personne<sup>260</sup>.

Pour autant, nous pouvons remarquer dans un premier temps que l'obligation ne parle pas de « recueil » mais de recherche. Or, ce terme est bien moins fort et n'empporte pas les mêmes conséquences. Rechercher invoque plus une obligation de moyen là où le terme de « recueil » invite à une obligation de résultat. L'un correspond à une démarche, l'autre à l'exercice du droit. Cela ne laisse présager que, juridiquement, ce n'est pas le mineur ou le majeur protégé qui consent.

Cette opinion est confortée par la phrase suivante de l'article L1111-4 : « *Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ». Cette disposition donne au médecin la possibilité de déroger à la décision du représentant légal lorsque cette décision met en danger la personne qu'il protège. Le refus envisagé est celui exprimé par le représentant. Quel en est intérêt s'il revenait à la personne protégée de consentir ?

---

<sup>260</sup> *Ibid*, p. 240.

En effet, dans l'hypothèse où le consentement définitif revient au mineur ou au majeur protégé et que cette personne est en état de le faire, la question du refus se pose à l'égard de la personne protégée. Au mieux son représentant légal peut assister la personne dans sa décision ou émettre un avis moral. Mais en cas de divergence, le refus du tuteur ou du parent devrait *a priori* ne rien valoir juridiquement, puisque, en principe, celui de la personne protégée primerait. En envisageant donc le refus à travers ceux des protecteurs, cette disposition implicitement admet que ce sont bien ces derniers qui, juridiquement consentent aux soins<sup>261</sup>.

Ces déductions restent de l'ordre de l'interprétation. Mais cette dernière se dégage aussi des autres articles du Code de la santé relatifs au consentement

## **2) Une interprétation corroborée par les autres articles relatifs au consentement du Code de la santé publique**

L'article L1111-2 du CSP, prévoit explicitement la possibilité de conférer au représentant l'exercice des droits de la personne qu'il a en charge, en fonction de sa capacité de discernement. En l'espèce, le mineur et le majeur ne décident pas mais « participent », ce qui est d'une toute autre mesure.

*« Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle »<sup>262</sup>.*

De même, l'article L1111-5 du CSP permet « Par dérogation à l'article 371-1 du code civil, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre [...] ». L'article précise bien qu'il s'agit d'une dérogation au consentement des parents, ce qui induit que le consentement n'est pas exercé par le mineur mais bien par les titulaires de l'autorité parentale.

Cela se ressent pareillement dans le Code de Déontologie, à l'article R4127-42 du CSP :

*« Sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement [...] Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible ».*

<sup>261</sup> MEMETEAU (G.) et GIRER (M.), *Cours de Droit Médical*, Op. cit., p. 711.

<sup>262</sup> L1111-2 du CSP, alinéa 5.

L'expression « *tenir compte dans toute la mesure du possible* » témoigne de la faiblesse de l'obligation de moyen. Par ailleurs, l'article ne parle même plus de consentement mais d'« avis ». Ici, il est clair que le professionnel n'est pas lié par l'avis du mineur comme du majeur protégé.

Cette solution peut s'avérer pratique, notamment pour le professionnel de santé. La loi lui donne un interlocuteur facilement identifiable et présumé par nature poursuivre les intérêts de la personne protégée. Il n'a pas besoin ainsi de s'intéresser à l'aptitude de la personne à consentir et de l'intérêt de la démarche de soin, ce qui facilite grandement son exercice. En cas d'incident, il est également plus aisé pour le professionnel de se dégager de sa responsabilité en reportant, par exemple, la faute sur le représentant légal ou en affirmant sa participation au dommage. Cette solution peut également comporter des avantages pour la personne protégée elle-même. Elle se décharge de la responsabilité de prendre la décision d'une part, et surtout, de la mettre en œuvre d'autre part. Naviguer au sein de certaines prises en charge médicales (notamment hospitalières), du fait de leur complexité, n'est pas à la portée d'une grande partie de ces personnes.

Néanmoins, cette solution entraîne une incohérence majeure entre les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique, en particulier vis-à-vis des majeurs sous tutelle.

## ***B) Une opposition frontale entre les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique***

### ***1) Une divergence compatible pour les mineurs***

Pour le mineur, cette interprétation n'est pas fondamentalement en contradiction avec les dispositions qui lui sont relatives dans le Code civil. Ces dernières incitent à une implication du mineur mais pas pour autant une autonomie totale. Il est vrai que le Code de la santé publique lui-même reconnaît de nombreuses situations où le mineur peut tout simplement écarter l'autorité parentale. Tout ce qui relève de la « *maitrise de la fécondité* » peut échapper à l'autorité des parents<sup>263</sup>. De même, « *il est aujourd'hui impensable de soigner un adolescent sans lui expliquer son état de santé et sans tenir compte de son avis* »<sup>264</sup>.

Pour autant il n'a jamais été consacré en France une « *majorité sanitaire* » comme c'est le cas dans des pays comme « l'Angleterre, le Québec, la Belgique ou l'Espagne »<sup>265</sup>. Dans ces Etats, il est admis que les mineurs de 14 à 16 ans peuvent disposer « *d'un pouvoir de décision effectif en matière*

---

<sup>263</sup> NEIRINCK (C.), « Enfance », *Op. cit.*, §806.

<sup>264</sup> *Ibid*, §843.

<sup>265</sup> *Ibid*, §845.

de soins »<sup>266</sup>. Leur décision peut l'emporter sur l'accord de leurs parents, même pour ce qui concerne des actes d'une extrême gravité comme l'euthanasie<sup>267</sup>. La loi belge ne fixe pas d'âge minimal en la matière (comme c'est le cas aux Pays-Bas), la seule condition étant évidemment le discernement de l'enfant, qui est « *apprécié au cas par cas par l'équipe médicale et un psychiatre* »<sup>268</sup>.

La place des parents dans le consentement est aussi à nuancer. L'idée que le praticien puisse être lié par une décision des parents reste très théorique. Il est solidement admis que le professionnel de santé peut passer outre le consentement aux soins des parents lorsque la santé de l'enfant est en péril<sup>269</sup>. Mais plus atypique, une ordonnance du Conseil d'Etat, en tant que juge des référés a plus récemment autorisé l'arrêt de traitement d'un mineur en état végétatif, au titre d'un refus d'une obstination déraisonnable à la demande des praticiens hospitaliers responsables, contre l'avis des parents de l'enfant. Selon cette ordonnance du 5 janvier 2018, dans l'hypothèse où le médecin n'est pas parvenu à un accord avec les titulaires de l'autorité parentale sur la décision à prendre, « *il lui appartient, s'il estime que la poursuite du traitement traduirait une obstination déraisonnable, après avoir mis en œuvre la procédure collégiale, de prendre la décision de limitation ou d'arrêt de traitement* »<sup>270</sup>. La compétence des parents reste donc très relative, le professionnel de santé disposant d'une large marge de manœuvre.

Pour ce qui concerne les majeurs protégés, la rupture entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique est bien plus criante.

## 2) Une véritable rupture pour les majeurs sous tutelle

L'incohérence entre les dispositions des différents codes est flagrante. D'un côté, le Code civil porte une réforme profonde du régime de la protection juridique. Au-delà des nouveautés législatives, c'est un véritable bouleversement de paradigme qui a été opéré par la loi du 5 mars 2007. Les articles du Code de la santé publique ne devraient pas en principe faire obstacle à cette évolution pour certains auteurs. Ecrits antérieurement à la loi de 2007, ils auraient un effet rétrograde. Ils devraient donc, au mieux être révisés : « *il n'est pas nécessaire de modifier plus avant*

---

<sup>266</sup> *Idem.*

<sup>267</sup> *Idem.*

<sup>268</sup> *Idem.*

<sup>269</sup> « *Face à des signes cliniques de péril vital imminent présentés par un enfant et en l'absence de produits de substitution disponibles dans le département, le recours aux transfusions sanguines étant le seul traitement susceptible de sauvegarder la vie du mineur, les médecins qui choisissent de donner les soins indispensables à l'enfant malgré la volonté opposée des parents ne commettent aucune faute* ». ; CAA Bordeaux, 4 mars 2003, « *Pamphile c/ CH Cayenne* », req. N° 99BX02360 ; JCP Adm. 2003, n° 2144, note Moquet-Anger.

<sup>270</sup> CE, Juge des référés, 5 janvier 2018, « *Mme B.* », n° 416689: Lebon; AJDA 2018. 8; D. 2018. 71, obs. Vialla; AJ fam. 2018. 117, obs. Kurek; ibid. 68, obs. Dionisi-Peyrusse; JCP Adm. 2018, n°2051, note Castaing.

le cadre législatif, à l'exception toutefois d'une question : l'articulation imparfaite entre le Code civil et le Code de la santé publique »<sup>271</sup>. Au pire, les dispositions du Code de la santé publique devraient être interprétées sous le coup de ce changement de mentalité. Dans cette optique, certains auteurs estiment même que le juge devrait inclure les actes médicaux dans les actes strictement personnels, afin que le majeur soit le seul à pouvoir consentir<sup>272</sup>.

Cette vision est confortée par le droit international. Avec la ratification le 30 mars 2007 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, la France s'est engagée au regard de l'article 12 de cette convention à ce que « *les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres* »<sup>273</sup>. Plus précisément « *Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* »<sup>274</sup>. Or, ces dispositions ont vocation à s'appliquer aux personnes sous protection juridique. En effet, la définition très large du handicap donnée par la convention permet d'inclure les personnes présentant des altérations physiques ou mentales comme cela est supposé chez toute personne sous protection juridique<sup>275</sup>. Cet engagement international incite à faire évoluer notre droit national, afin de « *passer d'un système de prise de décision substitutive (type tutelle), dans lequel la personne est privée de sa capacité juridique, à un système de prise de décision assistée* »<sup>276</sup>

Pourtant, le législateur en 2007 avait tout de même pris soin de ne pas remettre en cause les règles issues du Code de la santé publique. Au contraire, il les avait présentées comme des dérogations. L'article 458, écrit en 2007, précise que l'accomplissement seul des actes strictement personnels ne peut se faire que « *sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi* ». Plus clairement encore, l'article 459-1 affirme que « *l'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal* ». La primauté des dispositions du Code de la santé publique ne fait donc aucun doute.

---

<sup>271</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, p. 11.

<sup>272</sup> TILMAN (L.), « Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir ? », *Op. cit.*, p. 233.

<sup>273</sup> *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2515, New York, 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008, article 12, alinéa 2.

<sup>274</sup> *Ibid*, alinéa 3.

<sup>275</sup> *Ibid*, article 1, « *Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* ».

<sup>276</sup> Rapport du Défenseur des Droits, *La Convention relative aux droits des personnes handicapées, Comprendre et mobiliser la Convention pour défendre les droits des personnes handicapées*, Guide [en ligne], décembre 2016, p. 13.

Ainsi, « ne relèvent pas du champ de l'article 459 des situations aussi importantes que le consentement à l'acte médical »<sup>277</sup>. Dans une décision du Juge des tutelles du 4 février 2009 du Tribunal d'instance de Nice, les articles L1111-2 et suivants ont présentés comme dérogeant aux articles du Code civil<sup>278</sup>.

#### Conclusion du Chapitre 1 :

La notion de vulnérabilité est assez, absente du droit en matière de consentement aux soins. S'il existe bien des dispositions spécifiques à l'égard mineurs et des majeurs sous tutelle, ces dispositions ne permettent pas d'une part, de prendre en compte l'ensemble des personnes vulnérables, et d'autre part, de protéger leurs droits. Au contraire, il n'en découle qu'un régime assez confus, en particulier pour les personnes sous tutelle. En l'espèce, chaque acteur peut légitimement invoquer le droit d'exercer le consentement. Cela se traduit en pratique par la recherche systématique du consentement du tuteur, même pour les choses les plus bénignes, ou la sollicitation constante du juge des tutelles<sup>279</sup>.

Il n'est possible de tirer qu'une seule et réelle certitude : ce régime ne garantit en rien un exercice individuel du consentement. Au mieux, les mineurs et majeurs sous tutelle ont les mêmes droits que le citoyen lambda, au pire, leur consentement est simplement recherché, niant ainsi leur capacité à pleinement consentir.

Pour les autres catégories de personnes vulnérables, ces dernières sont soumises au régime de droit commun. Or, ce dernier par nature ne correspond pas aux attentes que l'on pourrait avoir pour les personnes vulnérables.

---

<sup>277</sup> MARCHADIER (F.), « Majeur protégé », *Op. cit.*, §175.

<sup>278</sup> TI Nice, ord. JT, 4 février 2009, n° 01/00602 ; [Dr. famille 2009, comm. 147](#), L. Tabarico ; D. 2009, p. 1397, Th. Verheyde. Toutefois, ce jugement a été pris au lendemain de la loi de 2007 en faveur de l'autonomie des personnes protégées, sans forcément beaucoup de recul. Elle n'est pas à l'abri d'un revirement.

<sup>279</sup> TILMAN (L.), « Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir ? », *Op. cit.*, p. 240.

## **CHAPITRE 2 : UN RÉGIME DE DROIT COMMUN PAR NATURE INSUFFISANT**

Malgré la volonté d'individualisation de la recherche du consentement, d'adaptation du professionnel de santé à son patient etc..., le régime de droit commun présente par nature des faiblesses en matière de protection du consentement (SECTION 1), faiblesses qui sont amplifiées chez la plupart des personnes vulnérables (SECTION 2).

### **SECTION I : UN REGIME PRESENTANT PAR NATURE DES FAIBLESSES EN MATIERE DE PROTECTION DU CONSENTEMENT**

Derrière l'affirmation de grands principes, le législateur et les juridictions ont procuré des aménagements tout sauf marginaux au profit du professionnel de santé. Le professionnel de santé possède une large latitude en matière de consentement (I). Même les dispositifs sensés garantir le respect de la volonté du patient présentent des faiblesses à la portée du praticien (II).

#### **I) Une large latitude accordée au professionnel de santé en matière de consentement**

De nombreux éléments pouvant toucher le recueil du consentement sont laissés à l'appréciation exclusive du professionnel de santé (A). De même, pour ce qui concerne le refus de soin, le Conseil d'Etat est venu atténuer ce droit du patient en lui refusant le droit de choisir son traitement (B).

## **A) De nombreux éléments laissés à l'appréciation exclusive du professionnel de santé**

### **1) Le constat du consentement en tant que tel**

L'appréciation du consentement en tant que tel relève du seul médecin. Il en est de même du discernement prôné par l'article L1111-2. Cela s'explique par le fait que le professionnel de santé « possède le pouvoir technique »<sup>280</sup>. En tant qu'acteur de l'intervention, il engage sa responsabilité. Il lui revient de droit de « vérifier et apprécier si les conditions posées par la loi sont réunies »<sup>281</sup>. Cette prérogative, même sous le contrôle du juge, laisse plus de libertés au médecin qu'il n'y paraît. Par exemple, s'il peut être aisé de sanctionner un médecin passant outre le consentement d'une personne, il est bien plus difficile de sanctionner le refus d'agir venant du professionnel lui-même.

En effet, un professionnel de santé peut estimer qu'une personne n'a pas consenti ou n'est pas apte à consentir et par conséquent refuser catégoriquement d'agir. En dehors des cas d'urgence ou en cas de manquement à son devoir d'humanité, le médecin ne pourra alors être contraint à pratiquer des soins<sup>282</sup>. Le professionnel, indirectement, vient à décider pour son patient, même lorsque ce dernier vient le requérir pour ses services. Cette situation est commune pour les soins programmés<sup>283</sup>. Le recours contre une telle décision et son contrôle judiciaire sont particulièrement ardues. Comment prouver la faute ? Il faut parvenir à prouver que le professionnel s'est manifestement trompé dans son « diagnostic », ce qui suppose une étude pathologique du patient (présente-t-il des troubles mentaux par exemple), ainsi que de son environnement (a-t-il été contraint par un tiers), ce qui, à moins d'une contre-expertise<sup>284</sup>, ou d'une mauvaise foi flagrante, est difficilement à la portée du juge<sup>285</sup>. En plus d'être complexe, le recours judiciaire est coûteux, ce qui limite encore plus l'étendue du contrôle du juge<sup>286</sup>.

Ce n'est pas le seul élément pouvant jouer sur le consentement qui est à l'appréciation exclusive du professionnel.

---

<sup>280</sup> CATHERINE (A.), « La codécision, entre mythe et réalité », *Op. cit.*, p. 124.

<sup>281</sup> *Idem.*

<sup>282</sup> Article R.4127-47 du CSP, alinéa 2 : « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ».

<sup>283</sup> En témoigne l'existence d'un guide proposé par le Ministère de la Santé et du Sport sur le refus de soin : Rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010, *Résoudre les refus de soin*, septembre 2010, [http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Resoudre\\_les\\_refus\\_de\\_soins.pdf](http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Resoudre_les_refus_de_soins.pdf)

<sup>284</sup> Sachant la qualité des expertises est souvent remise en cause, cf MARTIN (D.), « L'expertise en responsabilité médicale : de critiques en réformes », *Les Tribunes de la santé*, vol. 27, no. 2, 2010, p. 105.

<sup>285</sup> VIVIANA (S.) et WINCKLER (M.), *Les droits du patient*, *Op. cit.*, p. 26.

<sup>286</sup> *Idem.*

## 2) Un pouvoir d'appréciation dépassant le seul constat du consentement

Parmi ces éléments, comme nous l'avons vu, figure la notion « d'obstination déraisonnable ». L'initiative de l'arrêt des traitements est de la seule compétence du médecin. Elle relève de sa seule appréciation et peut même être prise sans l'accord des parents lorsqu'il s'agit d'un mineur<sup>287</sup>.

Il en est de même de l'urgence : l'appréciation du pronostic, des risques, est réalisée par le professionnel de santé, selon ses propres critères de risque, de prudence, etc... Autre notion encore plus floue, celle de la « gravité » : « nombreuses sont les situations dans lesquelles ils sont les seuls à en évaluer le degré »<sup>288</sup>. Par essence, elle est sujette à autant d'interprétations qu'il y a de personnes. Pourtant, elle justifie de passer outre le refus de soin en cas de « péril immédiat » par exemple<sup>289</sup>. L'élément justifiant l'intervention sur le patient contre son gré est à la libre appréciation du médecin et son déclenchement est donc à sa libre initiative.

Ce pouvoir d'appréciation, accordé au professionnel, donne donc la possibilité, soit d'éviter la prise en charge, soit de se dégager de ses obligations, en vertu de son propre jugement. Cette capacité d'« exonération unilatérale » est assez unique en son genre puisque l'un des grands principes du droit est que nul ne peut mettre fin à ses obligations de son propre chef, que ces obligations soient contractuelles ou extracontractuelles.

En matière de refus de soin, la latitude dont dispose le professionnel se fait plus en aval de la relation de soin.

## B) Le refus au patient du choix de son traitement

**Commentaire [F1]:** Cf jp article 16-3 code civil

### 1) Le refus des juridictions à consacrer un droit de choisir son traitement

S'il est bien reconnu au patient le droit de refuser un traitement, il ne lui est pas donné le droit de le choisir. Il a en effet été tranché récemment par le Conseil d'Etat :

*« aux termes de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique [...] et de l'article L. 1110-5 du même code [...] il résulte de ces dispositions que toute personne a le droit de recevoir les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé sous réserve de son consentement libre et éclairé. En revanche, ces mêmes dispositions ni aucune autre ne consacrent, au profit du patient, un droit de choisir son traitement »*<sup>290</sup>.

<sup>287</sup> Cf Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II), B) 1).

<sup>288</sup> CATHERINE (A.), « La codécision, entre mythe et réalité », *Op. cit.*, p. 124.

<sup>289</sup> Cf Partie 1 Chapitre 2 Section 2 II), A), 2).

<sup>290</sup> CE, Juge des référés, formation collégiale, 26 juillet 2017, « Marchetti C/ Centre Hospitalier Universitaire De Montpellier », n° 412618.

Le professionnel de santé reste maître de la prise en charge. Les possibilités du patient en sont inévitablement limitées. S'il n'existe pas d'alternatives proposées, refuser le traitement revient à perdre la possibilité d'être soigné, ce qui contraint indirectement le malade dans son choix. La pratique de la « péridurale » en France en est un exemple concret<sup>291</sup>.

Anesthésique local, cette procédure est réalisée pour 76% des accouchements, alors qu'elle n'est que de 15 % aux Pays-Bas et de 40 % au Royaume-Uni<sup>292</sup>. Elle est tellement devenue la norme que peu d'autres moyens sont proposés pour atténuer la douleur, malgré une volonté croissante de la part des femmes enceintes de s'en passer. Au final, selon une étude de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm), « 52 % des patientes qui ne le souhaitaient pas au départ ont fini par recevoir une péridurale au cours du travail »<sup>293</sup>. Ce revirement, qu'il soit imposé par la douleur ou délibéré, témoigne bien qu'en l'absence d'alternatives, le consentement s'obtient plus facilement.

De ce refus de consacrer un droit de choisir son traitement, le Conseil d'Etat a su en tirer des avantages à l'égard du professionnel.

## **2) Une irresponsabilité du professionnel à refuser un traitement**

Le refus d'un traitement peut s'avérer préjudiciable pour le patient. En l'absence d'alternatives proposées, et en présence d'un maintien d'un refus catégorique de sa part, le patient peut mettre sa santé, voire sa vie, en danger. Le professionnel participe, de fait, à cette mise en danger en ne proposant pas une solution de substitution. Le patient, quant à lui ne fait qu'exercer un droit que lui reconnaît explicitement la loi.

Pour autant, le Conseil d'Etat a jugé qu' « il ne saurait être reproché au médecin, qui doit respecter la volonté du malade, d'avoir éventuellement tardé à pratiquer une intervention vitale, alors qu'il ne pouvait la réaliser sans procéder, contre la volonté du patient, à une transfusion sanguine »<sup>294</sup>. La passivité du professionnel ne constitue donc pas une faute si elle est justifiée par la volonté du malade. Si, dans le fond, cette jurisprudence se conçoit, il est étonnant qu'elle sorte de la bouche du Conseil d'Etat, au regard du rapport qu'a pu entretenir cette juridiction avec le droit au consentement.

---

<sup>291</sup> DURAND (A.), « Accoucher avec ou sans péridurale ? Naissance d'un débat », *Le Monde* [en ligne], 30 août 2017, [https://www.lemonde.fr/maternite/article/2017/08/30/accoucher-avec-ou-sans-peridurale-naissance-d-un-debat\\_5178710\\_1655340.html](https://www.lemonde.fr/maternite/article/2017/08/30/accoucher-avec-ou-sans-peridurale-naissance-d-un-debat_5178710_1655340.html)

<sup>292</sup> *Idem*.

<sup>293</sup> *Idem*.

<sup>294</sup> Aix-en-Provence, 21 déc. 2006: D. 2007. 1848, note Violla; JCP 2007. II. 10126, note Corpart; RCA 2007, no 128, note Radé.

Ainsi, au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, le respect de la volonté du malade n'empêche pas le professionnel d'intervenir, conformément à la jurisprudence de 2001, mais par contre justifie son irresponsabilité en cas de passivité, même lorsque cette inaction peut causer un préjudice au patient. Le Conseil d'Etat a donc su tirer de ce droit du patient une faveur au professionnel.

Et même lorsque le législateur prévoit des dispositifs complémentaires visant à garantir les droits des patients, ce dernier y inclut des brèches à l'intention du professionnel.

## II) Les faiblesses des dispositifs sensés garantir la volonté du patient

Le législateur a prévu un certain nombre de mécanismes afin de suppléer, renforcer ou porter à la connaissance du professionnel la volonté du patient, telle que la « personne de confiance » ou les « directives anticipées ». Le législateur a toutefois toujours entretenu des failles afin de laisser une marge d'interprétation ou d'atténuer leur caractère coercitif.

Ainsi, au regard de la valeur de son témoignage, la personne de confiance peut se révéler « impuissante » (A). De même, les directives anticipées, sensées retranscrire le plus fidèlement la volonté du patient, peuvent être écartées par le professionnel de santé (B).

### A) Une « personne de confiance » potentiellement impuissante

#### 1) La personne de référence pour le professionnel de santé

Ce mécanisme remonte, en France, à l'avis du 12 juin 1998 du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) relatif au « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche »<sup>295</sup>. Dans cet avis, le CCNE proposait que « soit mise à l'étude la possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un représentant - mandataire - répondant, chargé d'être l'interlocuteur des médecins au moment où elle est hors état d'exprimer ses choix »<sup>296</sup>. La personne de confiance a été instaurée dans les établissements de santé avec loi du 4 mars 2002 relative aux « droits des malades et à la qualité du système de santé » et a été étendue

<sup>295</sup> ESPER (C.), « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », *Revue Générale de Droit Médical*, n° 11, 2003, p. 84.

<sup>296</sup> *Idem*.

à la prise en charge au social et médico-social avec la loi « Hôpital, Patient, Santé et Territoire » du 28 décembre 2015<sup>297</sup>, et s'applique aux majeurs sous tutelle depuis la loi du 26 janvier 2016 « de modernisation de notre système de santé »<sup>298</sup>.

La définition de la « personne de confiance » et ses prérogatives sont régies par l'article L1111-6 du CSP : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant* »<sup>299</sup>. La personne de confiance est présentée comme la personne de référence au côté du patient. Elle possède une place de premier plan, en tant que premier assistant du patient dans ses décisions : « *Si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions* ». Lorsque le patient se retrouve hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne de confiance est consultée afin de rendre compte des potentielles volontés qu'il aurait pu exprimer jusque-là<sup>300</sup>. A ce titre, elle reçoit les informations nécessaires et son témoignage prévaut sur celui des autres<sup>301</sup>. Mais ce témoignage ne s'impose pas au professionnel de santé.

## 2) La valeur toute relative du témoignage de la personne de confiance

La question de la valeur du témoignage de la personne de confiance n'est apparue qu'avec la loi du 26 janvier 2016. Jusque-là, la législation prévoyait seulement l'obligation de consultation. Le terme de témoignage *a priori* n'est pas anodin. La personne de confiance n'exprime pas un avis sur la situation mais éclaire le professionnel sur les potentiels choix qu'aurait pu faire le patient : « *Elle n'exprime pas ses propres souhaits mais rapporte les vôtres* »<sup>302</sup>. En vertu de ces informations, le professionnel de santé prend les mesures qu'il estime pertinentes : « *La personne de confiance ne décide pas en effet pour le patient, mais aide à la décision du médecin* »<sup>303</sup>

Au regard de ces dispositions et de la pratique, le praticien n'est pas lié aux propos tenus par la personne de confiance. Au contraire, il est libre en principe de prendre les dispositions inverses de ce qu'aurait pu préconiser la personne de confiance. La doctrine est quasiment unanime à ce sujet, alors même que les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 laissaient à penser que la

<sup>297</sup> Régi par l'article L. 311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>298</sup> OLECH (V.), « Information et désignation d'une personne de confiance en établissement social ou médico-social », *Revue Droit et Santé*, n° 75, 2017, p. 82.

<sup>299</sup> Article L1111-6 du Code de santé publique, alinéa 1.

<sup>300</sup> *Idem*.

<sup>301</sup> *Idem*.

<sup>302</sup> Haute Autorité de Santé, *La personne de confiance*, avril 2016,

[https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2016-03/da\\_personne\\_confiance\\_v9.pdf](https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2016-03/da_personne_confiance_v9.pdf)

<sup>303</sup> LOKIEC (P.), « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Revue de Droit Social et Sanitaire*, n°5, 2006, p. 865.

personne de confiance devrait donner son accord pour toute intervention, « dans l'intérêt du patient »<sup>304</sup>. La portée du témoignage de la personne de confiance peut donc varier selon l'importance que lui accorde le professionnel de santé. Ce dernier peut aussi bien le suivre fidèlement comme l'ignorer.

Il en est de même avec les directives anticipées, même si la valeur coercitive de ces dernières tend à se renforcer.

## **B) Des directives anticipées pouvant être écartées**

### **1) Un acte écrit décrivant les volontés du patient**

Les directives anticipées ont été introduites par la Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, à ses articles 7 et 10. Elles « expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux »<sup>305</sup>. Elles sont réalisées pour « le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté »<sup>306</sup>.

Les directives anticipées sont destinées à être au plus près des intentions de l'individu et constituent aujourd'hui l'un des moyens les plus protecteurs de son autonomie en matière de consentement aux soins. Elles sont en effet produites directement par la personne concernée et visent la question du traitement. Mais surtout, les directives anticipées s'imposent au médecin, depuis la loi du 2 février 2016 sur la fin de vie<sup>307</sup>. Auparavant, elles indiquaient « les souhaits » du patient<sup>308</sup>. Le médecin devait alors en tenir compte mais il n'était pas pour autant lié à ces indications<sup>309</sup>. Désormais, l'article L1111-11 du CSP dispose bien que « les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement »<sup>310</sup>.

La loi prévoit toutefois deux garde-fous.

---

<sup>304</sup> CRISTOL (D.), PEIGNE (J.) et MARKUS (J.-P.) Code de la santé publique, *Op. cit.*, Commentaires de l'article L1111-6.

<sup>305</sup> Article L1111-11 du Code de santé publique.

<sup>306</sup> *Idem.*

<sup>307</sup> *Loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)*, *Op. cit.*, article 8.

<sup>308</sup> Article L1111-11 dans sa version initiale posé par la *Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*, n° 2005-370, 22 avril 2005.

<sup>309</sup> MELLAC (A.), « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », *Consentement et Santé*, Paris, sous la direction l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014, p. 91.

<sup>310</sup> Article L1111-11 du CSP, alinéa 3.

## 2) Un document restant à l'appréciation du professionnel de santé

La loi relative à la fin de vie de 2016 précise que le médecin n'est pas contraint de suivre les directives anticipées en « *cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation* » et « *lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* »<sup>311</sup>. Cette révision de 2016 est donc venue renforcer le dispositif mais soulève des interrogations.

**Commentaire [F2]:** QPC jugée conforme à la Constitution

Tout d'abord, qu'est-il entendu par « *manifestement inappropriée ou non conformes à la situation médicale* » ? Cette formulation, tout sauf explicite, interroge sur la mesure dans laquelle le professionnel peut l'invoquer. En l'absence de définition, il est possible de faire plusieurs suppositions.

Il peut être entendu par les termes de « manifestement inappropriés » les documents dans lesquels une personne peut avoir exprimé ses volontés mais qui ne correspondent pas au formalisme prévue par la loi pour les directives anticipées (exemple : absence de date, de signature ...). Autrement, cette formule peut renvoyer à des directives anticipées en bonnes et dues formes mais dont le contenu est en décalage par exemple avec la pratique médicale (exemple : la personne demande à être euthanasiée alors que cette pratique est en principe interdite en France).

La notion de « non conforme à la situation médicale », quant à elle, est bien plus obscure. Cette formule laisse au professionnel de santé les plus grandes libertés puisqu'il est le principal compétent pour analyser une situation médicale. Il s'agit d'un élément supplémentaire à l'appréciation du praticien. La capacité dérogatoire de cette exception est exponentielle. Les juridictions auront donc la délicate tâche de circonscrire ces dérogations.

Au final le professionnel possède un large panel de moyens pour contourner ou outrepasser la volonté du malade. Cette marge de manœuvre est d'autant plus amplifiée face à des publics vulnérables.

---

<sup>311</sup> *Ibid*, alinéa 4.

## SECTION II : DES CARENCES AMPLIFIEES CHEZ CERTAINES PERSONNES VULNERABLES

La vulnérabilité de certaines populations prédispose celles-ci, consciemment ou inconsciemment, à voir leur droit de consentir remis en cause à travers des régimes dérogatoires comme celui des personnes « hors d'état d'exprimer leur volonté » (I), ou à la délégation au même titre que les mineurs ou les majeurs sous tutelle, alors qu'elles n'appartiennent pas à ces catégories (II).

### I) Une prédisposition pour le régime des personnes « hors d'état d'exprimer leur volonté »

En raison d'une présomption de l'incapacité de la personne vulnérable à consentir (A), il existe une tendance à orienter insidieusement ces personnes dans le régime des personnes hors d'état d'exprimer leur volonté (B).

#### A) La vulnérabilité favorisant une présomption d'incapacité à consentir

##### 1) Une présomption d'incapacité à consentir

La prérogative du médecin à juger une personne incapable de consentir touche particulièrement les majeurs protégés autres que les personnes sous tutelle<sup>312</sup>. L'altération médicalement constatée de leur faculté mentale est une opportunité pour le médecin de justifier l'impossibilité de recueillir un consentement libre et surtout éclairé, même si la personne demande à être soignée. D'une certaine façon, il y a une présomption implicite d'incapacité, que ce soit pour saisir l'information ou pour consentir. Ce moyen permet ainsi au professionnel de se dégager unilatéralement de la prise en charge de cette population complexe.

Le même raisonnement peut être mené avec les personnes âgées, en particulier celles présentant des troubles cognitifs dus à une maladie comme Alzheimer. Ces troubles peuvent apparaître périodiquement, alternant les moments de confusion et de lucidité. Comment s'assurer

---

<sup>312</sup> CATHERINE (A.), « La codécision, entre mythe et réalité », *Op. cit.*, p. 127.

que la personne est bien apte, à ce moment « T », de consentir ? Le professionnel peut licitement prendre la décision de considérer que la personne âgée n'a pas donné son consentement *a priori*.

Les personnes âgées sont de manière générale très touchées en matière d'atteinte au consentement. L'âge invite inexorablement à la remise en cause de la capacité à consentir, quelle que soit la présence ou non d'une altération de ses facultés susceptibles d'ouvrir une mesure de protection<sup>313</sup>. Le fait d'être âgé appelle dans notre société à une réduction par nature de « l'autonomie décisionnelle »<sup>314</sup>.

## 2) Une présomption se renforçant avec l'âge

L'âge induit évidemment un affaiblissement. Le problème est que cet affaiblissement conduit trop facilement à une mise en doute de l'aptitude de la personne à exprimer sa volonté<sup>315</sup>. En effet, « Dès lors qu'elles sont affaiblies, elles sont rapidement frappées d'une présomption de démence »<sup>316</sup>. Surviennent alors de nouvelles considérations : « De ce fait, l'appréciation de la faculté de consentir des personnes âgées vulnérables se mâtine de critères supplémentaires : nature de l'acte, bénéfice que la personne âgée pourrait en retirer par rapport au risque encouru »<sup>317</sup>. Or ces nouveaux éléments n'ont pas vocation à rassurer la personne dans l'exercice de son droit mais au contraire de le fragiliser : « Ce renforcement des exigences entourant l'expression de la volonté du vieillard vulnérable a pour résultat de fragiliser considérablement son pouvoir de décision. Ses choix devront être solidement motivés et conformes à ses intérêts, sans quoi ils ne pourront prospérer »<sup>318</sup>.

L'un des exemples les plus marquants de cette attitude est celui de la contention<sup>319</sup> et des ses recommandations de bonne pratique. Toutes affirment le caractère exceptionnel du recours à la contention. Toutes précisent pareillement son caractère médical et le besoin d'une prescription médicale. Mais très peu mentionnent le consentement de l'intéressé. Seules les recommandations du Ministère de la Santé et de Société Française de Gériatrie et Gérontologie y font référence, mais

<sup>313</sup> LACOUR (C.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Op. cit.*, p. 188.

<sup>314</sup> *Idem*.

<sup>315</sup> *Ibid*, p. 192.

<sup>316</sup> *Idem*.

<sup>317</sup> *Idem*.

<sup>318</sup> *Idem*.

<sup>319</sup> La contention est « l'utilisation de tous moyens [y compris chimique ou médicamenteux], méthodes, matériels ou vêtements qui empêchent ou limitent les capacités de mobilisation volontaire de tout ou d'une partie du corps dans le seul but d'obtenir de la sécurité pour une personne âgée qui présente un comportement estimé dangereux ou mal adapté » ; Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé (ANAES), « évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, limiter les risques de la contention physique de la personne âgée », *site de la Haute Autorité de Santé*, octobre 2000, p. 10, <https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/contention.pdf>

elles sont loin d'en exiger le consentement : « *La personne âgée et ses proches sont informés des raisons et buts de la contention. Leur consentement et leur participation sont recherchés* »<sup>320</sup>. Pourtant, de nombreux éléments laissent supposer que la contention est un acte médical. La contention a une vocation préventive. Elle est réalisée sous prescription médicale, par un professionnel de santé dans le cadre de son exercice et les limites de sa compétence. Toute contention mise en place devrait alors nécessiter préalablement le consentement de la personne, du moment que celle-ci n'est ni mineure ni sous tutelle, au risque sinon de porter atteinte à leurs droits.

Mais cette présomption est d'une telle force dans notre pratique médicale qu'elle tend à inclure certaines catégories de personnes vulnérables dans le régime des personnes « hors d'état d'exprimer leur consentement ».

## ***B) Une orientation vers le régime des personnes « hors d'état d'exprimer leur consentement »***

### ***1) L'absence de définition unique de la personne « hors d'état d'exprimer sa volonté »***

Comme il été dit antérieurement, l'article L1111-4 prévoit un régime dérogatoire permettant au professionnel d'effectuer certains actes sans le consentement de l'intéressé<sup>321</sup>. Malgré les multiples résurgences de la formule dans le Code de la santé publique mais aussi le Code civil<sup>322</sup>, le législateur n'a jamais défini ce qu'il entendait par cet état.

Dans l'un de ses arrêts relatifs à un arrêt de traitement, le Conseil d'Etat détermine comme personne « hors d'état d'exprimer sa volonté la personne » celle qui « *se trouve dans un état végétatif ou dans un état de conscience minimale le mettant hors d'état d'exprimer sa volonté* »<sup>323</sup>. Cette description laisse entendre que cette catégorie d'individus ne se limite pas aux seules personnes dans un état d'inconscience profond.

---

<sup>320</sup> Recommandations de la Direction Générale de la Santé, Direction Générale de l'Action Sociale et Société Française de Gériatrie et Gérontologie, *Les bonnes pratiques de soins en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, octobre 2007, p. 35.

<sup>321</sup> Cf Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I), B).

<sup>322</sup> A titre d'exemple, la formule est employée à deux reprises dans l'article L1111-4, l'article L1111-6 relatif à la personne de confiance ainsi qu'à l'article L1111-11 relatif aux directives anticipées, mais encore à l'article 432 du Code civil vis-à-vis des dispositions communes des mesures de protection judiciaire : « *Le juge peut [...], par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

<sup>323</sup> CE, 8 mars 2017, « *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille* », n° 408146, §15 ; Lebon ; AJDA 2017. 497 ; D. 2017. 574, obs. C. du Conseil d'Etat ; RDSS 2017. 698, note D. Thouvenin).

Toutefois, dans le cas précis de l'arrêt de traitement, cet état de conscience doit être particulièrement bas. Toujours dans le même arrêt, le Conseil d'Etat a en effet jugé qu'une « *incertitude sur l'évolution future de cet état [...] malgré un pronostic extrêmement péjoratif établi par les experts médicaux* » empêchait l'interruption des traitements sur le fondement des personnes hors d'état d'exprimer leur volonté car la décision ne pouvait être regardée comme prise « *au terme d'un délai suffisamment long pour évaluer de manière certaine les conséquences des lésions neurologiques* »<sup>324</sup>. Il est possible d'en déduire que l'absence de certitude sur le possible état futur de la personne remet en cause l'application du régime dérogatoire, pour ce qui est de la fin de vie.

Par contre, les juridictions sont beaucoup plus souples concernant les décisions sur le fondement de l'article 432 du Code civil. Par exemple, une personne est partiellement hors d'état d'exprimer sa volonté lorsqu'elle présente des troubles du langage dus à des difficultés intellectuelles selon la Cour d'appel de Pau<sup>325</sup>. Il n'y a donc pas de définition claire non plus de la part des juridictions. Malgré un terme générique unique, le concept semble posséder plusieurs réalités et plusieurs degrés. Selon le fondement invoqué, et globalement, le degré d'atteinte aux droits ou au corps, le degré de conscience exigé ne sera pas le même.

Cette malléabilité de la notion permet donc de supposer que les dispositions relatives aux investigations et aux interventions prévues par l'article L1111-4 peuvent s'appliquer à des personnes éveillées telles que certaines catégories de personnes vulnérables.

## 2) Une propension des personnes vulnérables à être soumises à ce régime

Les dispositions de l'article L1111-4 peuvent *a priori* s'appliquer à des personnes autres que celles dans un état profond d'inconscience définitif. Pour la juriste Audrey Mellac, une personne « hors d'état d'exprimer son consentement » signifie qu'elle est « *dans l'impossibilité, temporelle ou physique, d'exprimer sa volonté de manière libre et éclairée* »<sup>326</sup>. Cet état « *ne désigne donc pas seulement la personne inconsciente ou en état de choc, elle inclut aussi la personne consciente qui refuse un soin vital mais dont le pronostic de vie ne lui permet ni d'être pleinement informée, ni de réitérer son refus après un délai de réflexion. Elle comprend aussi la personne consciente qui refuse un soin en urgence fonctionnelle absolue* »<sup>327</sup>.

<sup>324</sup> CE, juge des référés, 8 mars 2017, n° 408146 ; Arrêt des traitements : appréciation de la notion d'obstination déraisonnable, D. 2017. 574, Recueil Dalloz 2017, p. 574.

<sup>325</sup> Cour d'appel de Pau, 7 mars 2018, n° 17/03390.

<sup>326</sup> MELLAC (A.), « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », *Op. cit.*, p. 98.

<sup>327</sup> *Idem.*

Pour Pascal Lokiec, Maître de conférences, cet état se caractérise par « *l'aptitude à prendre une décision spécifique de manière rationnelle* »<sup>328</sup>. Il distingue ainsi comme critère, la capacité de comprendre, d'évaluer et de communiquer pour reconnaître le patient comme en état d'exprimer sa volonté : « *A défaut, il faudra décider pour lui* »<sup>329</sup>. De nombreux documents n'hésitent pas à intégrer parmi les personnes hors d'état d'exprimer leur volonté des personnes éveillées « *dont les facultés de discernement sont altérées* »<sup>330</sup>.

Cette interprétation trouve un écho à l'égard des personnes vulnérables. Elle laisse au professionnel la possibilité de juger que les déficiences de l'individu prennent une telle importance que celles-ci affectent son discernement au point d'être hors d'état d'exprimer sa volonté, ou du moins en toute conscience et, ainsi, intervenir sans rechercher son consentement en toute légalité. Elle ne fait cependant pas l'objet d'une confirmation jurisprudentielle dans le champ de l'article L1111-4 à notre connaissance. Solution pratique, elle serait particulièrement insatisfaisante au regard des droits de la personne. Le concept de discernement étant abstrait, tout peut avoir pour effet de l'altérer : des facultés mentales inférieures, une fragilité émotionnelles supérieur à la normale, ou encore l'environnement de la personne... tous ces éléments peuvent être entendus comme justifiant une altération du discernement. Au lieu d'accorder une protection supplémentaire à des gens fragilisés, elle nierait tout simplement leur consentement.

Face à cette prédisposition à l'inaptitude, l'autre orientation vers laquelle le droit se dirige est celle de la délégation.

---

<sup>328</sup> LOKIEC (P.), « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Op. cit.*, p. 865.

<sup>329</sup> *Idem.*

<sup>330</sup> ROSSINI (E.), « Informer et faire participer les usagers : du droit à la pratique », *ANFH*, Rencontre régionale des professionnels AMP-AP-AS, 6 juin 2013, <http://www.anfh.fr/sites/default/files/anfhv1/6991-02-informer-consentir.pdf> ou encore « Consentement du patient et le refus de soins », CHU de Nice, <https://www.chu-nice.fr/patient-visiteur/vous-informer/droits-du-patient/1963-consentement-du-patient-et-le-refus-de-soins>

## II) Une prédisposition à la délégation

Les personnes vulnérables sont particulièrement sous influence de leur entourage, ce qui peut avoir parfois une influence délétère sur l'exercice en propre de leurs droits (A). Le législateur a pris acte de cet état de fait. Mais plutôt que d'y contrevenir, pragmatiquement, il l'encadre en promouvant la délégation à travers le mandat de protection future (B).

### A) L'influence éventuellement délétère de l'entourage sur l'exercice du consentement des personnes vulnérables

#### 1) Un rôle d'accompagnement en principe

En pratique, la relation de soin se résume rarement au seul patient et au professionnel. Le plus souvent, la personne est accompagnée. Le Code de la santé publique accorde même une place à cet accompagnement. Plusieurs articles envisagent ainsi la personne de confiance, la famille ou les proches. La famille correspond aux personnes possédant un lien de parenté ou d'alliance avec le patient, là où le proche répond à un « *lien de proximité dont l'importance est à la hauteur de l'attention qui est portée dans la société actuelle aux « relations de proximité* »<sup>331</sup>.

L'étude de cette place correspond à ce que certains auteurs nomment la « proximologie ». Celle-ci étudie « *la relation d'exception entre la personne malade ou dépendante et ses proches* », en particulier « *la relation de soins ou d'aide à laquelle l'entourage participe* »<sup>332</sup>. Elle « *inscrit l'entourage de la personne malade au centre du complexe relationnel qui le lie au patient, aux soignants, aux structures de santé et d'hébergement ainsi qu'à son environnement professionnel et familial* »<sup>333</sup>.

En principe, l'entourage de la personne ne fait qu'accompagner le malade. S'il est loisible à ces tiers d'influer sur l'avis du patient, il ne leur appartient pas de le supplanter et de consentir à sa place. Le professionnel de santé n'est même pas tenu de les informer, sauf dans les cas expressément prévus par la loi : « *le médecin n'a aucune obligation d'information à l'égard de*

---

<sup>331</sup> LOKIEC (P.), « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Op. cit.*, p. 865.

<sup>332</sup> WANQUET-THIBAUT (P.), « Les proches aidants, L'adulte Hospitalisé : Travailler Avec la Famille et L'entourage », *La Place des Aidants Naturels dans la Relation de Soins*, Elsevier, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, p. 27.

<sup>333</sup> Cf JOUBLIN (H.), *Réinventer la solidarité de proximité : manifeste de proximologie*, Paris, Albin Michel, 2005, cité par WANQUET-THIBAUT (P.), « Les proches aidants, L'adulte Hospitalisé : Travailler Avec la Famille et L'entourage », *Op. cit.*, p. 27.

*l'entourage familial lorsque son patient est en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés »<sup>334</sup>*

Le professionnel doit se tenir à ce que le patient a décidé pour lui-même, à travers par exemple ses directives anticipées, ou ce qu'il avait pu faire part jusque-là, lorsqu'il se retrouve hors d'état d'exprimer sa volonté. Mais comment se fier à cette décision lorsqu'elle est contredite par la personne de confiance, le conjoint, le parent, etc... ?

Il est difficile, en pratique, d'ignorer les proches ou les parents du malade alors que ces derniers représentent désormais ses uniques interlocuteurs<sup>335</sup>.

## **2) Un terrain favorable à un « détournement » de la relation de soin**

Les études actuelles démontrent, qu'en pratique, les membres de cet entourage ont tendance à dépasser le rôle qui leur est assigné. Il est souvent constaté d'une part l'appropriation par ces derniers de l'acte de consentement en tant que tel : ces tiers consentent à la place du malade<sup>336</sup>. Il est remarqué d'autre part, que dans de nombreux cas, lorsque ces tiers exercent le consentement à la place du malade, c'est en désaccord avec ce qu'aurait exprimé le malade<sup>337</sup>.

Il peut donc y avoir un transfert de la relation de soin entre le patient qui n'est pas ou plus en mesure de s'exprimer et ces personnes qui *a priori* poursuivent au mieux ses intérêts. Certains patients s'effacent ainsi au profit de leur accompagnant, au point parfois de ne pouvoir dissocier leur avis de celui de l'accompagnant<sup>338</sup>. Il n'est pas rare que, dans certains cas, ce membre de l'entourage réponde directement à la place de l'interlocuteur principal<sup>339</sup>. Cela peut avoir une influence dans la pratique : « *En pratique, les médecins procèdent toujours de la même manière. Ils interrogent en*

<sup>334</sup> Civ. 1re, 6 déc. 2007 : Bull. civ. I, no 380; D. 2008. 192, note Sargos; D. 2008. 804, note Neyret; D. 2008. 1908, note Baccache; LPA 26 mars 2008, p. 7, note Royer; RTD civ. 2008. 303, obs. Jourdain.

<sup>335</sup> BOLES (J.-M.), « Refus de traitement : le cas de Monsieur S », *Réanimation*, Volume 18, n°2, 2009, p. 175, à propos du cas présenté dans l'article de POCHARD (F.), « Le cas de M. S. Ambivalence des proches et des soignants », *Réanimation*, Volume 17, 2008.

<sup>336</sup> « Une étude relative à l'inclusion d'une sonde vésicale sur des personnes âgées démentes a démontré en ce sens que sur cinquante-cinq « proches » qui estimaient que la personne n'aurait pas donné son consentement, dix-sept le donnaient quand même » ; WARREN (J.W), "Informed consent by proxy. An issue in research with elderly patients", *New England journal of medicine*, 1986, 315, p. 1124-8 ; source : LOKIEC (P.), « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Op. cit.*, p. 865.

<sup>337</sup> « De même, un protocole de recherche réalisé lors d'un séjour en soins intensifs a montré que le consentement des « proches » comportait entre 16 et 20 % de faux positifs. C'est-à-dire qu'un « proche » sur cinq donnait son accord à l'inclusion dans le protocole de recherche, alors que le patient avait refusé » ; COPPOLINO (M.), Do surrogate decision makers provide accurate consent for intensive care research ?, *Chest* 2001, 119, p. 603-12 ; V. J. Le Forrier, La rencontre de la médecine et du droit : le consentement à l'acte médical, th. Faculté de médecine Paris V, 2005 ; source : *Idem*.

<sup>338</sup> FLOCH (M.), Le respect de la volonté des patients : enquête sur la personne de confiance et les directives anticipées, Bordeaux, LEH Édition, 2011, Mémoires numériques de la BNDS, p. 25.

<sup>339</sup> *Idem*.

*priorité le conjoint du défunt, si celui-ci était marié, ou encore son concubin, puis (ou à défaut), ses parents ou ses enfants selon l'âge de la personne décédée »<sup>340</sup>.*

Cette situation touche particulièrement les personnes vulnérables, notamment les personnes âgées ou les majeurs protégés, car ce sont celles qui ont le plus vocation à être accompagnées : « *La parole de la personne vulnérable est facilement négligée lorsqu'elle est isolée, ou confisquée, par un entourage familial ou institutionnel très présent qui parle à sa place »<sup>341</sup>. Le problème, au-delà de la violation des droits du malade, est que l'avis de cet accompagnant n'est pas toujours des plus rationnels : lui aussi peut être « *sous l'influence de leurs propres émotions* », comme la culpabilité, la peur de mal faire ou de la séparation<sup>342</sup>.*

Par conséquent, ce transfert ne poursuit pas toujours les intérêts de la personne. La mission première du droit serait alors de « *mieux définir la place des tiers susceptibles d'accompagner la personne vulnérable dans une prise de décision »<sup>343</sup>.*

## ***B) Une promotion de la délégation à travers le mandat de protection future***

### ***1) L'outil du mandat de protection future***

« *Suite à la constatation de l'absence de solution claire en présence des patients inaptes à prendre une décision médicale, l'idée s'est ainsi fait jour de permettre à ces personnes de nommer un représentant, un mandataire, auquel elles délégueraient un pouvoir de décision en matière médicale en cas de survenance d'une inaptitude »<sup>344</sup>. Cette idée de mandat, destiné initialement à la personne de confiance, a été concrétisée avec le « mandat de protection future ».*

Inspiré du modèle québécois, le « mandat de protection future » a été introduit par la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique et est régi par les articles 477 à 488 du Code civil. Selon l'article 477 du Code civil :

*« Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où,*

<sup>340</sup> SOULARD (A), « Le pouvoir des proches à l'avènement de la mort (avancée ou recul de l'autonomie de la volonté du mourant et du défunt ?) », *Médecine et droit*, Volume 2004, n° 66-67, 2004, p. 83.

<sup>341</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *Op. cit.*, p. 19.

<sup>342</sup> BOLES (J.-M.), « Refus de traitement : le cas de Monsieur S », *Op. cit.*, p. 175.

<sup>343</sup> FAVIER (Y.), « Vulnérabilité et fragilité: réflexions autour du consentement des personnes âgées », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, Dalloz, format numérique, 2015.70.

<sup>344</sup> LACOUR (C.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Op. cit.*, p. 191.

*pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts ».*

Ces causes prévues par l'article 425 sont celles d'altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté.

Le mandat est un contrat libre ou notarié, dans lequel le mandant « choisit à l'avance l'étendue des pouvoirs du (ou des) mandataire(s) »<sup>345</sup>. Il peut être aussi employé pour tout ce qui concerne la protection de la personne et de sa santé : « *Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance* »<sup>346</sup>.

La personne vulnérable choisit donc son degré d'autonomie. Soit elle souhaite, même dans un état critique, conserver ses droits et confie aux mandataires seulement les missions de la personne de confiance. Soit elle confie la pleine et entière protection de sa personne en se plaçant par analogie sous le régime de la tutelle, avec toutes restrictions que cela suppose en matière de consentement<sup>347</sup>.

## **2) Un outil au fort potentiel mais à faible utilisation**

L'intérêt du mandat de protection future est qu'il concilie liberté individuelle et pragmatisme. Contrairement à une mesure judiciaire de tutelle, la personne organise elle-même sa perte d'autonomie. Ici, l'effet produit par le mandat est le fruit de sa propre volonté, à un moment où la personne était en pleine possession de ses moyens. Le mandat n'a pas par ailleurs une vocation temporelle prédéfinie. En vertu de l'article 483 du Code civil, « *Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire* » met fin à l'exécution du mandat.

Le mandat est donc un instrument beaucoup plus souple que la majorité des mesures de protection judiciaire. Mais il reste très peu utilisé car il est actuellement peu connu. Le nombre de mandat en 2016 était de 1082, soit, il est vrai, presque huit fois plus qu'en 2009 lors de sa mise en

---

<sup>345</sup> Direction de l'information légale et administrative, *Le mandat de protection future*, 4 avril 2018, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F16670>

<sup>346</sup> Article 479 du Code civil, alinéa 2.

<sup>347</sup> « *pour certains actes médicaux importants, le mandant peut [...] autoriser que le mandataire puisse y consentir à sa place* » ; Direction de l'information légale et administrative, *Le mandat de protection future*, *Op. cit.*

place. Mais malgré cette augmentation, cela reste une goutte d'eau au regard de l'ensemble des dispositifs de protection juridique<sup>348</sup>.

En outre la mise en œuvre a rencontré certaines difficultés, notamment vis-à-vis du contrôle du juge. La première difficulté rencontrée a été celle du manque de publicité. La loi de 2007 ne prévoyait pas initialement quelconque mesure de publicité, compromettant par essence la mise en œuvre pratique (s'il n'est pas connu des acteurs, comment le mettre en œuvre ?). Le risque est alors qu'un juge prononce une mesure de protection juridique autre, en raison de l'ignorance de l'existence d'un mandat. La loi du 28 décembre 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement est venue introduire l'article 471-1 du Code civil selon lequel : « *Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'Etat* »<sup>349</sup>. A ce jour, le décret n'a toujours pas été publié.

La seconde difficulté, soulevée par le rapporteur des droits, est la faiblesse du contrôle judiciaire de la mise en œuvre du mandat. Pour que ce dernier prenne effet, l'altération doit être médicalement constatée par un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République des médecins habilités<sup>350</sup>. Cependant, « *le contenu de ce certificat n'est pas réglementé, contrairement au certificat médical aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire [...] : il doit seulement établir que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues par l'article 425 du code civil* »<sup>351</sup>. C'est pourquoi, afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, il y aurait un intérêt à ce que le juge puisse intervenir « *lors de la mise à exécution du mandat pour vérifier le passage du majeur protégé de l'aptitude à l'inaptitude, et ce, par voie d'homologation, ainsi que cela se pratique, notamment au Québec* »<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> Avec environ 200 000 demandes chaque année, on comptabilise aujourd'hui environ 800 000 majeurs protégés en France. Source : Secrétariat Général du Ministère de la Justice, Sous-direction de la statistique et des études, *Exploitation statistique du Répertoire Général Civil*, <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/>

<sup>349</sup> *Loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1)*, n° 2015-1776, 28 décembre 2015.

<sup>350</sup> PECAULT-RIVOLIER (L.), « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz [en ligne], juin 2013 (actualisation : févr. 2018), §286.

<sup>351</sup> *Ibid*, §287.

<sup>352</sup> Rapport du Défenseur des Droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, en ligne, Septembre 2016, p. 22.

## Conclusion du Chapitre 2 :

Les personnes vulnérables ont tendance, au même titre que les personnes mineures ou les majeurs sous tutelle, à voir leur droit à consentir écarté ou transféré. Selon le Professeur Yann Favier, il faudrait en effet sortir de la « logique binaire » du consentement pour ce qui concerne les « personnes âgées vulnérables », en recherchant à recueillir à la place les « *sentiments* » de la personne plus que sa décision<sup>353</sup>. Le professeur Favier emploie même le terme de « *fardeau* » : « *Paradoxalement, être délivré du fardeau de décider peut être une voie d'accès à une autre forme d'autonomie du sujet, que celle qui est exprimée par le sujet consentant : l'autonomie par l'accès à la dignité humaine* »<sup>354</sup>. Leur éviter de décider reviendrait donc à leur rendre service.

Une réflexion similaire est menée à propos des personnes âgées Alzheimer : « *on doit évoquer, à ce propos, les réflexions actuelles liées à la maladie d'Alzheimer. Il est en effet examiné la pertinence de remplacer le consentement aux soins par un simple assentiment [...]. L'enjeu est alors de renoncer aux valeurs portées par le consentement, en se limitant à une acceptation simple* »<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> FAVIER (Y.), « Vulnérabilité et fragilité: réflexions autour du consentement des personnes âgées », *Op. cit.*

<sup>354</sup> *Idem.*

<sup>355</sup> HUM (P.) et autres, « Le refus de soin : forces et faiblesses du consentement », *Op. cit.*, p. 61.

## CONCLUSION

Alors que l'émergence du concept de vulnérabilité et la consécration du principe de consentement incitent *a priori* à une attention particulière à l'exercice de ce droit par les personnes les plus fragiles de notre société, le phénomène inverse est constaté. Leur droit, au lieu d'être renforcé, est le plus souvent nié au profit d'un pragmatisme médical. Juridiquement, il serait facile de s'indigner contre un tel état des lieux.

Mais ce constat peut amener à une autre réflexion. Il est possible de se demander si, au final, « consentement » et « vulnérabilité » ne sont pas deux notions incompatibles. Un doute permanent persistera chez ce public sur l'effectivité du consentement, son caractère libre et éclairé. Le fait de donner plus de droits, comme l'appelle à le faire le principe de vulnérabilité, ne permettra jamais d'enrayer cette incertitude. Un foisonnement juridique n'est pas forcément plus protecteur, il peut au contraire être source de complexité et donc d'incompréhension. D'autant plus, que si la vulnérabilité a vocation à procurer des droits, elle n'a pas pour but de donner tous les droits<sup>356</sup>.

Au regard des nouvelles directives de notre époque, que sont la productivité, l'efficacité, l'efficience etc... ainsi que la responsabilité de droit ou de fait qu'il incombe aujourd'hui aux professionnels de santé ou aux établissements, il est difficile de leur demander d'assumer ce doute. La recherche de l'autonomie de l'individu ne doit pas non plus ignorer le « principe de réalité ». La délégation organisée, comme dans le cas du mandat de protection future, semble un bon compromis entre l'autonomie de l'individu et une solution pratique à la portée du professionnel, surtout s'il est pris sous forme d'un acte notarié, gage de qualité juridique en principe.

---

<sup>356</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Op. cit.*, p. 57.

## Table des matières :

SOMMAIRE .....	4
Liste des abréviations .....	5
PARTIE 1 : UN RÉGIME SENSÉ GARANTIR L'EFFECTIVITÉ DU CONSENTEMENT .....	13
CHAPITRE 1 : LE CONSENTEMENT AUX SOINS, UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE À PROTÉGER .....	13
Section I : une liberté fondamentale relevant du respect de la dignité de la personne humaine	14
I) Le rattachement du consentement au respect de la dignité de la personne humaine ....	14
A) L'arrêt « Teyssier » : premier lien entre « consentement » et protection de la dignité de la personne humaine.....	14
1) Le concept de dignité humaine .....	14
2) L'arrêt « Teyssier » de la Cour de cassation .....	15
B) Un long cheminement jusqu'à la consécration définitive du consentement au respect de la dignité de la personne humaine .....	16
1) Une période d'incertitude sur la pérennité de cette jurisprudence .....	16
2) La consécration définitive par le législateur, le Conseil Constitutionnel et le droit international .....	17
II) Son appartenance à la catégorie des libertés fondamentales .....	19
A) La reconnaissance expresse du caractère de « liberté fondamentale » .....	19
1) La définition d'une « liberté fondamentale ».....	19
2) La reconnaissance expresse par le juge des référés administratif du caractère de liberté fondamentale.....	20
B) Le bénéfice d'une protection spécifique par le juge national et international.....	21
1) La protection du juge des référés.....	21
2) La protection de la Cour Européenne des Droits de l'Homme :.....	22
Section II : L'extension croissante de cette liberté.....	23
I) Les exceptions à l'application du droit au consentement.....	23
A) Les actes ne relevant pas en principe du consentement .....	23
1) Les « soins sans consentement » .....	23
2) Les actes de vaccination : .....	24
3) Les actes issus d'une procédure judiciaire .....	25
a) Les actes d'expertise médicale .....	25
b) Les condamnations impliquant des soins.....	26
B) Les dérogations au consentement prévues par la loi pour des actes nécessitant en principe le recueil préalable au consentement.....	27
1) La personne « hors d'état d'exprimer sa volonté » .....	27
2) L'urgence .....	29
II) L'extension continue de son champ d'application.....	30
A) Le passage des « actes thérapeutiques » à « la nécessité médicale » ou « l'intérêt thérapeutique d'autrui » dans le Code civil .....	30

1) La « nécessité médicale » et « intérêt thérapeutique d'autrui » .....	30
2) Une approche in abstracto toujours plus englobante.....	31
B) Un élargissement du contenu des « actes médicaux » et « traitements » visés par le Code de la santé publique .....	32
1) L'élargissement de la notion de « traitement » .....	32
2) L'acte médical.....	33
CHAPITRE 2 : L'EXIGENCE EN PRINCIPE D'UN CONSENTEMENT « LIBRE ET ECLAIRÉ » DU PATIENT 35	
Section I : un consentement « éclairé », l'information du patient par le professionnel de santé35	
I) L'obligation d'information à la charge du professionnel .....	36
A) Le passage d'une obligation contractuelle à une obligation délictuelle .....	36
1) Une obligation originellement contractuelle .....	36
2) Une obligation devenue légale.....	37
B) La reconnaissance d'un préjudice propre à la seule violation de l'obligation d'information.....	37
1) L'existence d'un préjudice moral du fait de la violation .....	37
2) Un préjudice moral n'entraînant pas automatiquement la responsabilité du professionnel de santé .....	38
II) Une obligation au contenu de plus en plus exhaustif .....	40
A) Un contenu précisément détaillé par le Code de santé publique .....	40
1) Une information large et suffisamment complète.....	40
2) La question de la précision du risque.....	41
B) Les compléments de la jurisprudence : une information « loyale, claire et appropriée » .....	42
1) Une information loyale.....	42
2) Une information claire et appropriée .....	43
Section II : un consentement « libre », ou l'indépendance du consentement .....	43
I) Une décision individuelle donnée en dehors de toute contrainte.....	44
A) Un consentement ne se limitant pas aux seules règles du « vice de violence ».....	44
1) Le parallélisme entre consentement libre et vice de violence.....	44
2) Les spécificités du consentement en matière de soin .....	45
B) Un professionnel de santé cantonné à un rôle de conseiller .....	46
1) L'inopportunité de la notion de « codécision ».....	46
2) Un professionnel « support » et non « codécideur ».....	46
II) Le refus de soin s'imposant désormais au professionnel de santé.....	47
A) Une réticence des juridictions à reconnaître le droit de refuser des soins.....	47
1) Un corollaire indiscutable en principe.....	47
2) Une dérogation en cas de « péril immédiat » .....	48
B) Les évolutions législatives en faveur de la reconnaissance au droit de refuser des soins	

1) Les timides prémices de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades.....	49
2) Les réels apports des lois sur la fin de vie de 2005 et 2016 .....	49
Premières conclusions.....	50
PARTIE 2 : VERS UNE NEGATION DU CONSENTEMENT DES PERSONNES VULNERABLES .....	51
CHAPITRE 1 : UN RÉGIME « PARTICULIER » FIGÉ SUR L'INCAPACITÉ INSATISFAISANT.....	51
Section I : un régime limité à l'incapacité au détriment de la vulnérabilité .....	52
I) La vulnérabilité : un état physique ou mental compromettant l'exercice des droits et des libertés.....	52
A) La vulnérabilité : un concept avant tout doctrinal .....	52
1) L'absence de définition législative ou réglementaire .....	52
2) Vulnérabilité « personnelle » et vulnérabilité « réelle » .....	53
B) Une notion circonscrite à des situations limitées .....	54
1) Une vulnérabilité reposant sur des éléments objectifs.....	54
2) Des éléments objectifs suffisamment forts.....	55
II) La vulnérabilité ignorée au profit de l'incapacité en matière de consentement.....	56
A) La vulnérabilité, une notion dépassant celle de l'incapacité .....	57
1) La notion d'incapacité .....	57
2) Le principe de vulnérabilité dépassant celui d'incapacité.....	58
B) Un consentement encore arrêté à l'incapacité.....	59
1) Des dispositions spécifiques pour les seuls mineurs et majeurs sous tutelle.....	59
2) L'exclusion en principe des autres formes de protection judiciaire .....	59
Section II : un régime ambigu entre affirmation de l'autonomie et effacement du consentement .....	61
I) Une autonomie toujours plus importante du mineur et du majeur sous tutelle pour les décisions relatives à leur personne .....	61
A) Une autonomie en puissance chez le mineur .....	61
1) Une incapacité de principe.....	61
2) Une participation aux décisions le concernant selon son âge et son discernement .....	63
B) Une autonomie maintenue pour les actes concernant sa personne chez le majeur protégé .....	64
1) Le maintien d'une autonomie absolue inhérent à sa qualité de personne : les actes « strictement personnels ».....	64
2) Une autonomie de principe pour les actes concernant son intégrité corporelle : les actes « personnels » .....	65
II) Une ambiguïté à propos du recueil du consentement médical .....	66
A) Un consentement exercé a priori par le tuteur ou le titulaire de l'autorité parentale .....	66
1) Un consentement recherché mais non recueilli .....	66
2) Une interprétation corroborée par les autres articles relatifs au consentement du Code de la santé publique .....	67

B)	Une opposition frontale entre les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique.....	68
1)	Une divergence compatible pour les mineurs .....	68
2)	Une véritable rupture pour les majeurs sous tutelle .....	69
CHAPITRE 2 :	UN RÉGIME DE DROIT COMMUN PAR NATURE INSUFFISANT .....	72
Section I :	un régime présentant par nature des faiblesses en matière de protection du consentement .....	72
I)	Une large latitude accordée au professionnel de santé en matière de consentement....	72
A)	De nombreux éléments laissés à l’appréciation exclusive du professionnel de santé .	73
1)	Le constat du consentement en tant que tel .....	73
2)	Un pouvoir d’appréciation dépassant le seul constat du consentement .....	74
B)	Le refus au patient du choix de son traitement .....	74
1)	Le refus des juridictions à consacrer un droit de choisir son traitement.....	74
2)	Une irresponsabilité du professionnel à refuser un traitement .....	75
II)	Les faiblesses des dispositifs sensés garantir la volonté du patient .....	76
A)	Une « personne de confiance » potentiellement impuissante .....	76
1)	La personne de référence pour le professionnel de santé.....	76
2)	La valeur toute relative du témoignage de la personne de confiance.....	77
B)	Des directives anticipées pouvant être écartées .....	78
1)	Un acte écrit décrivant les volontés du patient .....	78
2)	Un document restant à l’appréciation du professionnel de santé.....	79
Section II :	des carences amplifiées chez certaines personnes vulnérables .....	80
I)	Une prédisposition pour le régime des personnes « hors d’état d’exprimer leur volonté »	80
A)	La vulnérabilité favorisant une présomption d’inaptitude à consentir.....	80
1)	Une présomption d’inaptitude à consentir .....	80
2)	Une présomption se renforçant avec l’âge .....	81
B)	Une orientation vers le régime des personnes « hors d’état d’exprimer leur consentement ».....	82
1)	L’absence de définition unique de la personne « hors d’état d’exprimer sa volonté »	82
2)	Une propension des personnes vulnérables à être soumises à ce régime .....	83
II)	Une prédisposition à la délégation.....	85
A)	L’influence éventuellement délétère de l’entourage sur l’exercice du consentement des personnes vulnérables .....	85
1)	Un rôle d’accompagnement en principe.....	85
2)	Un terrain favorable à un « détournement » de la relation de soin .....	86
B)	Une promotion de la délégation à travers le mandat de protection future .....	87
1)	L’outil du mandat de protection future .....	87

2) Un outil au fort potentiel mais à faible utilisation .....	88
CONCLUSION .....	91

## Bibliographie indicative

### 1. DICTIONNAIRES :

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et autres, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Presse Universitaire de France, 1ère édition, 2008 :

- FABRE-MAGNAN (M.), « Dignité humaine ».
- DORD (O.), « Droits fondamentaux ».
- LEBRETON (G.), « Liberté ».

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, PUF-Quadrige, 2016.

### 2. OUVRAGES ET CHAPITRES D'OUVRAGES :

BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 8ème édition, 2015.

LAUDE (A.) et autres, *Consentement et Sante*, Paris, sous la direction de l'Association Française du Droit de la Santé (AFDS), Paris, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2014 :

- GUILLOD (O.), « Introduction ».
- VIALLA (F.), « Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement ».
- BOARINI (S.), « Le consentement : pacte et impacts ».
- GIRER (M.), « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? ».
- SAISON-DEMARS (J.), « un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? ».
- MELLAC (A.), « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical ».
- PARICARD (S.), « Le consentement aux actes non thérapeutiques ».
- CATHERINE (A.), « La codécision, entre mythe et réalité ».
- CASTAING (C.), « L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade ».
- TILMAN (L.), « Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir ? ».
- VIRIOT-BARRIAL (D.), « Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale ».

FEUILLET-LIGER (B.) et ORFALI (K.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruxelles, Bruylant, 2016 :

- KERNALEGUEN (F.), « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? ».
- MARGUENAUD (J.-P.), « Principe de dignité et Cour européenne des Droits de l'Homme ».

FLOCH (M.), *Le respect de la volonté des patients : enquête sur la personne de confiance et les directives anticipées*, Bordeaux, LEH Édition, 2011, Mémoires numériques de la BNDIS.

LAUDE (A.), MATHIEU (B.), TABUTEAU (D.), *Droit de la Santé*, Paris, Thémis Droit PUF, 3ème édition, 2012,

LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNIER (S.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Rennes, Presses de l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique, 2015.

LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNIER (S.), *Protéger les majeurs vulnérables (volume 2), L'intérêt de la personne protégée*, Rennes, Presse de l'École des Hautes Etudes en Santé Publique, Vol. 2, 2017.

MEMETEAU (G.), GIRER (M.), *Cours de Droit Médical*, Bordeaux, LEH éditions, 5ème édition, 2016,

PETERKA (N.), CARON-DEGLISE (A.) et ARBELLOT (F.), *Droit des tutelles, protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2012.

VIVIANA (S.) et WINCKLER (M.), *Les droits du patient*, Paris, éditions Fleurus, 1ère édition, 2007.

### 3. ARTICLES :

ANDORNO (R.), « Dignité humaine, droits de l'Homme et bioéthique : quel rapport ? », *Journal International de Bioéthique*, 2010/4, Vol. 21, pp. 51-59

BATTEUR (A.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « Majeurs protégés », *Synthèse Lexis 360* [en ligne], 8 Mai 2017.

BÉGUIN (P.), « Du consentement libre et éclairé », *Kinésithérapie, la Revue*, Vol. 14, n°146, Février 2014, pp. 27-28.

BERNARD DE LA GATINAIS (L.), « Obligation d'information du médecin : la clarification », *Recueil Dalloz*, Dalloz [en ligne], D. 2014. 584, 6 mars 2014.

BOARINI (S.), « La vulnérabilité. L'humanité, au risque de la vulnérabilité », *Éthique & Santé*, Vol. 10, n°1, 2013, pp. 43-47.

BOLES (J.-M.), « Refus de traitement : le cas de Monsieur S », *Réanimation*, Volume 18, n°2, 2009, pp. 173-179.

BROSSET (E.), « Le consentement en matière de santé et le droit européen », HAL, 2013.

DEBARRE (J.-M.), « Consentement à l'acte médical en droit. Un état des lieux », *Médecine & Droit*, Vol. 2017, n° 144, 2017, pp. 57-69.

CALLU (M.), « Norme juridique française et vulnérabilité », *Ethique et Sante*, n° 10, 2013, pp. 48-51.

CAPELIER (F.), « La place des familles vulnérables dans le droit social », *Informations sociales*, 2015/2 (n° 188), pp. 76-85.

CHABROL (R.), « Entre dépendance et vulnérabilité. Le travail social à l'épreuve du droit des personnes », *Vie sociale*, 2006/1 (N° 1), pp. 11-23.

CORNIER (K.), « Les soins pénalement ordonnés », *Les Tribunes de la santé*, vol. 17, no. 4, 2007, pp. 94-95.

DEMICHEL (A.), « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 705-720.

DISSEAUX (N.), « Contrat : formation » *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], avril 2017 (actualisation : nov. 2017).

DUBOUCHET (L.), « Le droit des usagers face aux pratiques professionnelles », *Vie sociale*, 2006/1 (N° 1), pp. 59-70.

EGLIN (M.), « Quand la justice impose des soins », *Enfances & Psy*, vol. no 30, no. 1, 2006, pp. 121-133.

ENNUYER (B.), « La vulnérabilité en question ? », *Éthique, médecine et politiques publiques*, Vol. 7, 2017, pp. 365-373.

ESPER (C.), « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », *Revue Générale de Droit Médical*, n° 11, 2003, p. 81-88.

FAVIER (Y.), « Vulnérabilité et fragilité: réflexions autour du consentement des personnes âgées », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, Dalloz, format numérique, 2015.70.

GARNIER (J.) et autres, « Mise au point: Information et consentement aux soins de la personne vulnérable en France », *Annales françaises d'anesthésie et de réanimation*, vol. 28, n°6, janvier 2009, pp. 575-578.

GOUTTENOIRE (A.), « La notion d'acte usuel », *Journal du droit des jeunes*, vol. 322, no. 2, 2013, pp. 11-13.

HAUSER (J.), « Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités », *Informations sociales*, vol. 138, no. 2, 2007, pp. 6-19.

HENNION-JACQUET (P.), « Le paradigme de la nécessité médicale », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2007. 1038, 9 novembre 2007.

HUM (P.) et autres, « Le refus de soin : forces et faiblesses du consentement », *Ethique et Sante*, vol. 12, n°1, mars 2015, pp. 56-63.

KOUBI (G.), « La pauvreté, comme violation des droits humains », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 180, n° 2, 2004, pp. 361-371.

LACOUR (C.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, vol. 32 / 131, n° 4, 2009, pp. 187-201.

LE GUILDEC (R.), « Filiation: modes judiciaires d'établissement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz [en ligne], octobre 2008 (actualisation : avr. 2018)

LOKIEC (P.), « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Revue de Droit Social et Sanitaire*, n°5, 2006, p. 865.

MARCHADIER (F.), « Majeur protégé », *Répertoire de droit civil*, Dalloz [en ligne], décembre 2016 (actualisation : févr. 2018).

MARTIN (D.), « L'expertise en responsabilité médicale : de critiques en réformes », *Les Tribunes de la santé*, vol. 27, no. 2, 2010, pp. 101-110.

MAY FERRIE (S.), « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz [en ligne], D. 2017. 555, 9 mars 2017.

NEIRINCK (C.), « Enfance », *Répertoire de droit civil*, éditions Dalloz [en ligne], octobre 2016 (actualisation : avr. 2018).

OLECH (V.), « Information et désignation d'une personne de confiance en établissement social ou médico-social », *Revue Droit et Santé*, n° 75, 2017, p. 82-84.

PECAULT-RIVOLIER (L.), « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz [en ligne], juin 2013 (actualisation : févr. 2018).

PITCHO (B.), « Le refus de soin », *Traité de bioéthique II - Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, ERES, 2010, pp. 255-269.

PY (B.), « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ pénal*, Dalloz [en ligne], 2012. 384, 12 juillet 2012.

ROCHE (G.), « incapacités juridiques », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté dans sa version du 18 juillet 2018.

SALVAGE-GEREST (P.) et MARIA (I.), « Minorité », *Synthèse Lexis 360* [en ligne], 17 Mai 2018.

SAUVAGE (F.), « Protection de la personne: Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine & Droit*, Vol. 2011, n°111, 2011, pp. 235-240.

SAVATIER (R.) et autres, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956.

SCOLAN (V.), « Autopsie », *Medileg*, Service de Médecine Légale CHU Grenoble, sous la responsabilité éditoriale du Professeur Luc BARRET du CHU Grenoble, 2014.

SOULARD (A), « Le pouvoir des proches à l'avènement de la mort (avancée ou recul de l'autonomie de la volonté du mourant et du défunt ?) », *Médecine et droit*, Volume 2004, n° 66-67, 2004, Pages 81-88.

VÉRON (.), « La personne de confiance », *Revue de Droit Social et Sanitaire*, n° 64, 2015, p. 359-360.

VIALLA (F.), « Droit constitutionnel: Sciences médicales et droit », *Médecine & Droit*, vol. 2016, n°141, 2016, pp.139-146.

WANQUET-THIBAUT (P.), « Les proches aidants, L'adulte Hospitalisé : Travailler Avec la Famille et L'entourage », *La Place des Aidants Naturels dans la Relation de Soins*, Elsevier, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, pp. 27-42.

#### 4. DOCUMENTS OFFICIELS :

Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Refus de traitement et autonomie de la personne*, Avis n°87, 14 avril 2005.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, JORF n°0158 du 10 juillet 2015, texte n° 126.

*Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2515, New York, 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008.

*Loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)*, n° 2016-87, 2 février 2016.

*Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-641, 27 juillet 1999.

*Loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1)*, n° 2015-1776, 28 décembre 2015.

*Loi relative à l'autorité parentale (1)*, n° 2002-305, 4 mars 2002.

*Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, n° 2002-303, 4 mars 2002.

*Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*, n° 2005-370, 22 avril 2005.

*Loi relative au référé devant les juridictions administratives*, n° 2000-597, 30 juin 2000.

*Loi relative au respect du corps humain*, n°94-653, du 29 juillet 1994.

Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, sous la direction de Xavier LAGARDE, Paris, La Documentation Française, 2009.

Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, sous la direction d'Agathe LEPAGE, La Documentation Française, 2010,

Rapport du Défenseur des Droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, en ligne, Septembre 2016.

#### 5. AUTRES :

BLANPAIN (N.) et CHARDON (O.), « Projections de population à l'horizon 2060 », *Enquêtes et études démographiques INSEE*, N° 1320, Octobre 2010.

Conseil National de l'Ordre des Médecins, « Article 36 : consentement du patient », *Commentaires* [en ligne], 16 décembre 2012.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Fiche thématique Santé*, Unité de la Presse, juillet 2018.

Le droit de consentir est aujourd'hui reconnu comme une liberté fondamentale du patient. Pourtant il est constaté que certains publics, du fait de leur plus grande vulnérabilité, ne peuvent exercer correctement ce droit. Cet état des lieux nous amène à nous interroger sur les contours de notre dispositif juridique afin de déterminer les raisons de cette difficulté.

**Mots-clés :** consentement – refus – soin – libre – éclairé – vulnérabilité – tutelle – mineur – âge – délégation.